

GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO 2014

(a cura del Cons. Vincenzo LOPILATO)

Giurisprudenza del Consiglio di Stato 2014

Sommario: 1. Fonti. 2. Situazioni giuridiche. 3. Organizzazione. 4. Procedimento e provvedimento. 5. Contratti e accordi. 6. Responsabilità. 7. Servizi. 8 Concorrenza. 9. Espropriazione, urbanistica ed edilizia. 10. Ambiente, patrimonio culturale e paesaggio. 11. Processo.

1. Fonti

1.1. Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sindacato del giudice amministrativo: Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 754.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza sopra indicata, esamina, alla luce degli orientamenti della Corte di giustizia e della Corte costituzionale, la collocazione delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti, affermando, letteralmente, quanto segue.

«Le norme della CEDU - nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, par. 1, della Convenzione) - integrano, quali "norme interposte", il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui stabilisce l'obbligo per la legislazione interna di rispettare i vincoli derivanti dagli "obblighi internazionali".

Pertanto, in caso di ipotizzato contrasto fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo - non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante - egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento al suindicato parametro; si è aggiunto, poi, che la Corte costituzionale, investita dello scrutinio, pur non potendo sindacare l'interpretazione della CEDU data dalla Corte europea, resta legittimata a verificare se, così interpretata, la norma della Convenzione - la quale si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale

- si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: ipotesi eccezionale nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato.

Con la sentenza 11 marzo 2011, nr. 80 la Corte costituzionale ha altresì affrontato il problema della perdurante validità di tali conclusioni dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo in Italia con legge 2 agosto 2008, nr. 130, che ha modificato il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea.

In particolare, si era sostenuto che le innovazioni recate da detto Trattato (entrato in vigore il 1 dicembre 2009) avessero comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della CEDU nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la ricordata concezione delle "norme interposte": alla luce del nuovo testo dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, dette disposizioni sarebbero divenute parte integrante del diritto dell'Unione, con la conseguente facoltà per i giudici comuni di non applicare le norme interne ritenute incompatibili con le norme della CEDU, senza dover attivare il sindacato di costituzionalità.

In altri termini, anche per la CEDU sarebbe stata valida la ricostruzione dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, quali sistemi distinti e autonomi, operata dalla consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale sulla base del disposto dell'art. 11 Cost. (secondo cui l'Italia "consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni"), alla stregua della quale le norme derivanti da fonte comunitaria dovrebbero ricevere diretta applicazione nell'ordinamento italiano pur restando estranee al sistema delle fonti interne, con la conseguenza che, se munite di effetto diretto, esse precludono al giudice nazionale di applicare la normativa interna con esse reputata incompatibile.

La Corte ha respinto tale impostazione rilevando come nessun argomento in tale direzione può essere tratto (...) dalla prevista adesione dell'Unione europea alla CEDU, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta.

A prescindere da ogni altro possibile rilievo, la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, dunque, allo stato, ancora improduttiva di effetti. La puntuale identificazione di essi dipenderà ovviamente dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata».

1.2. Abrogazione e illegittimità costituzionale: Cons. Stato, sez. VI, 3 ottobre 2014, n. 4946.

Nella sentenza indicata si delineano le diversità tra abrogazione e illegittimità costituzionale.

Mentre la dichiarazione di incostituzionalità di una legge o di un atto avente forza di legge, si sottolinea, rende la norma inefficace *ex tunc* e quindi estende la sua invalidità a tutti i rapporti giuridici ancora pendenti al momento della decisione della Corte, restandone così esclusi soltanto i «rapporti esauriti», (cfr. l'art. 136 Cost., e, ancora più chiaramente, l'art. 30, comma 3, legge 11 marzo 1953, n. 87: «Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione»), l'abrogazione, salvo il caso dell'abrogazione con effetti retroattivi, opera solo per l'avvenire, atteso che anche la legge abrogante è sottoposta alla regola di cui all'art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale (c.d. Preleggi), secondo cui «la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo».

Ne consegue, sottolinea il Consiglio, che l'abrogazione di una norma anteriormente alla rimessione della questione di costituzionalità non determina, di per sé, l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza. La Corte costituzionale ha costantemente affermato la persistenza della rilevanza della questione anche nel caso in cui la norma sottoposta a scrutinio sia sostituita da una successiva, perché, ove un determinato atto amministrativo sia stato adottato sulla base di una norma poi abrogata, «la legittimità dell'atto deve essere esaminata, in virtù del principio *tempus regit actum*, con riguardo alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della sua adozione» (si richiamano sentenze 24 aprile 2013, n. 78; 11 luglio 2012, n. 177; nonché, tra le altre, sentenze 25 novembre 2011, n. 321; 11 giugno 2010, n. 209 ; 28 novembre 2008, n. 391; 20 novembre 2000 n. 509).

2. Situazioni giuridiche.

2.1. Diritto ad interrompere le cure mediche e giurisdizione del giudice amministrativo: Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014 n. 4460.

La sentenza indicata esamina la delicata questione relativa al diritto di ogni cittadino ad interrompere le cure mediche, ivi compreso il distacco del sondino naso-gastrico che permette l'alimentazione artificiale di un soggetto in stato vegetativo.

Il Consiglio di Stato, in particolare, nell'annullare il provvedimento con cui il Direttore generale della Sanità per la Regione Lombardia aveva rifiutato di mettere a disposizione della famiglia della paziente una struttura ove potesse eseguirsi il distacco del sondino naso-gastrico, già autorizzato dall'autorità giudiziaria, affronta dapprima la questione relativa al giudice competente in materia e poi quella del concetto di cure mediche che il servizio sanitario nazionale (SSN) ha l'obbligo di erogare ai pazienti.

In relazione alla prima questione ha affermato testualmente quanto segue.

«Ritiene il Collegio che il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33, comma 1, del d. lgs. 80/1998, nel testo risultante dalla pronuncia della Corte cost. n. 204 del 2004, abbia giurisdizione esclusiva, in materia di pubblici servizi, allorché l'amministrazione rifiuti la prestazione sanitaria richiesta dal privato mediante l'esercizio di un potere autoritativo, come è avvenuto nel caso di specie, e all'esito di un procedimento iniziato ad istanza di parte.

Non giova invocare, in senso contrario, la categoria dei cc.dd. diritti incompressibili, poiché tale categoria, sviluppata trentacinque anni or sono, ad opera delle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza del 9.3.1979, n. 1463, in ordine alla localizzazione delle centrali nucleari, e successivamente riaffermata dalle Sezioni Unite per la tutela di diritti fondamentali quali quello alla salute e all'ambiente, ha consentito al giudice ordinario di pronunciarsi su domande tese ad ottenere sentenza di condanna nei confronti della pubblica amministrazione nell'ambito di rapporti segnati dall'adozione di provvedimenti amministrativi.

Il presupposto teorico è che tali diritti, pur nel contatto con il potere pubblico, non siano suscettibili di essere degradati ad interessi legittimi: il provvedimento amministrativo non avrebbe la forza di subordinare interessi così

intimamente legati alla realizzazione della persona e a cui l'ordinamento riconosce la protezione più intensa.

Si è anche detto che l'espansione dei poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione si basa sull'idea che il provvedimento che incida sui diritti fondamentali sia il frutto di uno sconfinamento dell'Amministrazione dalla sfera di potere attribuitale dall'ordinamento e delimitata anche dalle garanzie costituzionali delle posizioni soggettive.

L'Amministrazione che adotti provvedimenti lesivi di tali diritti agisce, secondo tale impostazione, "nel fatto" e non è in grado, appunto, di affievolirne il contenuto inviolabile e incomprimibile, sicché anche il preteso esercizio del potere, da parte dell'Amministrazione, non radicherebbe la giurisdizione del giudice amministrativo.

La dottrina dei diritti incomprimibili deve ormai ritenersi priva di un solido e convincente sostegno in un'ampia attenta e attenta ricognizione del nostro ordinamento e alla luce, soprattutto, dei fondamentali principi affermati dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 in tema di riparto di giurisdizione.

Essa non solo presuppone l'ormai obsoleta teoria della degradazione, che non è in grado di descrivere appropriatamente la dinamica delle situazioni giuridiche soggettive nel confronto con il pubblico potere, ma non risponde più nemmeno al tradizionale criterio che regola il riparto della giurisdizione e, cioè, il *petitum* sostanziale e la natura sostanziale della situazione giuridica soggettiva lesa, criterio che, a sua volta, necessita di essere letto e compreso alla luce delle coordinate interpretative delineate dalla Corte costituzionale.

La "consistenza" di tale situazione, che radica, a seconda dei casi, la giurisdizione del g.o. o del g.a., non può essere aprioristicamente affermata sulla base dell'astratto suo contenuto od oggetto – la salute o l'ambiente – ma deve essere apprezzata, in concreto e nella mutevole dinamica del rapporto con l'amministrazione, rispetto all'esercizio, seppur in forma mediata, del pubblico potere.

L'esercizio del pubblico potere non "degrada" la situazione giuridica soggettiva del privato, con una sorta di *capitis deminutio*, così come, per converso, la "forza" della situazione giuridica soggettiva non annulla l'esercizio del potere.

Il nucleo sostanziale di tale situazione giuridica soggettiva lesa, diritto soggettivo o interesse legittimo, resta il medesimo, sul piano dell'ordinamento generale, e non può essere inciso dall'esercizio del potere, se lo stesso ordinamento non riconosce all'Amministrazione, per un superiore fine pubblico, la potestà di conformarlo.

Laddove l'Amministrazione vulneri tale situazione del privato con un mero comportamento materiale o con una mera inerzia, non legati in alcun modo, nemmeno mediato, all'esercizio di tale potere, tale situazione di diritto soggettivo rientra nella cognizione del giudice ordinario, al quale compete la tutela di tutti i rapporti tra il privato e l'Amministrazione nei quali quest'ultima non abbia assunto la veste di autorità, bensì abbia svolto un ruolo paritetico, a seconda dei casi, di contraente o di danneggiante o, comunque, di soggetto assimilabile a qualsivoglia parte di un normale rapporto giuridico *iure privatorum*.

Quando invece l'Amministrazione pretenda di incidere sul rapporto mediante l'esercizio di un potere pubblicistico, la situazione del privato che "dialoga" col potere e vi si contrappone assume la configurazione dell'interesse legittimo, tutelabile avanti al giudice amministrativo.

Il sostrato sostanziale della situazione giuridica soggettiva è sempre il medesimo e non è degradato dall'esercizio del potere né, per converso, potenziato dal ruolo di superdiritto o diritto inaffievolibile.

Diverso è, invece, il modo con il quale l'ordinamento considera e tutela tale situazione a seconda che essa debba misurarsi con un mero comportamento dell'Amministrazione o, invece, con un potere attribuito a questa dalla legge per il perseguimento di una determinata finalità di interesse pubblico.

L'ordinamento disegna la medesima situazione secondo "geometrie variabili", pur nella garanzia di uno stesso "nucleo" irriducibile, e ciò perché esso, nella sua totalità e nella sua complessità, deve contemperare, su diversi e spesso interferenti livelli, molteplici esigenze e proteggere, in un difficile bilanciamento, gli interessi di diversi attori, pubblici e privati, sacrificando ora gli uni ora gli altri alla luce di difficili e molteplici valutazioni, anzitutto di rilievo e di impatto costituzionale.

La variabilità o, se si vuole, la convertibilità di tali situazioni, rispetto alle quali appare improprio e fuorviante predicare l'esistenza di diritti assoluti e "incomprimibili", si rivela proprio nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva e, in particolare, in quelle materie nelle quali la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, proprio per l'intima compenetrazione e "convertibilità" tra tali situazioni, è così intensa e inestricabile che, per ragioni di effettività e di concentrazione della tutela giurisdizionale, il legislatore ha ritenuto di doverne affidare la cognizione ad un solo giudice, quello amministrativo, a condizione però, come ha ben chiarito la Corte costituzionale, che tale cognizione si fondi sull'esercizio, seppur in forma mediata, del potere, ragione vera, prima ed ultima, che giustifica la giurisdizione del giudice amministrativo chiamato a garantire la legalità nell'azione amministrativa

In questo quadro, pertanto, è il concreto esercizio del potere pubblico a connotare la correlativa situazione del privato e non viceversa.

La pretesa natura di "diritto indegradabile" non può rendere nullo, tamquam si non esset, l'esercizio del potere, sì da far affermare che l'Amministrazione, a fronte di esso, agisca senza alcuna prerogativa pubblicistica e solo "nel fatto", poiché il diritto indegradabile non ha uno statuto "ontologico", ma implica già un giudizio di valore, un bilanciamento tra gli interessi in gioco, quello, pur fondamentale, fatto valere dal privato e quello tutelato dall'Amministrazione con l'esercizio del potere».

In relazione alla seconda questione, relativa, al concetto di cure mediche che il servizio sanitario nazionale ha l'obbligo di erogare ai pazienti, il Collegio ha affermato che la tutela costituzionalmente garantita al diritto alla salute comprende anche il suo risvolto negativo, rappresentato dal diritto all'autodeterminazione terapeutica dell'interessato che può spingersi fino al rifiuto delle cure, riconosciuto e garantito anche quando da esso possa derivare finanche il sacrificio del bene vita.

Secondo il Collegio, infatti, deve escludersi che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Ciò in quanto la salute dell'individuo non può - secondo la giurisprudenza prevalente - essere oggetto di imposizione autoritativo - coattiva. Difatti, tramontato l'antico paternalismo

medico, che vedeva informazione e consenso del paziente rimessi integralmente all'apprezzamento del medico, unico sostanzialmente a sapere e decidere cosa fosse "bene", in termini curativi, per il paziente, dopo un lungo e travagliato percorso, si è affermato il moderno principio dell'alleanza terapeutica.

Tale principio si pone quale snodo decisivo sul piano culturale prima ancor che giuridico, poiché riporta il singolo paziente, la sua volontà, il suo consenso informato al centro del percorso sanitario, nel quale medico e paziente concorrono nella scelta della strategia terapeutica più rispondente alla visione della vita e della salute propria della persona che si sottopone alla cura.

La "cura" non è più quindi un principio autoritativo, un'entità astratta, imposta dall'alto o dall'esterno, ma si declina e si struttura, secondo un fondamentale *principium individuationis* che è espressione del valore personalistico tutelato dalla Costituzione, in base ai bisogni, alle richieste, alle aspettative, alla concezione stessa che della vita ha il paziente.

Secondo tale visione la decisione terapeutica ha nel consenso informato e nell'autodeterminazione del paziente il suo principio e la sua fine, poiché è il paziente, il singolo paziente, e non un astratto concetto di cura, di bene, di "beneficialità", il valore primo ed ultimo che l'intervento medico deve salvaguardare.

Da ciò consegue che, accertata la natura terapeutica degli interventi oggetto dell'impugnato diniego, l'affermazione della nuova concezione dianzi richiamata conduce a ritenere ammissibile il rifiuto delle cure mediche anche se da ciò possa derivare la morte dell'interessato, purché quest'ultimo sia stato informato dei rischi derivanti dal proprio rifiuto e ne sia consapevole.

Il Collegio, infine, rileva che è necessario ed indilazionabile un intervento legislativo che disciplini i profili connessi alla vincolatività delle direttive anticipate di trattamento date dal paziente nei confronti del medico.

2.2. Interessi diffusi e legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste: Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36.

Il Consiglio di Stato ammette l'impugnazione da parte delle associazioni ambientaliste degli atti che costituiscono esercizio di pianificazione

urbanistica, della localizzazione di opere pubbliche e degli atti autorizzatori di interventi edilizi, nella misura in cui possano comportare danno per l'ambiente.

In particolare, si afferma che quando ad agire in giudizio sia una associazione ambientalista, in quanto partecipante alle "attività di interesse generale", e dunque alla tutela, anche in giudizio, di interessi generali o diffusi, deve assegnarsi una diversa valenza alle condizioni dell'azione.

La legittimazione attiva «lungi dal conseguire dalla titolarità di una posizione sostanziale, si collega, per espressa attribuzione legislativa, alla tutela di interessi diffusi, e costituisce deroga all'art. 81 c.p.c.». Ma se il fondamento dell'attribuzione di legittimazione speciale deve essere individuato nella "materia" in ordine alla quale l'associazione esplica la propria attività (e in ordine alla quale ha ottenuto lo speciale riconoscimento), in attuazione dell'art. 118 Cost., appare allora evidente, si rileva, «come sia, per così dire, più "ampio" l'ambito di tale legittimazione, non collegandosi essa alla "angusta" titolarità di una posizione soggettiva, bensì ad una materia e ad un valore costituzionalmente garantito».

Il Consiglio di Stato, conseguentemente, afferma che nella materia "ambiente", nella sua dimensione di valore costituzionale ricomprendente diversi beni, quali il paesaggio, l'acqua, l'aria e il suolo, deve essere collocata anche la disciplina urbanistica ed edilizia. Ciò poiché «il potere di pianificazione urbanistica non è funzionale solo all'interesse pubblico all'ordinato sviluppo edilizio del territorio in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità (civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali, etc.), ma esso è funzionalmente rivolto alla realizzazione temperata di una pluralità di interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti».

L'ambiente, dunque, costituisce inevitabilmente «l'oggetto (anche) dell'esercizio di poteri di pianificazione urbanistica e di autorizzazione edilizia; così come, specularmente, l'esercizio dei predetti poteri di pianificazione non può non tener conto del "valore ambiente", al fine di preservarlo e renderne compatibile la conservazione con le modalità di esistenza e di attività dei singoli individui, delle comunità, delle attività anche economiche dei medesimi».

Ne consegue che «gli atti che costituiscono esercizio di pianificazione urbanistica, la localizzazione di opere pubbliche, gli atti autorizzatori di interventi edilizi, nella misura in cui possano comportare danno per l'ambiente ben possono essere oggetto di impugnazione da parte delle associazioni ambientaliste, in quanto atti latamente rientranti nella materia 'ambiente', in relazione alla quale si definisce (e perimetra) la legittimazione delle predette associazioni».

Tale maggiore ampiezza di legittimazione attiva determina, inevitabilmente, anche una diversa considerazione dell'interesse ad agire, che deve essere valutato «non già in relazione al pregiudizio del singolo interesse legittimo, quanto in relazione alla emersione della compromissione del "bene o valore comune" oggetto di tutela».

Di modo che, sia in generale, sia nel caso dell'ambiente, mentre l'adozione di un singolo atto può non concretizzare (o meglio, non concretizzare ancora) di per sé una lesione del bene "ambiente", tale lesione emerge, e come tale può essere percepita:

- «tanto in momenti anteriori a quando sorgerebbe l'interesse ad agire del singolo (si pensi ad un regolamento, che ben può ledere *ex se* interessi collettivi e/o diffusi, e non ancora singoli interessi legittimi, invece colpiti dall'atto che di esso fa applicazione»);

- «quanto in momenti successivi, posto che la lesione del bene ambiente, non percepibile a livello di singolo atto adottato, emerge dal collegamento procedimentale e, soprattutto, funzionale di una pluralità di atti, complessivamente partecipi di un intervento che si propone come lesivo di quel bene».

2.3. Interesse legittimo oppositivo del terzo e riedizione del potere dopo la sentenza di annullamento: Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2014, n. 5092.

La sentenza affronta, per la prima volta, la questione relativa ai limiti al riesercizio del potere pubblico nel caso in cui sia stata vittoriosamente esperita un'azione di annullamento da parte di un terzo titolare di un interesse legittimo oppositivo.

Nella sentenza si afferma, testualmente, quanto segue.

«La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha avuto più volte modo di occuparsi della questione relativa alla natura del potere dell'amministrazione esercitato successivamente all'annullamento di un provvedimento amministrativo.

In particolare, l'amministrazione, quando adotta un atto sfavorevole al privato – sia nei procedimenti ad iniziativa della parte titolare di un interesse legittimo pretensivo sia nei procedimenti ad iniziativa d'ufficio incidenti nella sfera giuridica del destinatario dell'atto titolare di un interesse legittimo oppositivo – deve normalmente indicare tutte le ragioni che giustificano l'adozione di quel determinato provvedimento. Nel caso in cui ciò non faccia, il Consiglio di Stato ha affermato che possa indicare, dopo il giudicato, una sola volta nuove ragioni che giustificano l'adozione dell'atto negativo per il privato. Se anche tale ulteriore determinazione dovesse essere annullata in sede giudiziale, l'eventuale successivo nuovo provvedimento negativo, fondato su motivi ancora diversi, deve ritenersi elusivo del giudicato in quanto si inserisce in un quadro di azioni finalizzate a non soddisfare, in ogni caso, la pretesa fatta valere dal ricorrente.

La questione della rinnovazione procedimentale presenta, rispetto al quadro prospettato, elementi di novità nel caso in cui l'azione venga proposta da un terzo titolare di un interesse legittimo oppositivo al rilascio di un provvedimento favorevole per il destinatario del provvedimento stesso. Se il giudice amministrativo accerta l'illegittimità della determinazione adottata dall'autorità pubblica in ragione della presenza di determinati vizi, l'amministrazione, nel riesercizio del potere, deve rinnovare la procedura esclusivamente con riferimento alle fasi che il giudice ha ritenuto illegittime. Non è possibile indicare, in mancanza di oggettive e rilevanti sopravvenienze, nuove e ulteriori ragioni di illegittimità che non erano state individuate in sede giudiziale. Se fosse ammessa una rivisitazione complessiva dell'assetto di interessi verrebbe leso non solo il principio di certezza dei rapporti ma anche il legittimo affidamento del privato in ordine alla definitività delle statuizioni favorevoli non incise dall'effetto di eliminazione della sentenza di annullamento. Del resto, in presenza di provvedimenti favorevoli per il privato e in mancanza di accertamenti di illegittimità giudiziali, l'amministrazione che voglia rivedere le

proprie determinazioni deve farlo, proprio per salvaguardare il principio di affidamento del privato, mediante l'esercizio dei poteri di autotutela che, come è noto, sono sottoposti al rispetto di precisi presupposti (art. 21- *nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241)».

2.4. Quote di genere e società pubbliche: Cons. Stato, sez. I, parere 4 giugno 2014, n. 594.

L'art. 1 della legge n. 120 del 2011 ha introdotto norme sulla parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati. Il successivo art. 3 ha previsto che le stesse norme si applicano anche «alle società, costituite in Italia, controllate da pubbliche amministrazioni ai sensi dell'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile, non quotate in mercati regolamentati», demandando a un regolamento l'attuazione di detta previsione.

La questione sottoposta all'esame del Consiglio di Stato ha riguardato l'applicabilità o meno di tale normativa anche alle società, a capitale pubblico o misto, in cui il controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. non è esercitato da una singola pubblica amministrazione.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che: «la normativa sulle società quotate e sulle società non quotate sotto il controllo delle pubbliche amministrazioni è suscettibile di interpretazione estensiva, essendo evidente che l'intento del legislatore è quello di assicurare l'equilibrata presenza dei generi nella *governance* degli enti il cui ruolo nel mercato è maggiormente significativo. È, dunque, la tutela dell'interesse generale del massimo utile individuale e collettivo (e non dell'interesse pubblico) la *ratio* dell'azione positiva, nella consapevolezza che gli operatori macroeconomici – società private quotate e società pubbliche – operano in modo più efficiente quando, in difetto di meccanismi spontanei di selezione nell'insieme del genere umano, entrambe le sue componenti siano rappresentate. Da questo punto di vista la circostanza che il controllo pubblico operi singolarmente o in modo congiunto è irrilevante».

3. Organizzazione.

3.1. Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza: Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246.

Nella sentenza indicata il Consiglio di Stato chiarisce il significato e la portata applicativa dell'art. 21-*bis* della legge n. 287 del 1990, aggiunto dall'art. 35, comma 1, del d.l. n. 201 del 2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 214 del 2011.

Tale norma ha previsto che:

- «l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» (primo comma):

- «l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni» (secondo comma);

- «ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104» (comma 3).

La norma richiamata, nell'interpretazione fatta propria dalla Sezione quinta, conferisce all'Autorità una peculiare *legitimitatio ad causam* «nei confronti degli atti amministrativi generali, dei regolamenti e dei provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato, in tal modo evidenziando la natura di speciale interesse pubblico generale della tutela della concorrenza e del mercato, quale condizione essenziale per l'ordinato sviluppo economico e sociale e per il progresso della collettività, in armonia del resto con i principi comunitari».

Del resto, secondo il Collegio, appare «coerente con il bene giuridico protetto dalla norma (la libertà di concorrenza ed il corretto funzionamento del mercato) e con le finalità che con esse si intende perseguire (la crescita e lo sviluppo economico) la previsione che l'accertamento della violazione delle

nome in questione e il loro ripristino, per un verso, trascenda l'interesse specifico del singolo operatore del mercato e sia pertanto sottratto alla libera disponibilità dell'interessato (il che giustifica la disposizione nella parte in cui ammette sostanzialmente una legittimazione ad agire concorrente, dell'Autorità e dei singoli interessati, quanto ai provvedimenti lesivi del predetto bene giuridico), e, per altro verso, la tutela debba avviarsi per quanto possibile immediatamente, in tal modo dovendo essere intesa la legittimazione ad agire dell'Autorità nei confronti dei regolamenti e dei provvedimenti generali (atti che, secondo i principi generali, in quanto in genere non immediatamente lesivi, possono essere impugnati solo unitamente ai provvedimenti di cui costituiscono applicazione)».

Quanto alla fase pre-contenziosa caratterizzata dall'assunzione da parte dell'Autorità di un parere motivato con gli specifici profili delle violazioni riscontrate e l'indicazione dei rimedi per eliminarli e ripristinare il corretto funzionamento della concorrenza e del mercato, essa rappresenta, nell'interpretazione data dal Collegio, il necessario presupposto della successiva - solo eventuale - fase contenziosa innanzi al Giudice amministrativo. A tal proposito il Consiglio di Stato precisa che, «la funzione del predetto parere motivato è in realtà duplice: esso mira innanzitutto a sollecitare la pubblica amministrazione a rivedere le proprie determinazioni e a conformarsi agli indirizzi dell'Autorità, attraverso uno speciale esercizio del potere di autotutela giustificato proprio dalla particolare rilevanza dell'interesse pubblico in gioco, in tal modo auspicando che la tutela di quest'ultimo sia assicurata innanzitutto all'interno della stessa pubblica amministrazione e restando pertanto il ricorso all'autorità giudiziaria amministrativa *l'extrema ratio* (non essendo stata d'altra parte dotata l'Autorità di poteri coercitivi nei confronti dell'amministrazione pubblica che non intenda conformarsi al predetto parere motivato); d'altro canto, la fase pre - contenziosa e il relativo parere, in coerenza con i principi comunitari, sono stati ragionevolmente concepiti anche come significativo strumento di deflazione del contenzioso, potendo ammettersi che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgano direttamente (ed esclusivamente) al giudice per la tutela di un interesse pubblico».

3.2. Poteri di vigilanza e controllo della Consob: Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2014 n. 222.

La sentenza esamina l'estensione del potere di vigilanza e controllo della Consob relativamente alla pubblicazione del prospetto informativo dell'offerta pubblica di scambio volontaria dei bonds argentini.

In particolare, il Collegio, richiamando l'art. 5 del d.lgs. n. 58 del 1998 (Testo unico intermediazione finanziaria - TUF), afferma che «nel perseguimento dell'interesse pubblico di garantire (come prevede l'art. 91 del TUF), la tutela degli investitori nonché l'efficienza e la trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali, la Consob è tenuta ad esercitare un controllo sul prospetto di offerta, la cui finalità (...) risiede essenzialmente nell'esigenza di compensare le asimmetrie informative che notoriamente connotano questo tipo di rapporti tra gli intermediari finanziari ed il pubblico dei risparmiatori»; ma, si aggiunge, «poiché le proposte di acquisto e di scambio di prodotti finanziari possono essere liberamente adottate dai soggetti interessati, non necessitando di un previo provvedimento abilitativo da parte di Consob, le attribuzioni dell'autorità di vigilanza devono intendersi limitate alla possibilità di richiedere un onere di chiarezza informativa in capo all'emittente che intenda effettuare operazioni di tal genere, come dimostrato dal fatto che, ai sensi del riportato art. 102, è possibile prescrivere all'interessato di fornire "informazioni integrative" e di pubblicare il documento d'offerta secondo "specifiche modalità".

La valutazione che l'Autorità deve compiere riguarda essenzialmente la completezza e comprensibilità dell'offerta, la quale deve essere rivolta a parità di condizioni a tutti i titolari dei prodotti finanziari che ne formano oggetto, con la conseguenza che esula dal potere di controllo dell'organo di vigilanza la verifica della convenienza dell'operazione di sottoscrizione da parte del risparmiatore in rapporto all'analisi dei rischi specifici che la stessa presenta, stante la normale aleatorietà delle operazioni di investimento (a cominciare da quella iniziale che ha spinto una parte dei risparmiatori italiani a sottoscrivere i bonds argentini, con la contestuale assunzione di un rischio "Paese" compensata da un saggio di remuneratività sul capitale investito particolarmente attraente rispetto al livello medio dei tassi di interesse rinvenibili sul mercato obbligazionario)».

Il Collegio afferma, inoltre, che non sussiste in capo alla Consob alcun obbligo di informazione circa la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'emittente in quanto non sussistono in capo a Consob «poteri legittimanti un sindacato di merito in ordine alla proficuità per i risparmiatori dell'operazione proposta a mezzo dell'offerta pubblica di scambio delle obbligazioni».

4. Procedimento.

4.1. Motivazione del provvedimento, vizio formale non invalidante dell'atto e integrazione giudiziale: Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2014 n. 1018.

Nella sentenza si afferma, richiamandosi la sentenza della V Sezione 20 agosto 2013, n. 4194, che è insegnamento tradizionale e consolidato quello in base al quale nel processo amministrativo la motivazione deve precedere e non seguire il provvedimento a tutela oltre che del buon andamento e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario degli stessi principi di parità delle parti e giusto processo (art. 2 c.p.a.) e di pienezza della tutela secondo il diritto europeo (art. 1 c.p.a.), i quali convergono nella centralità della motivazione quale presidio del diritto costituzionale di difesa.

Tuttavia, si rileva, il divieto di integrazione giudiziale della motivazione non ha carattere assoluto, in quanto non sempre i chiarimenti resi nel corso del giudizio valgono quale inammissibile integrazione postuma della motivazione: è il caso, si afferma nella sentenza, degli atti di natura vincolata di cui all'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, nei quali l'amministrazione può dare anche successivamente l'effettiva dimostrazione in giudizio dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto, oppure quello concernente la possibilità di una successiva indicazione di una fonte normativa non prima menzionata nel provvedimento, quando questa, per la sua notorietà, ben avrebbe potuto e dovuto essere conosciuta da un operatore professionale.

Infatti, sebbene il divieto di motivazione postuma, costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, meriti di essere confermato, rappresentando l'obbligo di motivazione il presidio essenziale del diritto di difesa, non può ritenersi, sottolinea il Consiglio di Stato, che l'amministrazione

non incorra nel vizio di difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato o si verta in ipotesi di attività vincolata

Inoltre, la facoltà dell'amministrazione di dare l'effettiva dimostrazione dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto, nel caso di atti vincolati, esclude in sede processuale che, si legge sempre nella sentenza, l'argomentazione difensiva dell'amministrazione, tesa ad assolvere all'onere della prova, possa essere qualificata come illegittima integrazione postuma della motivazione sostanziale, cioè come un'indebita integrazione in sede giustiziale della motivazione stessa.

Pertanto, alla luce dell'attuale assetto normativo, il Consiglio di Stato ritiene che devono essere attenuate le conseguenze del principio del divieto di integrazione postuma, dequotando il relativo vizio tutte le volte in cui l'omissione di motivazione successivamente esternata: *i*) non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato; *ii*) nei casi in cui, in fase infraprocedimentale, risultano percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato; *iii*) nei casi di atti vincolati.

4.2. Silenzio inadempimento della p.a. e obbligo di provvedere: Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2014, n. 2545.

Nel caso deciso dalla sentenza sopra indicata un'associazione aveva agito in giudizio contestando il silenzio serbato dal Ministero degli affari esteri in ordine all'istanza volta alla sottoscrizione di una convenzione, analoga ad altra stipulata tra lo stesso Ministero ed un'altra associazione, avente ad oggetto la certificazione della conformità di alcuni prodotti alimentari italiani ai dettami della religione islamica.

Il Collegio ha statuito che il ricorso avverso il silenzio inadempimento è inammissibile nell'ipotesi in cui venga richiesto all'amministrazione l'esercizio di poteri ampiamente discrezionali e vicini all'opzione politica poiché, in mancanza di regolamentazione legale dell'attività richiesta, l'istante non può essere considerato quale soggetto in posizione qualificata e differenziata.

In particolare, ad avviso del Collegio, «perché possa imputarsi un silenzio-inadempimento occorre che l'Amministrazione contravvenga ad un

preciso obbligo di provvedere (e, quindi, di procedere): orbene, nonostante si possa sostenere che, in regime di trasparenza e partecipazione, un siffatto obbligo può sussistere non solo in presenza di una specifica previsione normativa, ma anche ogniqualevolta esigenze di giustizia sostanziale impongono l'adozione di un provvedimento espresso, in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione, in rapporto al quale il privato vanta una legittima e qualificata aspettativa ad una esplicita pronuncia (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2012, nr. 6183), nel caso di specie manca un'aspettativa qualificata poiché manca un precedente e già instaurato rapporto su cui fondare tale aspettativa.

In altri termini, se anche il dovere di provvedere può sorgere in concomitanza con l'esercizio di attività discrezionali – sempreché ci sia una violazione delle regole di fondo dell'attività amministrativa – il comportamento omissivo della p.a. deve essere stigmatizzato da un soggetto qualificato in quanto titolare di una situazione di specifico e rilevante interesse, che lo differenzia da quello generalizzato: ciò che manca nel caso che occupa, proprio a cagione dell'evidenziata mancanza di qualsivoglia normativa di riferimento».

4.3. Conferenza di servizi e modalità di manifestazione del dissenso qualificato da parte di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili: Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2014, n. 1059.

La questione posta all'esame del Collegio ha riguardato la legittimità di una determinazione comunale adottata all'esito di una conferenza di servizi indetta per l'esame e l'approvazione di un progetto definitivo per la ristrutturazione di una area portuale.

Alla conferenza di servizi era stata inviata anche l'Autorità di Bacino, in qualità di amministrazione deputata ad esprimere un parere obbligatorio sulla compatibilità dell'intervento con i vigenti strumenti di pianificazione in tema di prevenzione del rischio idrogeologico.

Poco prima dell'inizio dei lavori della quinta seduta della Conferenza, l'Autorità di Bacino – che non aveva designato alcun rappresentante a prendervi parte – faceva pervenire via fax al Comune procedente una nota a firma del Commissario straordinario, con cui rendeva noto che il proprio Comitato tecnico

aveva espresso parere contrario al progetto per contrasto con i vigenti atti di pianificazione.

La questione giuridica risolta dalla sentenza indicata in epigrafe ha riguardato la valenza del dissenso manifestato da una amministrazione preposta alla tutela di interessi sensibili al di fuori della sede della conferenza.

L'art. 14, comma 2, della legge n. 241 del 1990 dispone che «la conferenza di servizi è sempre indetta quando l'amministrazione precedente deve acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche e non li ottenga, entro trenta giorni dalla ricezione, da parte dell'amministrazione competente, della relativa richiesta».

L'art. 14-*quater*, primo comma, prevede che il dissenso di uno o più rappresentanti delle amministrazioni ivi comprese quelle preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità, regolarmente convocate alla conferenza di servizi, «a pena di inammissibilità, deve essere manifestato nella conferenza di servizi, deve essere congruamente motivato, non può riferirsi a questioni connesse che non costituiscono oggetto della conferenza medesima e deve recare le specifiche indicazioni delle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'assenso».

Il terzo comma dello stesso art. 14-*quater* dispone che «ove venga espresso motivato dissenso da parte di un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità, la questione, in attuazione e nel rispetto del principio di leale collaborazione e dell'articolo 120 della Costituzione, è rimessa dall'amministrazione precedente alla deliberazione del Consiglio dei Ministri, che ha natura di atto di alta amministrazione».

Il Consiglio di Stato ha affermato che «vero è che, in ragione della qualifica di *'inammissibilità'*, la mancata espressione nel contesto della conferenza di servizi del dissenso qualificato a cura di interessi sensibili non è idonea a generare l'effetto di rimessione della questione ad altro e superiore livello di governo a norma dell'art. 14-*quater*, comma 3, l. n. 241 del 1990». Nondimeno, si afferma, «un parere ostativo di siffatti caratteri ed effetti, espresso fuori e appena prima dalla conferenza, non è per ciò solo da considerare, da parte di un'altra

amministrazione, come inesistente; né la valutazione tecnica cui si riferisce può essere contrastata nell'immediato, senza ulteriori e congrui approfondimenti».

A queste conclusioni il Consiglio di Stato è pervenuto sulla base del rilievo che «l'azione amministrativa, quando è ripartita tra varie competenze, specie in ragione dell'autonomia locale, necessita dell'applicazione effettiva dell'immanente principio fondamentale di leale cooperazione, che esige – a compensazione della ripartizione di competenze - che le amministrazioni implicate collaborino realmente nella salvaguardia dell'esercizio reciproco delle funzioni, acquisendo così una congrua e completa conoscenza dei fatti e la possibilità di una considerazione adeguata e proporzionata degli interessi coinvolti di rispettiva competenza, vagliando se gli assunti presi a base sono corretti o possono essere corretti e modificati pur senza venir meno alla cura dell'interesse pubblico di loro attribuzione: ferma restando poi per ciascuna la autonoma e definitiva valutazione (specie se tecnica: la comparazione non trasforma infatti la valutazione tecnica in un giudizio di discrezionalità».

4.4. Regime giuridico della segnalazione certificata di inizio attività: Cons. Stato, sez. IV, 3 ottobre 2014 n. 4962; Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4780.

Con la sentenza n. 4962 il Consiglio di Stato ha chiarito la natura dell'art. 19, comma 6-ter, L. 241/90, introdotto dal d.l. 138/11, convertito in L. 148/11, che attribuisce ai controinteressati la possibilità di sollecitare le verifiche da parte della pubblica amministrazione dei presupposti di legittimità della segnalazione certificata di inizio attività ed, in caso di inerzia dell'amministrazione, esperire l'azione avverso il silenzio *ex art. 31 cpa*.

In particolare, il Collegio ha affermato che «in disparte ogni considerazione sul rapporto tra lo schema generale *ex art. 19* e la disciplina speciale di cui all'art. 23 del d.P.R. n. 380/2001, la norma, in quanto intesa a qualificare la fattispecie, ha portata innovativa, e non già interpretativa, e soprattutto sostanziale e non già processuale; del pari il successivo riconoscimento dell'esperibilità, previa sollecitazione all'Amministrazione in ordine all'esercizio dei poteri inibitori, dell'azione disciplinata dall'art. 31 c.p.a., e quindi dell'azione di accertamento dell'obbligo di provvedere corrispondente alla

tradizionale impugnativa del silenzio-rifiuto quale inadempimento dell'obbligo, non può che essere rivolta *de futuro* e non può incidere, per giunta frustrando i principi di pienezza, effettività, tempestività della tutela giurisdizionale, sulle controversie pendenti, anche secondo una lettura costituzionalmente orientata rispettosa dei principi costituzionali relativi al diritto di difesa (art. 24 Cost.), al giusto processo (art. 111 Cost.), alla tutela giurisdizionale amministrativa (art. 113 comma 2 Cost.)».

Il Consiglio di Stato ha, inoltre, ribadito che il termine di impugnazione della dia (oggi scia) «andrebbe ricondotto, se non all'avvio dei lavori (...) quantomeno alla data di ultimazione dei lavori», e che la eventuale prova della tardività della sua impugnazione «incombe sulla parte che la eccepisce, secondo i generali criteri di riparto del relativo onere, ed essa deve essere assistita da rigorosi e univoci riscontri, ossia da elementi documentali dai quali possa arguirsi con assoluta certezza il momento della piena conoscenza dell'atto o del fatto, nella specie del completamento funzionale dell'impianto».

Nella sentenza n. 4780 il Consiglio di Stato ha affermato che, nel settore edilizio, la d.i.a. «una volta perfezionatasi, costituisce un titolo abilitativo valido ed efficace (sotto tale profilo equiparabile *quoad effectum* al rilascio del provvedimento espresso), che può essere rimosso, per espressa previsione legislativa, solo attraverso l'esercizio del potere di autotutela decisoria». L'amministrazione, pertanto, può intervenire anche oltre il termine perentorio di cui all'art. 23, comma 6, d.P.R. n. 380 del 2001, «ma solo alle condizioni (e seguendo il procedimento) cui la legge subordina il potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi e, quindi, tenendo conto, oltre che degli eventuali profili di illegittimità dei lavori assentiti per effetto della d.i.a. ormai perfezionatasi, dell'affidamento ingeneratosi in capo al privato per effetto del decorso del tempo, e, comunque, esternando le ragioni di interesse pubblico a sostegno del provvedimento».

Ne consegue «l'illegittimità del provvedimento repressivo-inibitorio avente ad oggetto lavori che risultano oggetto di una d.i.a. già perfezionatasi (per effetto del decorso del tempo) e non previamente rimossa in autotutela».

4.5. Accesso, tutela della riservatezza dei terzi e limiti derivanti dalla tutela della sicurezza: Cons. Stato, sez. VI, 14 maggio 2014, n. 2472; Cons. Stato, sez. VI, ord. 7 febbraio 2014, n. 600.

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2472, si è pronunciato in ordine alla questione dell'ammissibilità dell'accesso a dati in possesso dell'Anagrafe Tributaria e relativi alla situazione reddituale del coniuge dell'istante, con il quale quest'ultimo abbia in corso un procedimento di separazione contenziosa.

Il Consiglio di Stato ha affermato quanto segue.

«In dottrina e giurisprudenza è ormai pacifico che, con la modifica della legge n. 241 del 1990, operata dalla legge 11 febbraio 2005, nr. 15, è stata codificata la prevalenza del diritto di accesso agli atti amministrativi e considerato recessivo l'interesse alla riservatezza dei terzi, quando l'accesso sia esercitato prospettando l'esigenza della difesa di un interesse giuridicamente rilevante.

L'equilibrio tra accesso e *privacy* è dato, dunque, dal combinato disposto degli artt. 59 e 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, nr. 196 (c.d. Codice della privacy) e delle norme di cui alla legge nr. 241 del 1990: la disciplina che ne deriva delinea tre livelli di protezione dei dati dei terzi, cui corrispondono tre gradi di intensità della situazione giuridica che il richiedente intende tutelare con la richiesta di accesso: nel più elevato si richiede la necessità di una situazione di "pari rango" rispetto a quello dei dati richiesti; a livello inferiore si richiede la "stretta indispensabilità" e, infine, la "necessità".

In tutti e tre i casi, quindi, l'istanza di accesso deve essere motivata in modo ben più rigoroso rispetto alla richiesta di documenti che attengono al solo richiedente: in particolare, si è osservato che, fuori dalle ipotesi di connessione evidente tra "diritto" all'accesso ad una certa documentazione ed esercizio proficuo del diritto di difesa, incombe sul richiedente l'accesso dimostrare la specifica connessione con gli atti di cui ipotizza la rilevanza a fini difensivi e ciò anche ricorrendo all'allegazione di elementi induttivi, ma testualmente espressi, univocamente connessi alla "conoscenza" necessaria alla linea difensiva e logicamente intellegibili in termini di consequenzialità rispetto alle deduzioni difensive potenzialmente esplicabili».

Nella specie, il Collegio ha concluso per l'ammissibilità dell'accesso, sul presupposto che «nel caso di specie la cura e la tutela degli interessi economici e della serenità dell'assetto familiare, soprattutto nei riguardi dei figli minori delle parti in causa, prevale o quantomeno deve essere contemperata con il diritto alla riservatezza previsto dalla normativa vigente in materia di accesso a tali documenti "sensibili" del coniuge».

Con la decisione n. 600 il Consiglio di Stato ha ritenuto che la prevalenza dell'accesso difensivo, sancita dal comma 7 dell'art. 24 l. 241/90, valga solo con riferimento all'ipotesi nella quale all'interesse dell'istante si opponga il diritto alla riservatezza di un terzo controinteressato e non anche nell'ipotesi in cui ad esso si opponga una delle altre esigenze che, in base alle lettere a), b) e c) del comma 6 dello stesso art. 24 l. 241/90, consentono al Governo, tramite regolamento, di sottrarre all'accesso taluni documenti.

In particolare, il Collegio si è pronunciato sull'impugnazione proposta dal Ministero dello sviluppo economico avverso l'ordinanza pronunciata dal Tar Lazio, che aveva condannato l'amministrazione all'ostensione di note riservate della Presidenza del Consiglio, inerenti alla supposta idoneità di taluni prodotti esportati in Turchia ad essere riutilizzati per la fabbricazione di armi.

Nell'accogliere l'impugnazione proposta dall'amministrazione, il Consiglio di Stato ha affermato che la regola della prevalenza del c.d. accesso difensivo non riguarda tutte le ipotesi di esclusione di cui al medesimo art. 24, «ma solo la particolare ipotesi di esclusione (contemplata dalla lettera d del comma 6) determinata dalla necessità di tutelare la riservatezza di terzi (persone, gruppi, imprese e associazioni)».

E' vero, si afferma, «che in senso contrario (ovvero a favore della tesi della generalizzata prevalenza dell'accesso difensivo) sembrerebbe deporre la collocazione della relativa regola in un comma autonomo (il comma 7 dell'art. 24 della legge n. 241 del 1990), da cui potrebbe, appunto, ricavarsi che oggi, a differenza di quanto accadeva prima delle modifiche introdotte con la legge n. 15 del 2005, l'accesso difensivo prevalga su ogni fattispecie di esclusione».

Tale argomento, legato alla collocazione topografica della previsione normativa, tuttavia cede di fronte ad un triplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, «esso trova smentita nei lavori preparatori della legge n. 15 del 2005, dai quali emerge, in maniera sufficiente, l'intenzione del legislatore di attribuire prevalenza all'accesso difensivo solo con riferimento ai documenti contenenti dati personali, ossia allorché venga in rilievo la tutela della riservatezza»

In secondo luogo, si afferma, occorre effettuare una lettura complessiva dell'art. 24, comma 7, legge n. 241 del 1990.

«Tale disposizione si compone di due periodi: il primo, che sancisce la regola della prevalenza dell'accesso difensivo, senza ulteriori specificazioni; il secondo, che limita l'applicazione di tale regola, occupandosi di attenuarne la portata solo con riferimento ad alcune categorie di dati personali (i dati sensibili, i dati giudiziari e i dati sensibilissimi).

Mentre il primo periodo fa generico riferimento alla necessità di consentire l'accesso strumentale all'esercizio del diritto di difesa in giudizio (senza specificare rispetto a quali documenti), il secondo periodo, nel limitare la portata della regola, fa riferimento ai dati sensibili e giudiziari (puntualizzando che, in questo caso, non basta la semplice strumentalità, ma occorre la stretta indispensabilità) e ai dati sensibilissimi (specificando, tramite il rinvio all'art. 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, che "quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile").

È evidente allora che non è plausibile una interpretazione atomistica del primo periodo del comma 7 dell'art. 24, che non tenga conto di quanto dispone il secondo periodo nel chiarire e limitare la portata della regola che sancisce la prevalenza dell'accesso difensivo.

L'eccezione del secondo periodo si occupa solo dei dati personali sensibili e sensibilissimi (coperti dal c.d. nocciolo duro del diritto alla riservatezza) sul presupposto, non esplicitato ma comunque evidente, che la regola del primo periodo valga, a sua volta, solo per i documenti che contengono dati personali (e non per qualsiasi ipotesi di esclusione dal diritto di accesso)».

In terzo luogo si osserva che l'opposto assunto darebbe luogo «a conclusioni irragionevoli, finendo per tutelare la riservatezza delle informazioni private e personali in misura maggiore rispetto alla riservatezza delle informazioni pubbliche, che sarebbero cedevoli rispetto all'accesso difensivo indipendentemente da ogni concreto bilanciamento tra opposti interessi e senza tener conto del dominante rilievo e della portata stessa dell'interesse pubblico sotteso all'ipotesi legislativamente prevista di esclusione».

«Deve, quindi, escludersi che l'art. 24, comma 7, primo periodo, legge n. 241 del 1990 possa essere interpretato nel senso di giustificare una indiscriminata prevalenza dell'accesso difensivo su tutte le ipotesi di esclusione normativamente previste».

4.5.1. Accesso ai documenti contenenti notizie acquisite nel corso di attività ispettive qualora da questi possano derivare pregiudizi per i lavoratori o i terzi: Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2014, n. 863; Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2014 n. 5779.

Con le sentenze indicate il Consiglio di Stato ha esaminato la questione relativa alla possibile ostensibilità di documenti contenenti notizie acquisite nel corso di attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possono derivare discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi.

Il Consiglio di Stato, pur dando atto dell'esistenza di contrasti interpretativi, ha ritenuto che debba essere data prevalenza alle esigenze di riservatezza delle dichiarazioni dei lavoratori «contenenti dati sensibili la cui divulgazione potrebbe comportare, nei confronti dei lavoratori, azioni discriminatorie o indebite pressioni».

Si perviene all'affermazione di tale principio per le seguenti ragioni:

- la normativa costituzionale ed europea (art. 4, 32 e 36 Cost. e art. 8 CEDU), nonché l'art. 8 dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300 del 1970) assegnano valenza "in via generale prevalente, se non assorbente, alla tutela apprestata alle esigenze di riservatezza delle suddette dichiarazioni, contenenti dati sensibili la cui divulgazione potrebbe comportare, nei confronti dei lavoratori, azioni discriminatorie o indebite pressioni";

- i lavoratori risultano la "parte debole" del rapporto contrattuale esistente fra loro e le società istanti: è, infatti, lo stesso art. 24, comma 6, lettera d) della legge n. 241 del 1990 che impone di prendere atto delle realtà dei singoli settori della vita sociale e di riconoscere rilevanza alle esigenze di riservatezza delle "persone fisiche", e ciò a maggior ragione quando le medesime siano potenzialmente esposte ad un danno o ad un pericolo di danno connesso all'ostensione di dati a loro riferibili;

- l'ostensione dei detti documenti non risulta indispensabile per curare o difendere gli interessi giuridicamente rilevanti dei datori di lavoro, considerato che la compiuta conoscenza dei fatti e delle allegazioni loro contestati risulta di norma assicurata dal verbale di accertamento relativo alle dette dichiarazioni, ferma la possibilità, in ultima istanza, di ottenere accertamenti istruttori in giudizio.

Le predette conclusioni - relative alle istanze di accesso promosse da società datrici di lavoro dei soggetti che hanno reso le dichiarazioni ispettive - per il principio di non contraddizione devono ritenersi estensibili anche nei confronti delle richieste di accesso avanzate da società non datrici di lavoro dei soggetti che hanno reso le citate dichiarazioni, ma alle medesime legate da un vincolo di coobbligazione solidale.

Ciò, in primo luogo, in quanto la prevalenza del diritto alla riservatezza dei lavoratori che hanno reso le dichiarazioni rispetto alla tutela garantita dall'art. 24, comma 7 della legge n. 241 del 1990, come sopra rilevata, risulta un principio di carattere generale che, come tale, opera a prescindere dalla circostanza che l'istante sia o meno il datore di lavoro dei soggetti che hanno reso le dichiarazioni stesse.

In secondo luogo, la prevalenza del diritto alla riservatezza, così come sopra rilevata, è volta a garantire anche "l'interesse pubblico all'acquisizione di ogni possibile informazione, per finalità di controllo della regolare gestione dei rapporti di lavoro": tale interesse verrebbe, infatti, compromesso dalla reticenza dei lavoratori a rendere dichiarazioni ispettive, che potrebbe generarsi a prescindere dall'esistenza di un rapporto di lavoro diretto fra soggetto che ha reso le dichiarazioni e società istante.

A quanto precede va, peraltro, aggiunto che consentire l'accesso alle società non datrici di lavoro accorderebbe a soggetti terzi rispetto al vincolo contrattuale una tutela che non si garantisce agli stessi datori di lavoro, portatori di un interesse diretto all'accesso: ciò finirebbe per creare delle illogiche disparità di trattamento, garantendo al soggetto che ha maggior interesse all'accesso (il datore di lavoro) un tutela inferiore rispetto a quella concessa ai soggetti esterni rispetto al vincolo contrattuale.

Inoltre, sotto il profilo processuale, deve rilevarsi che in un eventuale giudizio relativo alla mancata esecuzione del "verbale di coobbligazione solidale" le posizioni delle società, sia di quella datrice di lavoro che di quella appaltante, risulterebbero in ogni caso sostanzialmente omogenee, stante la possibilità per la società appaltante di esperire un intervento *ad adiuvandum* nei confronti della società appaltatrice: ciò potrebbe implicare, dunque, che la società non datrice di lavoro dei soggetti che hanno reso le dichiarazioni ispettive potrebbe produrre in giudizio, a fini difensivi, proprio i documenti il cui accesso era stato precluso, in ragione di quanto sopra esposto, alla società datrice di lavoro.

Sul piano processuale, ciò implica che i lavoratori rivestono, nei confronti sia del datore di lavoro che della società obbligata in solido, la qualifica di controinteressati ai quali il ricorso deve essere notificato nel rispetto delle modalità contemplate dall'art. 116, primo comma, cod. proc. amm.

4.6. Regime della nullità dell'atto amministrativo: Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2014 n. 5671; Cons. Stato, sez. III, 8 settembre 2014, n. 4538; Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993.

L'art. 21-*septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 prevede che è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

L'art. 31, comma 4, del codice del processo amministrativo dispone che «la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può

sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice».

Nella sentenza n. 5671 si afferma che la nullità del provvedimento ha carattere eccezionale.

Le categorie della nullità e annullabilità, quali vizi che inficiano un atto giuridico costituente manifestazione di volontà, si presentano nel diritto amministrativo in relazione invertita rispetto alle omologhe figure valevoli per i negozi giuridici di diritto privato.

Il difetto assoluto di attribuzione, quale causa di nullità del provvedimento amministrativo, evoca la cosiddetta carenza di potere in astratto, vale a dire l'ipotesi in cui l'Amministrazione assume di esercitare un potere che in realtà nessuna norma le attribuisce.

A corollario di questa ricostruzione, si afferma nella sentenza, va aggiunto che le ipotesi di nullità, incidendo sul principio per cui ogni violazione di legge di per sé comporta l'annullabilità dell'atto, hanno carattere tassativo e, come poi chiarito dall'art. 21-*septies* l. n. 241/1990, si verificano nei casi di nullità testuale, di difetto assoluto di attribuzione o di violazione o elusione del giudicato.

Nella sentenza n. 993 si fornisce una possibile interpretazione della norma del codice del processo amministrativo che prevede il rilievo officioso, affermandosi, testualmente, quanto segue.

«La nullità inficia radicalmente l'atto e, per questo, accanto ad un'azione di accertamento sottoposta a regime decadenziale dilatato, il codice del processo ha previsto che la nullità dell'atto possa "sempre essere rilevata d'ufficio dal giudice". La previsione normativa non può avere altro significato che l'attribuzione al giudice, analogamente a quanto previsto per le nullità civilistiche, di un potere di rilievo officioso a presidio di un interesse generale all'eliminazione dall'ordinamento di fattispecie pubblicistiche radicalmente in contrasto con lo stesso. E nel giudizio amministrativo di legittimità, a differenza che in quello civile, il potere di rilievo è utilmente esercitabile nell'interesse (anche del ricorrente), proprio, se non esclusivamente, nelle ipotesi di sopravvenienza del vizio, atteso che, in via generale, il carattere meramente giuridico della modificazione autoritativa della posizione giuridica del privato, il termine di decadenza, e l'identità di effetti della declaratoria di nullità rispetto

alla sentenza di annullamento, finiscono per svuotare di contenuto la previsione, rendendo di fatto impraticabile il potere ufficioso di rilievo della nullità».

Nella sentenza n. 4538 si conferma l'orientamento dominante secondo cui l'art. 21-*septies* ha codificato in numero chiuso le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo e tra queste non rientra la violazione del diritto comunitario per la quale l'ipotesi della nullità è configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna attributiva del potere incompatibile con il diritto comunitario.

4.7. Atto emanato sulla base di una legge incostituzionale: Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2014, n. 4624.

La sentenza si segnala per avere indicato quale è il regime, sostanziale e processuale, dell'atto adottato sulla base di una legge incostituzionale.

Nella sentenza si afferma, testualmente, quanto segue.

«Sul piano sostanziale, l'atto amministrativo adottato sulla base di una legge dichiarata incostituzionale è annullabile. La legge in contrasto con la Costituzione è, infatti, una legge invalida ancorché efficace sino alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale che la dichiara illegittima. Tale sentenza, producendo effetti retroattivi incidenti sui rapporti pendenti, comporta che il provvedimento amministrativo viene privato, anch'esso con effetti retroattivi, della sua base legale. La conseguenza sarà sempre l'annullabilità e non la nullità dell'atto anche nel caso in cui la norma dichiarata costituzionalmente illegittima sia l'unica attributiva del potere.

Sul piano processuale, deve essere coordinato il principio della rilevabilità d'ufficio della questione di costituzionalità con il principio della domanda che caratterizza il processo amministrativo. La questione può essere rilevata d'ufficio purché la parte abbia introdotto nel processo i fatti principali su cui il giudice deve pronunciarsi. In particolare, è necessario che il ricorrente abbia impugnato il provvedimento amministrativo facendo valere, mediante la formulazione di censure, la sua illegittimità per contrasto con la norma, senza che sia necessario avere anche indicato, tra i motivi, l'illegittimità costituzionale della norma.

Quando sussistono questi presupposti non è necessario che nel giudizio di appello venga fatto valere il vizio sopravvenuto dell'atto impugnato in primo grado mediante la proposizione di motivi aggiunti».

4.8. Atti politici: Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 16 settembre 2014, n. 4088.

Con l'ordinanza sopra indicata il Consiglio di Stato si è espresso sul ricorso con il quale il Codacons ha impugnato gli atti con i quali il Governo italiano aveva deciso di dare esecuzione agli accordi a suo tempo intervenuti con l'amministrazione degli U.S.A. circa l'acquisto di un certo numero di aerei da guerra.

Nel confermare le valutazioni del T.A.R. del Lazio, che già in primo grado aveva dichiarato inammissibile la domanda di sospensiva degli atti impugnati, il Consiglio di Stato ha condiviso l'avviso dello stesso T.A.R. secondo cui tali atti sono insindacabili in quanto espressione delle scelte politiche riservate agli organi di Governo. La categoria degli "atti politici", da sempre per legge sottratti all'impugnazione ed al giudizio del giudice amministrativo, è stata negli ultimi anni sempre più ridimensionata dalla giurisprudenza, e resta oggi limitata a quegli atti che – pur essendo formalmente amministrativi – vengono adottati dagli organi di vertice del Governo in diretta attuazione del proprio indirizzo politico: fra questi tradizionalmente rientrano gli atti inerenti alla politica estera ovvero al rispetto degli impegni assunti in sede internazionale dallo Stato italiano.

5. Contratti.

5.1. Principio di tassatività delle cause di esclusione e soccorso istruttorio: Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Cons. Stato, sez. VI, 19 settembre 2014, n. 4662.

La Plenaria, con la sentenza sopra indicata, e la successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato, hanno affermato che prima dell'introduzione nell'ordinamento dei contratti pubblici del principio di tassatività delle cause di esclusione, era riconosciuta all'amministrazione un'ampia facoltà di individuare,

nel rispetto della legge, il contenuto della disciplina delle procedure selettive (c.d. *lex specialis* della gara).

La stazione appaltante poteva «individuare requisiti sostanziali (di carattere generale o speciale), o adempimenti formali, più rigorosi rispetto agli standard europei, fermo il rispetto delle norme di legge». Il sindacato del giudice amministrativo, in ossequio al principio costituzionale di separazione dei poteri, era ammesso nei soli casi in cui risultava evidente l'esistenza di un vizio di eccesso di potere.

L'art. 46, primo comma, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), nel testo modificato dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, ha previsto, nel disciplinare il cosiddetto soccorso istruttorio, che «le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati».

Il secondo comma dello stesso art. 46 ha introdotto il principio di tassatività della cause di esclusione, stabilendo che la stazione appaltante esclude i concorrenti soltanto nei casi previsti dalla legge e nelle ipotesi elencate nella disposizione in esame. La norma puntualizza che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione e se lo fanno dette prescrizioni sono nulle.

La norma sul soccorso istruttorio deve essere intesa, si sottolinea nella sentenza, nel senso che occorre tenere separati i concetti di regolarizzazione documentale e di integrazione documentale: la prima, consistendo nel «completare dichiarazioni o documenti già presentati» dall'operatore economico, è ammessa, per i soli requisiti generali, al fine di assicurare, evitando inutili formalismi, il principio della massima partecipazione; la seconda, consistendo nell'introdurre nel procedimento nuovi documenti, è vietata per garantire il principio della parità di trattamento. La distinzione è superabile, si afferma sempre nella citata sentenza, in presenza di «clausole ambigue» che autorizzano il soccorso istruttorio anche mediante integrazione documentale.

Le prescrizioni contenute nel bando di gara che contengono clausole contrarie alla suddetta norma imperativa, così come interpretata, devono

ritenersi nulle. Esse, infatti, si risolverebbero nella previsione di una causa di esclusione non consentita dalla legge.

L'Adunanza plenaria ha ritenuto che, in ragione della valenza innovativa dell'art. 46 rispetto ai precedenti orientamenti della giurisprudenza, lo stesso non possa trovare applicazione in relazione: *i*) alle procedure disciplinate dal d.lgs. n. 163 del 2006 prima dell'entrata in vigore del decreto stesso (14 maggio 2011); *ii*) alle procedure selettive non disciplinate direttamente o indirettamente (per autovincolo dell'amministrazione procedente) dal d.lgs. n. 163 del 2006.

5.2. Pregiudizi penali e natura della dichiarazione resa dagli amministratori muniti di potere di rappresentanza: Cons. Stato, ad plen., 30 luglio 2014 n. 16.

La sentenza esamina due questioni relative all'esatta interpretazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006.

La prima questione attiene alla genericità della dichiarazione relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 d.lgs. cit. e, cioè, l'omessa indicazione delle singole cause ostative.

Sul punto la Plenaria ha affermato che «la necessità di indicare puntualmente l'assenza di tutte le condizioni ostative dettagliate all'art. 38 d.lgs. cit. dev'essere esclusa (...) perché, ai fini dell'attestazione (con la valenza assegnata alle dichiarazioni sostitutive dal d.P.R. n. 445/2000) dei requisiti di moralità in questione, il richiamo generico (ma esaustivo) alla disposizione legislativa che li contempla si rivela del tutto sufficiente (nella fase di gara a cui si riferisce il deposito della dichiarazione) a fornire all'Amministrazione quell'impegno (assistito dalla sanzione penale per le dichiarazioni false) sull'insussistenza delle condizioni ostative nel quale si risolve l'acquisizione delle attestazioni ai sensi dell'art. 47 d.P.R. cit.».

La seconda questione attiene alla esatta interpretazione dell'art. 38 nella parte in cui prevede, in presenza di società per azioni, che la dichiarazione di assenza di pregiudizi debba essere resa dagli «amministratori muniti di potere di rappresentanza». Si tratta di stabilire se sia necessaria o meno la menzione nominativa, nella dichiarazione sostitutiva relativa al possesso dei requisiti di cui all'art. 38 d.lgs. cit., di tutti i soggetti muniti di rappresentanza legale dell'impresa

e delle eventuali conseguenze, sulla legittimità della procedura, di una attestazione che la omette.

A tale questione, si afferma nella sentenza, possono offrirsi tre soluzioni: a) la dichiarazione che omette la menzione nominativa delle persone fisiche dotate di poteri rappresentativi e che si limita ad attestare l'assenza delle condizioni ostative previste dall'art. 38 d.lgs. cit. è completa e non necessita di alcuna integrazione; b) una dichiarazione siffatta impone all'amministrazione l'uso dei poteri di soccorso istruttorio e non autorizza, di per sé, l'esclusione dell'impresa che l'ha prodotta; c) una dichiarazione siffatta dev'essere considerata mancante di elementi essenziali, non consente l'integrazione e (anzi) impone l'esclusione dell'impresa che l'ha prodotta.

A tale proposito, la Plenaria ha rilevato che «la costruzione della disposizione contenuta nell'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs., che ha codificato il principio di tassatività delle cause di esclusione, impone una sua esegesi ed applicazione nel senso che la sanzione dell'esclusione dev'essere ritenuta operativa non solo nei casi in cui sia stata espressamente prevista dallo stesso codice dei contratti pubblici, ma anche quale conseguenza dell'inosservanza di adempimenti doverosi stabiliti dallo stesso codice, ancorché non espressamente a pena di esclusione».

Un ulteriore corollario di tale principio dev'essere individuato nell'inserzione automatica, ai sensi dell'art. 1339 c.c., della clausola espulsiva nel bando, là dove questo ometta di prevedere espressamente l'esclusione quale conseguenza dell'inosservanza di prescrizioni previste dal codice

Ne consegue che: a) la formulazione letterale dell'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. cit. impone di applicare la sanzione dell'esclusione alla violazione della prescrizione del codice (contenuta nell'art. 38, comma 2, d.lgs. cit.) relativa alla presentazione delle dichiarazioni attestanti l'assenza delle relative condizioni ostative (quand'anche queste fossero in concreto inesistenti); b) la sanzione espulsiva dev'essere applicata anche nelle ipotesi in cui la *lex specialis* di gara la preveda come conseguenza della sola assenza oggettiva dei requisiti di moralità (e non anche della loro omessa attestazione); c) in presenza di dichiarazioni radicalmente mancanti resta precluso all'Amministrazione l'uso del soccorso istruttorio (che si risolverebbe in una lesione del principio della *par condicio*).

Alla stregua delle considerazioni appena svolte, nella sentenza si afferma che «per quanto ci si sforzi di offrire una lettura delle suddette disposizioni (anche valorizzando la formulazione testuale delle previsioni del bando e del disciplinare di gara) che legittimi la sanzione dell'esclusione per i soli casi di difetto oggettivo dei requisiti di moralità prescritti dall'art. 38 d.lgs. cit. (e non anche per le ipotesi di carenze nelle relative dichiarazioni sostitutive), l'esegesi dell'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. cit. impone la diversa interpretazione della doverosità dell'esclusione nei casi di inosservanza dell'obbligo, codificato all'art. 38, comma 2, d.lgs. cit., di produrre le dichiarazioni sostitutive».

La portata univoca e generale del richiamo al "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice", quale violazione che impone l'esclusione dei concorrenti inadempienti, «non ammette, infatti, alcuna interpretazione riduttiva e vincola, anzi, l'interprete ad assegnare alla disposizione la più ampia latitudine precettiva, con la conseguenza che l'inosservanza dell'obbligo di attestazione previsto dal secondo comma dell'art. 38 d.lgs. cit. impone all'Amministrazione l'esclusione del concorrente che lo ha violato».

Chiarito ciò, la questione si risolve, sottolinea la Plenaria, nell'interpretazione dell'art. 47, comma 2, d.P.R. cit., là dove consente che la dichiarazione sostitutiva "può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti", di cui il dichiarante abbia diretta conoscenza.

Si tratta, cioè, di verificare se tale disposizione, là dove ammette l'attestazione di stati, qualità personali e fatti relativi a persone diverse dal dichiarante, imponga anche (ed a quali condizioni) la relativa identificazione nel corpo della dichiarazione.

L'Adunanza ritiene «che, mentre deve escludersi l'ammissibilità di dichiarazioni riferite a persone non identificate e non identificabili, deve, al contrario, giudicarsi consentita, anche in applicazione dei principi civilistici in punto di determinabilità del contenuto degli atti giuridici mediante rinvii *ob relationem* di semplice decifrazione, la presentazione di dichiarazioni riferite a persone (ancorché non identificate) agevolmente identificabili mediante la consultazione di registri pubblici o di banche dati ufficiali.

Mentre, infatti, nel primo caso, la finalità della disposizione, agevolmente identificabile nella semplificazione dell'attività dichiarativa (Cons. St., sez. VI, 12 luglio 2011, n. 4206) ma senza alcun sacrificio delle esigenze di certezza e di completezza nell'acquisizione delle attestazioni da parte dell'Amministrazione, resterebbe irrimediabilmente frustrata (precludendo qualsivoglia accertamento d'ufficio circa la veridicità delle dichiarazioni), nella seconda ipotesi l'interesse pubblico sotteso alla disposizione resterebbe integro e compiutamente realizzato.

Se, infatti, la dichiarazione sostitutiva consente all'Amministrazione (prima) l'identificazione dei soggetti a cui si riferisce e (poi) la verifica dell'esattezza e della veridicità delle attestazioni rese, la stessa non può che reputarsi del tutto conforme alla disposizione primaria che l'ha consentita e che realizza entrambi gli interessi a cui risulta preordinata: la semplificazione dell'attività dichiarativa e la conservazione dell'integrità delle necessità conoscitive dell'Amministrazione.

Diversamente opinando, invero, si perverrebbe alla paradossale e inaccettabile conseguenza di ritenere inammissibile (con il probabile corollario della necessità dell'esclusione dell'impresa che l'ha prodotta) una dichiarazione che l'Amministrazione ha potuto agevolmente verificare, sia in ordine all'identità dei soggetti ai quali si riferisce (mediante l'accesso a una banca dati ufficiale), sia in ordine alla corrispondenza al vero delle attestazioni che li riguardano».

Tale interpretazione, basata su criteri non formalistici, si pone in linea – ha sottolineato l'Adunanza plenaria – con quanto previsto dall'art. 39 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari) per le gare indette successivamente alla sua entrata in vigore. La nuova disposizione prevede che persino la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive, pur comportando l'obbligo di pagare una sanzione pecuniaria, impone alla stazione appaltante l'esercizio dei poteri di soccorso istruttorio mediante l'assegnazione di un termine perentorio per la integrazione o regolarizzazione. L'esclusione è prevista soltanto nel caso in cui il concorrente non adempia nel termine assegnato.

5.3. Requisiti di partecipazione e cauzione provvisoria: Cons. Stato, ad. plen., 10 Dicembre 2014, n. 34.

La questione esaminata dalla suddetta sentenza ha riguardato la legittimità della clausola contenuta nell'atto di indizione di una gara pubblica, che consentiva l'incameramento della cauzione provvisoria nei confronti dei concorrenti anche in caso di non corrispondenza al vero di dichiarazioni riguardanti i requisiti generali di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza sopra indicata, risponde positivamente al quesito predetto, allineandosi all'orientamento espresso già in precedenza dall'Adunanza Plenaria, nella decisione n. 8 del 2005.

A tal proposito, dopo aver richiamato il quadro normativo di riferimento, rappresentato dagli artt. 48, comma 1 e 75, commi 1 e 6, del D.lgs. n. 163/2006, viene approfondita la funzione della cauzione provvisoria, in aggiunta alla sua natura giuridica.

In ordine al primo aspetto, secondo i principi elaborati dalla giurisprudenza e dall'Autorità di settore, la cauzione strutturalmente «costituisce parte integrante dell'offerta e non mero elemento di corredo della stessa (che la stazione possa liberamente richiedere e quantificare)».

L'escussione della cauzione provvisoria pertanto si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica.

La sua finalità è dunque quella di «responsabilizzare i partecipanti, in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, nonché di escludere da subito i soggetti privi delle richieste qualità volute dal bando».

La presenza di dichiarazioni non veritiere altera la gara determinando un aggravio di lavoro della stazione appaltante, chiamata a vagliare anche concorrenti inidonei o offerte prive di tutte le qualità promesse. L'escussione pertanto «costituisce conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, tenuto conto che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, sottoscrivono e si impegnano ad osservare le regole della relativa procedura delle quali hanno piena contezza».

In relazione invece al secondo aspetto suindicato, ossia la natura giuridica della cauzione provvisoria, tale istituto viene ricondotto alla caparra confirmatoria, «sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché tale qualificazione risulta la più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente, di non vulnerare l'Amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno».

In sostanza, si tratta di una misura di indole patrimoniale, «priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati».

Alla luce delle argomentazioni suesposte pertanto, il Consiglio di Stato afferma testualmente che «è legittima la clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatrici, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici».

5.4. Verifica dei requisiti prevista dal secondo comma dell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici: Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014 n. 10.

La sentenza si occupa della questione relativa alla natura, perentoria o ordinatoria, del termine entro cui l'aggiudicatario e il secondo in graduatoria devono fornire la documentazione richiesta ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa.

L'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 disciplina il controllo sul possesso dei requisiti.

In particolare, il primo comma prevede che: «Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito». La stessa norma prevede che «quando tale prova non sia

fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria» e alla segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici per l'adozione dei provvedimenti sanzionatori di sua competenza.

Il secondo comma dello stesso art. 48 dispone che: «La richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione».

La giurisprudenza del Consiglio di Stato è costante nel ritenere che il termine previsto dal primo comma del predetto art. 48, in relazione alla verifica a campione, ha natura perentoria, «tranne il caso di un oggettivo impedimento alla produzione della documentazione non in disponibilità» (tra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810; sez. V, 13 dicembre 2010, n. 8739; sez. VI, 15 dicembre 2009, n. 3804).

La stessa giurisprudenza è, invece, divisa in ordine alla natura del termine che viene assegnato dall'amministrazione all'aggiudicatario nella procedura prefigurata dal secondo comma dello stesso art. 48.

Un primo orientamento ritiene che il predetto termine abbia natura ordinatoria per le seguenti ragioni.

In primo luogo, sul *piano letterale*, il secondo comma dell'art. 48, a differenza del primo comma, non contempla un termine legale entro il quale la documentazione richiesta dall'amministrazione deve essere prodotta (Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2011, n. 4053; Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2999).

In secondo luogo, sul piano della *ratio*, è stata individuata una ragionevole causa che giustifica la diversità di disciplina: il termine di cui al primo comma dell'art. 48 deve considerarsi perentorio in ragione della «celerità insita nella fase specifica del procedimento» in cui si colloca la richiesta; il termine di cui al secondo comma dello stesso art. 48 deve considerarsi, mancando esigenze acceleratorie, meramente sollecitatorio (Cons. Stato, sez. V: 31 marzo

2012, n. 1886; 8 ottobre 2010, n. 6490; 27 ottobre 2005, n. 6003; sez. V, 29 novembre 2004, n. 7758; 6 giugno 2003, n. 3358; nello stesso senso: AVCP "Determinazione n. 5 del 21 maggio 2009").

In questa prospettiva è, pertanto, rimessa all'amministrazione la determinazione di stabilire, mediante una espressa enunciazione nella *lex specialis* e alla luce degli interessi sottesi alla specifica vicenda amministrativa, se assegnare al termine natura ordinatoria o perentoria (v. le sentenze sopra citate).

Un secondo orientamento assume, invece, che il termine abbia natura perentoria per le seguenti ragioni.

In primo luogo, sul piano letterale, il secondo comma dell'art. 48 richiama espressamente quanto previsto dal primo comma della stessa disposizione (Cons. Stato sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1321). La mancata indicazione del termine entro il quale la documentazione deve essere depositata non assume rilevanza, in quanto «spetta all'amministrazione fissarlo» (Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 2003, n. 4133). La qualificazione, poi, di tale termine come perentorio deriva dalla previsione delle sanzioni automaticamente applicabili in caso di sua violazione (Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6528).

In secondo luogo, sul piano della *ratio*, esiste una identità giustificativa «che va ravvisata nelle esigenze di celerità e di correttezza del procedimento, per evitare il protrarsi di una procedura viziata per inadeguatezza o scorrettezza degli eventuali aggiudicatari».

Sul punto, si aggiunge che le suddette esigenze sono ancora più pregnanti quando, mediante la scelta del vincitore, «il procedimento abbia raggiunto il proprio esito, e sia il possibile contraente a rendersi inadempiente alla richiesta della stazione appaltante e al conseguente onere di diligenza» (Cons. Stato, sez. VI, n. 1321 del 2012, cit.; in questo senso anche Cons. giust. amm. sic.: 13 dicembre 2010, n. 1465; 25 maggio 2009, n. 480; Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 2003 n. 4133; sez. V, 17 aprile 2003, n. 2081; Cons. giust. amm. sic., 24 dicembre 2002, n. 684; Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2002, n. 2207).

L'Adunanza plenaria opta per questa seconda interpretazione, affermando, testualmente, quanto segue.

«L'esigenza di celerità del procedimento è propria anche della fase specifica in cui si inserisce l'adempimento di cui all'art. 48, comma 2, che è quella

conclusiva della procedura, che inizia con l'aggiudicazione provvisoria, seguita: dalla verifica e approvazione di tale aggiudicazione; dall'emanazione, su questa base, del provvedimento di aggiudicazione definitiva; dalla verifica dei prescritti requisiti perché l'aggiudicazione sia efficace; dalla conseguente stipulazione del contratto, eventualmente sottoposto ad approvazione e controlli (articolo 11, commi 4, 5, 8, 9 e 10, articolo 12 del Codice).

L'esigenza di celerità, e certezza, di tale fase è provata, sul piano normativo, dalla previsione del condizionamento sequenziale degli adempimenti e dalla preordinazione di termini per la verifica e approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, per l'inoltro della richiesta di verifica dei requisiti da parte dell'amministrazione e per la stipulazione, approvazione e controlli del contratto (articolo 11, commi 9 e 10, articolo 12, articolo 48, comma 2, del Codice), e, sul piano teleologico, dalla diretta strumentalità di questa fase al perfezionamento dello scopo dell'intero procedimento, consistente nella stipula del contratto per l'esecuzione della prestazione, assumendo particolare rilevanza i principi generali di tempestività ed efficacia delle procedure di affidamento, di cui all'art. 2 del Codice, nel momento della conclusione utile della lunga e complessa attività svolta in precedenza per la scelta del contraente.

In questo quadro si deve ritenere la disciplina di ogni adempimento previsto in tale fase come finalizzata a renderla tempestiva e certa e non a rallentarne l'iter a tempo indefinito dovendosi perciò, ad avviso del Collegio, interpretare per quanto possibile in questo senso la *ratio* delle norme di riferimento pur se non letteralmente esplicitata.

E' fondato allora rapportare a questa logica procedimentale l'adempimento della verifica del possesso dei requisiti dell'aggiudicatario, e del secondo classificato, che l'art. 48, comma secondo, inserisce nella fase conclusiva del procedimento, poiché con tale verifica si incide in modo diretto sull'esito operativo della procedura condizionando l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva, con il controllo dell'affidabilità tecnico – economica anzitutto dell'aggiudicatario, e l'accertamento, di conseguenza, della possibilità di stipulare o meno il contratto.

Si tratta quindi di un adempimento essenziale per la definizione del procedimento in connessione con il suo scopo poiché, se la verifica è positiva,

viene stipulato il contratto, se manca, si procede al ricalcolo della soglia di anomalia e all'eventuale nuova aggiudicazione, con effetto determinante, in entrambi i casi, per la conclusione efficace della procedura».

Alla luce di quanto sinora esposto, l'Adunanza Plenaria conclude affermando non soltanto «la presentazione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti deve avvenire, da parte dell'aggiudicatario e del secondo classificato, entro un termine perentorio ma, anche, che questo termine è lo stesso, di dieci giorni dalla data della richiesta, previsto nel primo comma dell'articolo, non essendovi motivo per ritenere che le disposizioni dei due commi, fondate sulla stessa *ratio* e coordinate con il rinvio del secondo al primo, si differenzino poi per la durata del periodo fissato per l'adempimento, non emergendo alcuna specificità in tal senso nel comma secondo, attinente anzi, come detto, ad una fase del procedimento che ha raggiunto il proprio esito e tanto più, quindi, deve essere informata ad esigenze di celerità».

5.5. Appalto Esposizione Universale 2015: Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 16 settembre 2014, n. 4089.

La Sezione IV del Consiglio di Stato, con l'ordinanza sopra indicata, si è espressa sulla sentenza con la quale il T.A.R. della Lombardia aveva annullato l'aggiudicazione dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva e la realizzazione delle architetture di servizio del sito individuato per lo svolgimento dell'Esposizione Universale del 2015. L'annullamento, su ricorso della seconda in graduatoria nella gara d'appalto, era dovuto ai gravi fatti di cronaca giudiziaria nei quali erano rimasti coinvolti soggetti legati all'impresa ed alla stazione appaltante Expo 2015 s.p.a..

Il Consiglio di Stato, accogliendo la domanda di sospensiva avanzata in sede di appello da Expo 2015 e dall'Amministrazione Straordinaria della controinteressata, è andato in contrario avviso sulla base, tra l'altro, delle seguenti motivazioni:

- le pur gravissime ipotesi accusatorie formulate dalla Procura della Repubblica di Milano in relazione allo svolgimento della gara non comportavano automaticamente l'invalidità della procedura e

dell'aggiudicazione, legittimando soltanto la facoltà di risoluzione del contratto d'appalto da parte dell'Ente committente;

- sussisteva la situazione di pericolo paventata da Expo 2015, che aveva rappresentato di trovarsi, a seguito della sentenza del T.A.R., nell'alternativa di risolvere il contratto d'appalto già in corso di esecuzione, con conseguente irrecuperabile ritardo nell'esecuzione dei lavori indispensabili per lo svolgimento dell'Esposizione Universale, ovvero di mantenere fermo il contratto stesso, restando però esposta al rischio di essere condannata ad un'ingentissima somma per risarcimento;
- peraltro, con la nuova disciplina posta dal d.l. 24 giugno 2014, nr. 90 il legislatore si è posto proprio il problema di quali siano gli effetti, su un appalto già aggiudicato, dell'avvio di indagini penali per gravi reati che si assumano commessi durante la gara, non ancora però sfociate in una condanna definitiva e quindi non tali da causare automaticamente l'invalidità dell'aggiudicazione, ed ha ritenuto di risolverlo con una scelta – quella della possibilità di “commisariamento” dell'impresa appaltatrice – tale da conciliare l'esigenza di portare avanti la realizzazione dell'opera pubblica e la necessità di estromettere dalla gestione dell'impresa i presunti responsabili di illeciti, almeno fino alla conclusione del procedimento penale, allorché si accerterà se i reati ipotizzati sono stati effettivamente commessi (soluzione legislativa che evidentemente sacrifica, rispetto ai superiori interessi sopra indicati, l'interesse delle altre imprese partecipanti alla gara a subentrare nell'appalto);
- che, quindi, proprio le ultime novità legislative confermavano l'impossibilità, in un caso come quello esaminato, di pervenire ad annullamento dell'aggiudicazione e l'appartenenza all'esclusiva responsabilità dell'Ente appaltante delle scelte sulla possibile risoluzione del contratto di appalto.

5.6. Rapporto tra revoca e recesso nei contratti di appalto pubblico: Cons. Stato, ad. plen. 20 giugno 2014, n. 14.

La sentenza indicata esamina la questione relativa alla possibilità di revocare *ex art. 21 -quinquies* L. 241/90 il contratto stipulato a seguito di una

procedure ad evidenza pubblica, anziché procedere con il recesso *ex art. 134 dlgs 163/06*.

Al fine della soluzione della questione, il Collegio ha richiamato la normativa rilevante chiarendo che «nella normativa si riscontra anzitutto un elemento di contraddittorietà tra i commi 1 e 1-*bis* dell'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990, poiché, per il primo, la revoca può incidere soltanto su atti “ad efficacia durevole”, mentre, per il secondo, l'atto revocato può anche essere “ad efficacia istantanea” se incidente su “rapporti negoziali”, con un possibile effetto retroattivo che avvicina l'istituto a quello dell'annullamento d'ufficio per illegittimità, convergendo, in questo senso, anche l'art. 1, comma 136, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, per il quale l'annullamento volto a “conseguire risparmi o minori oneri finanziari” regola il caso in cui incida “su rapporti contrattuali o convenzionali con privati”; potere quest'ultimo che, al di là del *nomen* dell'atto, appare peraltro vicino allo schema della revoca sul presupposto della rivalutazione della convenienza di contratti già stipulati. La normativa richiamata deve essere a sua volta esaminata insieme con quella dell'art. 21-*sexies* della legge n. 241 del 1990, per cui è possibile “il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione...nei casi previsti dalla legge o dal contratto”, secondo una regola di tipicità delle ipotesi di recesso analoga a quella di cui agli articoli 1372 e 1373 c.c.».

Da ciò emergerebbe «la questione se con il potere attribuito dall'art. 21-*quinquies* e dalla legge n. 311 del 2004 si possa incidere sul contratto stipulato e come ciò si concili con il carattere paritetico delle posizioni fondate su di esso, di cui è espressione la generalizzazione dell'istituto del recesso *ex art. 21-*sexies**, cui si correla la previsione specifica dell'art. 134 del codice dei contratti pubblici che, per gli appalti di lavori pubblici, attribuisce all'amministrazione “il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto”, con effetto economico più oneroso, però, di quanto previsto dal comma 136 dell'art. 1 della legge n. 311 del 2004, poiché non limitato alla dimensione indennitaria ma comprendente il ristoro dei lavori eseguiti e dei materiali utili in cantiere oltre al decimo delle opere non eseguite».

Inoltre «il quadro normativo deve essere completato, infine, con il richiamo dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990, che fa salvo il potere di recesso dell'amministrazione “*per sopravvenuti motivi di pubblico interesse*” in caso di

accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, e degli articoli 121 e 122 c.p.a. quanto ai poteri del giudice amministrativo di incidere sul contratto».

Sulla base delle considerazioni avanzate dalla sezione rimettente l'Adunanza Plenaria ha affermato che «intervenuta la stipulazione del contratto per l'affidamento dell'appalto di lavori pubblici, l'amministrazione non può esercitare il potere di revoca dovendo operare con l'esercizio del diritto di recesso».

Questo sulla base delle seguenti considerazioni.

In primo luogo «la giurisprudenza ha affermato che la fase conclusa con l'aggiudicazione ha carattere pubblicistico, in quanto retta da poteri amministrativi attribuiti alla stazione appaltante per la scelta del miglior contraente nella tutela della concorrenza, mentre quella che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l'attuazione del rapporto negoziale ha carattere privatistico ed è quindi retta dalle norme civilistiche. Nella fase privatistica l'amministrazione si pone quindi con la controparte in posizione di parità che però, è stato anche precisato, è "tendenziale" (Corte Cost. n. 53 e n. 43 del 2011 citate), con ciò sintetizzando l'effetto delle disposizioni per cui, pur nel contesto di un rapporto paritetico, sono apprestate per l'amministrazione norme speciali, derogatorie del diritto comune, definite di autotutela privatistica (Ad. Plen. n. 6 del 2014); ciò, evidentemente, perché l'attività dell'amministrazione, pur se esercitata secondo moduli privatistici, è sempre volta al fine primario dell'interesse pubblico, con la conseguente previsione, su tale presupposto, di regole specifiche e distinte».

In secondo luogo, «nel codice dei contratti pubblici sono previste norme con tratti di specialità riguardo specificamente alla fase dell'esecuzione del contratto per la realizzazione di lavori pubblici, cui attiene la questione all'esame. Ci si riferisce a norme relative alla disciplina del recesso dal contratto e della sua risoluzione, ai sensi, rispettivamente, degli articoli 134 - 136 del codice (collocate nel Capo II del Titolo III e perciò riferite agli appalti di lavori pubblici ex art. 126 del codice), della risoluzione per inadempimento e, specificamente, della revoca delle concessioni di lavori pubblici in finanza di progetto ai sensi dell'art. 158 del medesimo codice, ovvero della sospensione dei lavori ai sensi dell'art. 158 e seguenti del regolamento di attuazione (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207).In questo

contesto la specialità della disciplina del recesso emerge non soltanto perché, a fronte della generale previsione civilistica (art. 1373 c.c.), il legislatore ne ha ritenuto necessaria una specifica nella legge sul procedimento (art. 21-*sexies*) ma in particolare perché l'art. 134, nel concretare il caso applicativo di tale previsione, lo regola in modo diverso rispetto all'art. 1671 c.c., prevedendo il preavviso all'appaltatore e, quanto agli oneri, la forfetizzazione del lucro cessante nel dieci per cento delle opere non eseguite e la commisurazione del danno emergente, fermo il pagamento dei lavori eseguiti, al "*valore dei materiali utili esistenti in cantiere*" mentre, per il citato art. 1671 c.c., il lucro cessante è dovuto per intero ("*il mancato guadagno*") e per il danno emergente vanno rimborsate tutte le spese sostenute».

Alla luce di quanto precede l'Adunanza Plenaria ha affermato che «La posizione dell'amministrazione nella fase del procedimento di affidamento di lavori pubblici aperta con la stipulazione del contratto è definita dall'insieme delle norme comuni, civilistiche, e di quelle speciali, individuate dal codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di quest'ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo restando che le sue posizioni di specialità, essendo l'amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono. Ciò rilevato ne consegue che deve ritenersi insussistente, in tale fase, il potere di revoca, poiché: presupposto di questo potere è la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze; il medesimo presupposto è alla base del recesso in quanto potere contrattuale basato su sopravvenuti motivi di opportunità; la specialità della previsione del recesso di cui al citato art. 134 del codice preclude, di conseguenza, l'esercizio della revoca. Se, infatti, nell'ambito della normativa che regola l'attività dell'amministrazione nella fase del rapporto negoziale di esecuzione del contratto di lavori pubblici, è stata in particolare prevista per gli appalti di lavori pubblici una norma che attribuisce il diritto di recesso, non si può ritenere che sul medesimo rapporto negoziale si possa incidere con la revoca, basata su presupposti comuni a quelli del recesso (la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico per sopravvenienze) e avente effetto analogo sul piano giuridico (la cessazione *ex nunc* del rapporto negoziale); richiamato anche che, quando il legislatore ha ritenuto di consentire la revoca

“per motivi di pubblico interesse” a contratto stipulato, lo ha fatto espressamente, in riferimento, come visto, alla concessione in finanza di progetto per la realizzazione di lavori pubblici (o la gestione di servizi pubblici; art. 158 del codice)».

D'altra parte, secondo l'Adunanza Plenaria «in caso contrario la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, risultando nell'ordinamento, che per definizione reca un sistema di regole destinate a operare, una normativa priva di portata pratica, dal momento che l'amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca ovvero decidere di esercitare il diritto di recesso secondo il proprio esclusivo giudizio, conservando in tale modo nel rapporto una posizione comunque privilegiata; fermo restando che per l'amministrazione la maggiore onerosità del recesso è bilanciata dalla mancanza dell'obbligo di motivazione e del contraddittorio procedimentale».

Per concludere, l'Adunanza Plenaria chiarisce tuttavia che «resta impregiudicata, nell'inerenza all'azione della pubblica amministrazione dei poteri di autotutela previsti dalla legge, la possibilità: a) della revoca nella fase procedimentale della scelta del contraente fino alla stipulazione del contratto; b) dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto, ai sensi dell'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, nonché concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso».

5.6. Contratti derivati (c.d. swaps) e annullamento d'ufficio: Cons. Stato, ad. plen., 5 maggio 2014, n. 13.

Nella sentenza indicata l'Adunanza plenaria affronta la questione relativa all'annullamento d'ufficio nella particolare ipotesi in cui esso venga disposto dall'Amministrazione nei confronti delle delibere precedenti e legittimanti la sottoscrizione dei cc.dd. “swaps”.

Al fine di risolvere, nel caso di specie, la questione di giurisdizione, il Consiglio di Stato ricorre alla distinzione tra “atti prodromici” ed “atti non prodromici” adottati dalla pubblica amministrazione.

Si chiarisce, a tale proposito, che «affinché una determinazione amministrativa possa assumere la natura dell'atto prodromico, nel senso tecnico considerato dalla giurisprudenza, occorre che sia individuabile nell'atto stesso il compimento di un processo decisionale ossia la formazione della volontà di compiere un atto di diritto privato, di cui l'ente abbia valutato ed approvato il contenuto, e che ciò risulti verificabile in base al procedimento seguito». Soltanto in questo caso «l'atto assume dignità provvedimento e può essere autonomamente valutato sul piano della legittimità, e formare oggetto di impugnazione in sede giurisdizionale ovvero di autotutela».

Non ricorrendo tali condizioni, lo scopo di annullare contratti conclusi sulla base di delibere non costituenti atti realmente prodromici rispetto alla contrattazione successiva deve essere perseguito tenendo conto della natura privatistica degli atti di cui si assume l'invalidità e della conseguente posizione paritaria rivestita dall'amministrazione che si sia vincolata contrattualmente al soggetto privato, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1, comma 1-*bis* l. n. 241 del 1990.

Nella fattispecie in esame l'Adunanza plenaria ha ritenuto non potesse ravvisarsi «nelle determinazioni cui si vorrebbe attribuire la natura di atti prodromici, né alcuna veste procedimentale e neppure la precisa volontà di procedere ad una stipula di derivati, salva la generica possibilità di farvi ricorso, ove se ne ravvisasse l'opportunità, e salvo il rinvio alle future negoziazioni che ne stabilissero i concreti contenuti».

Si è pertanto ritenuto che la giurisdizione sulla fase precedente la stipula del contratto in esame spetti al giudice ordinario.

5.7 Accordi tra pubbliche amministrazioni ex art. 15 l. 241/90 e limiti imposti dal diritto europeo: Cons. Stato, sez. III, 23 giugno 2014, n. 3130.

Il Consiglio di Stato è stato chiamato a sindacare la scelta di una amministrazione comunale di affidare in via diretta ad un Istituto universitario un incarico di studio e consulenza scientifica per la redazione di un Piano di Governo del territorio, senza svolgere alcuna gara.

Nel corso del processo veniva adita in via pregiudiziale la Corte di Giustizia, alla quale veniva richiesto di definire i limiti di ammissibilità della

stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscano tra loro una cooperazione. Secondo il giudice europeo tale contratto è contrario al diritto europeo se non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi; non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico; oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

Chiarito ciò, si è demandato al giudice nazionale di valutare se, in concreto, sussistessero o meno tali requisiti.

Il Consiglio di Stato ha rilevato, testualmente, quanto segue.

«Le direttive sugli appalti, come tutto il diritto europeo, devono essere applicate sulla base di un approccio funzionale, e cioè in modo coerente con gli obiettivi ad esse sottesi. I quali consistono, in positivo, nell'imporre alle amministrazioni il rispetto della concorrenza laddove debba affidare attività economicamente contendibili e, conseguentemente, in negativo, nell'escludere l'operatività di detti imperativi quando non vi siano rischi di distorsioni del mercato interno, giacché in questo caso vi sarebbe un'eccedenza dei mezzi rispetto agli scopi anzidetti.

Visti nel prisma del diritto europeo, quindi, gli accordi tra pubbliche amministrazioni previsti dalla legge generale sul procedimento amministrativo sono necessariamente quelli aventi la finalità di disciplinare attività non deducibili in contratti di diritto privato, perché non inquadrabili in alcuna delle categorie di prestazioni elencate nell'allegato II-A alla direttiva 2004/18 di coordinamento degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Il contenuto e la funzione elettiva degli accordi tra pubbliche amministrazioni è pertanto quella di regolare le rispettive attività funzionali, purché di nessuna di queste possa appropriarsi uno degli enti stipulanti».

Ne consegue che, nell'ipotesi in cui un'amministrazione si ponga rispetto all'accordo come operatore economico, come prestatore di servizi *ex all.* II-A della suddetta direttiva e verso un corrispettivo anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi, «non è possibile parlare di una cooperazione tra enti pubblici per il perseguimento di funzioni di servizio pubblico comune, ma di uno scambio tra i medesimi».

La dottrina, sottolinea il Collegio, aveva già intuito questa antitetività tra accordi e contratti, avendo coniato con riguardo ai primi l'espressione contratti "ad oggetto pubblico", ponendone quindi in rilievo la differenza rispetto al contratto privatistico ex art. 1321 cod. civ., del quale contengono solo l'elemento strutturale dato dall'accordo ai sensi del n. 1 della citata disposizione, senza che ad esso si accompagni tuttavia l'ulteriore elemento del carattere patrimoniale del rapporto che con esso si regola.

Come nel contratto, le amministrazioni pubbliche stipulanti partecipano all'accordo ex art. 15 in posizione di equiordinazione, ma non già al fine di comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale, bensì di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune. Il quale coordinamento può anche implicare la regolamentazione di profili di carattere economico, ma come necessario riflesso delle attività amministrative che in esso sono interessate.

Nella prospettiva ora accennata deve essere apprezzato il carattere "comune" alle amministrazioni stipulanti dell'interesse pubblico perseguito, che vale a distinguere gli accordi dai contratti.

Pertanto, il predicato in questione può essere soddisfatto solo quando vi sia una "sinergica convergenza" su attività di interesse comune, pur nella diversità del fine pubblico perseguito da ciascuna amministrazione».

Ma, sottolinea il Consiglio di Stato, «è proprio questa convergenza a difettare nel caso di specie, perché il contratto in contestazione è inquadrabile nel paradigma generale previsto dall'art. 1321 cod. civ., essendo caratterizzato dalla patrimonialità del rapporto giuridico con esso costituito e disciplinato, a causa della riconducibilità delle prestazioni demandate all'Università (...) ai servizi di cui alle categorie 8 e 12 dell'allegato II-A alla direttiva 2004/18 e del fatto che queste sono destinate ad essere fatte proprie dall'Amministrazione comunale affidante».

«Alla stregua delle considerazioni finora svolte consegue che, riguardato dal punto di vista dell'art. 15 l. n. 241/1990, il contratto non contiene una "disciplina" di attività comuni agli enti, ma regola gli interessi tra un ente pubblico che, grazie all'attività scientifica istituzionalmente svolta, offre prestazioni di ricerca e consulenza deducibili in contratti di appalto pubblico di

servizi ed un diverso ente pubblico che, conformandosi a precetti normativi, domanda tali prestazioni in quanto strumentali allo svolgimento dei propri compiti istituzionali.

Il tutto secondo la logica dello scambio economico suggellata dalla previsione di un corrispettivo, calcolato secondo il criterio del costo necessario alla produzione del servizio e dunque in perfetta aderenza allo schema tipico dei contratti di diritto comune ex art. 1321 cod. civ.

Ne consegue che lo strumento impiegato è estraneo alla logica del coordinamento di convergenti attività di interesse pubblico di più enti pubblici, ma vede uno di questi fare ricorso a prestazioni astrattamente reperibili presso privati».

5.8. Concessioni di servizi e "housing sociale": Cons. Stato, ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7.

La sentenza si segnala per avere, per la prima volta, esaminato la natura giuridica dello "housing sociale".

In primo luogo il Collegio qualifica l'"housing sociale" come concessione di servizio pubblico locale, di rilievo economico ed a domanda individuale, volto a realizzare un insieme di alloggi e servizi nonché a fornire strumenti, «tutti rivolti a coloro che non riescono a soddisfare sul mercato il proprio bisogno abitativo, per ragioni economiche o per l'assenza di un'offerta adeguata. Tra le molteplicità di risposte offerte dall'housing sociale vi sono l'affitto calmierato, l'acquisto della casa mediante l'auto-costruzione e le agevolazioni finanziarie, nonché soluzioni integrate per le diverse tipologie di bisogni».

L'Adunanza plenaria precisa, inoltre, che ad una simile qualificazione non osta la circostanza che nell'ambito del programma di "housing" il concessionario prescelto debba realizzare anche numerosi lavori. Invero, si afferma che qualora «un affidamento contempli l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la linea di demarcazione tra i diversi istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori, nel senso che solo laddove la gestione del servizio sia servente rispetto alla costruzione delle opere è configurabile l'ipotesi della concessione di lavori pubblici; viceversa, l'inserimento dei lavori all'interno di un

programma complesso rivolto alla gestione di servizi volti a soddisfare esigenze primarie di grande rilievo sociale ed economico (il disagio abitativo delle fasce deboli della popolazione), induce a ritenere che siano i lavori a porsi in termini obbiettivamente accessori o secondari rispetto alla gestione delle strutture al servizio della collettività».

Da questa ricostruzione discende, sotto il profilo del regime giuridico, l'inapplicabilità diretta delle disposizioni del codice dei contratti pubblici (art. 30, comma 1, d.lgs. 163/2006), nonché, l'obbligo di rispettare i principi desumibili dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ed i principi generali relativi ai contratti pubblici (trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, gara informale, predeterminazione dei criteri selettivi).

Ciò posto in termini generali, l'Adunanza plenaria è chiamata a pronunciarsi, nel particolare, sulla natura giuridica e la portata dell'art. 37, co. 13, del d.lgs. 163/2006, per verificarne l'applicabilità al caso di specie.

Al fine di risolvere tale questione, il Collegio ritiene di ricorrere ai criteri di indagine elaborati di recente dall'Adunanza plenaria per individuare quali disposizioni del codice dei contratti pubblici siano espressive di principi generali (di derivazione europea ovvero solo nazionale), e dunque capaci di integrare la disciplina delle gare per la selezione di concessionari di servizi pubblici (cfr. Ad. plen., 6 agosto 2013, n. 19; 7 maggio 2013, n. 13).

In estrema sintesi l'Adunanza plenaria chiarisce che «la regola generale, a mente dell'art. 30, co. 1. cit., è nel senso che alle concessioni di servizio pubblico non si applicano le disposizioni specifiche del codice dei contratti pubblici». Inoltre, «si deve tener conto del fatto che in linea teorica tutte le norme di dettaglio del codice costituiscono una derivazione, più o meno diretta, di principi (o più semplicemente di esigenze) generali». Si aggiunge che «in senso proprio costituiscono principi generali applicabili alle concessioni di servizio, non solo i c.d. super principi o valori di sistema, di solito espressamente indicati nelle parti iniziali dei codici di settore (nella specie art. 2 codice dei contratti pubblici), ma anche quelli che si traggono da talune specifiche norme». Tuttavia il Collegio afferma che, «l'applicabilità di talune disposizioni specifiche di tali codici è predicabile solo quando esse superino uno scrutinio rigoroso di indagine basato

sull'accertamento della natura dell'interesse presidiato dal precetto e della sua ampiezza applicativa, trovando la propria *ratio* immediata e diretta nella tutela di valori immanenti al sistema (nella specie dei contratti pubblici di appalto di lavori, servizi e forniture), in funzione nomo genetica rispetto alle singole norme costitutive delle codificazioni di settore».

Da queste premesse l'Adunanza plenaria trae il seguente principio di diritto: la norma sancita dall'art. 37, co. 13, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 «che impone ai concorrenti riuniti, già in sede di predisposizione dell'offerta, l'indicazione della corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni (per i contratti di appalto di lavori, servizi e forniture fino al 14 agosto 2012 e per i soli contratti di appalto di lavori a decorrere dal 15 agosto 2012) - pur integrando un precetto imperativo capace di imporsi anche nel silenzio della legge di gara come requisito di ammissione dell'offerta a pena di esclusione - non esprime un principio generale desumibile dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ovvero dalla disciplina dei contratti pubblici di appalto e come tale, a mente dell'art. 30, co. 3, del medesimo codice, non può trovare applicazione ad una selezione per la scelta del concessionario di un pubblico servizio» e, pertanto, nemmeno nelle procedure competitive per la realizzazione del programma di "housing sociale" .

6. Responsabilità.

6.1. La responsabilità da provvedimento amministrativo illegittimo: Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2195.

La sentenza fa il punto sui principi elaborati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione in materia di risarcimento del danno da illecita attività provvedimento dell'amministrazione, affermando, testualmente, quanto segue:

«a) la qualificazione del danno da illecito provvedimento rientra nello schema della responsabilità extra contrattuale disciplinata dall'art. 2043 c.c.; conseguentemente, per accedere alla tutela è indispensabile, ancorché non sufficiente, che l'interesse legittimo o il diritto soggettivo sia stato leso da un

provvedimento (o da comportamento) illegittimo dell'amministrazione reso nell'esplicazione (o nell'inerzia) di una funzione pubblica e la lesione deve incidere sul bene della vita finale, che funge da sostrato materiale della situazione soggettiva e che non consente di configurare la tutela degli interessi c.d. procedurali puri, delle mere aspettative, dei ritardi procedurali, o degli interessi *contra ius*;

b) l'onere di provare la presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito extracontrattuale (condotta, evento, nesso di causalità, antigiuridicità, colpevolezza), grava sulla parte danneggiata che abbia visto riconosciuto l'illegittimo esercizio della funzione pubblica;

c) la prova dell'esistenza dell'antigiuridicità del danno deve intervenire all'esito di una verifica del caso concreto che faccia concludere per la sua certezza la quale, a sua volta, presuppone: l'esistenza di una posizione giuridica sostanziale; l'esistenza di una lesione che è configurabile (oltre che nell'ovvia evidenza fattuale) anche allorquando vi sia una rilevante probabilità di risultato utile frustrata dall'agire (o dall'inerzia) illegittima della p.a.;

d) al di fuori del settore degli appalti (governato da autonomi principi sviluppati nel tempo dalla Corte di giustizia UE), in sede di accertamento della colpevolezza nell'esercizio della funzione pubblica, l'acclarata illegittimità del provvedimento amministrativo, integra, ai sensi degli artt. 2727 e 2729, co. 1, c.c., il fatto costitutivo di una presunzione semplice in ordine alla sussistenza della colpa in capo all'amministrazione; ne consegue che spetta a quest'ultima dimostrare la scusabilità dell'errore per la presenza, ad esempio, di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma (o di improvvisi *revirement* da parte delle Corti supreme), di oscurità oggettiva del quadro normativo (anche a causa della formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore), di rilevante complessità del fatto, della influenza determinante dei comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da successiva declaratoria di incostituzionalità della norma applicata dall'amministrazione;

e) ai fini del riscontro del nesso di causalità nell'ambito della responsabilità extra contrattuale da cattivo esercizio della funzione pubblica, si deve muovere dall'applicazione dei principi penalistici, di cui agli art. 40 e 41 c.p., in forza dei quali un evento è da considerare causato da un altro se, ferme

restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della *condicio sine qua non*); il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 41 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dall'art. 41, co. 2, c.p., in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto; al contempo non è sufficiente tale relazione causale per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi, all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della c.d. causalità adeguata o quello simile della c.d. regolarità causale; in quest'ottica, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano — ad una valutazione *ex ante* — del tutto inverosimili, ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile (ed amministrativa), vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del «più probabile che non», mentre nel processo penale vige la regola della prova «oltre il ragionevole dubbio; nello stesso ordine di idee, l'esistenza del nesso di causalità tra una condotta illecita ed un evento di danno può essere affermata dal giudice anche soltanto sulla base di una prova che lo renda probabile, a nulla rilevando che tale prova non sia idonea a garantire un'assoluta certezza al di là di ogni ragionevole: infatti, la disomogenea morfologia e la disarmonica funzione del torto civile rispetto al reato impone, nell'analisi della causalità materiale, l'adozione del criterio della probabilità relativa (anche detto criterio del «più probabile che non»), che si delinea in un'analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, nella loro irripetibile unicità, con la conseguenza che la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata e valorizzata in ragione della specificità del caso concreto, senza potersi fare

meccanico e semplicistico ricorso alla regola del «cinquanta per cento *plus unum*»; ancora, diffusamente e compiutamente indagati i temi della causalità materiale e giuridica, come pure delle regole dettate per l'individuazione del danno risarcibile si è puntualizzato, da un lato, che la categoria della possibilità non costituisce una (terza) regola causale insieme a quella penalistica dell'alto grado di probabilità logica/conoscenza razionale e a quella civilistica del «più probabile che non», ma individua, puramente e semplicemente, l'oggetto della tutela nella fattispecie della *chance*: la possibilità, appunto, quale oggetto di tutela (e non quale regola causale o direttamente danno-conseguenza); pertanto, la *chance* va intesa come possibilità di un risultato diverso (e non come mancato raggiungimento di un risultato possibile), vulnerata dalla condotta causalmente rilevante rispetto all'evento (costituito dal mancato verificarsi di tale migliore possibilità), ma pur sempre e comunque indagata alla stregua del canone probatorio del «più probabile che non»; dall'altro lato, che l'esatta configurazione del problema causale in seno alla responsabilità civile postula che il momento attributivo dell'obbligazione risarcitoria sia consequenziale tanto a quello dell'accertamento dell'illecito che a quello dell'individuazione del danno che, con esso — inteso come violazione dell'interesse protetto (*id est* come evento di danno) — non sempre coincide; è ulteriore conseguenza di tali principi che, nella comparazione delle diverse concause, ove sufficienti a concorrere a determinare l'evento e senza che una sola assuma con evidenza un'efficacia esclusiva al riguardo, il giudice dovrà valutare quale di esse appaia «più probabile che non» rispetto a ciascuna delle altre a determinare l'evento ed attribuire a quella l'efficacia determinante ai fini della responsabilità;

f) il danno — inteso sia come danno evento che come danno conseguenza — e la sua quantificazione devono essere oggetto, da parte dell'attore, di un rigoroso onere allegatorio, potendosi ammettere il ricorso alla prova per presunzioni (*praesumptio tantum iuris*), solo in relazione ai danni non patrimoniali, comunque dovendosi ripudiare le suggestioni derivanti dalla teorica del c.d. diritto all'integrità patrimoniale in favore del più rigoroso e ben conosciuto metodo sotteso alla *Differenzhypothese*.

6.2. Rapporto di causalità: Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2014, n. 2792.

La sentenza indicata esamina la natura della responsabilità della pubblica amministrazione, i suoi elementi costitutivi e, in particolare, il rapporto di causalità.

In relazione al primo aspetto si afferma, testualmente, quanto segue.

«La responsabilità extracontrattuale, che rinviene il fondamento della sua disciplina nell'art. 2043 cod. civ., presuppone che l'agente non abbia normalmente alcun rapporto o contatto con la parte danneggiata. La norma citata, infatti, impone, con clausola generale dotata di autonomia precettiva, il rispetto del dovere generale del *neminem laedere* a tutela di qualunque posizione soggettiva meritevole di protezione giuridica.

La responsabilità contrattuale è conseguenza della violazione di un dovere di prestazione o di protezione inserito nell'ambito di un rapporto giuridico che sorge non solo da un contratto ma, esprimendo l'espressione impiegata una *sineddoche*, anche dalla legge o da contatto tra le parti che può generare un rapporto contrattuale di fatto. Le posizioni soggettive sono riconducibili alla categoria del diritto soggettivo relativo.

La responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo ha natura speciale non riconducibile agli indicati modelli normativi di responsabilità (...), per le seguenti ragioni.

In primo luogo, rispetto alla responsabilità civile, quella in esame presuppone che il comportamento illecito si inserisca nell'ambito di un procedimento amministrativo. L'amministrazione, in ossequio al principio di legalità, deve rispettare predefinite regole, procedurali e sostanziali, che scandiscono le modalità di svolgimento della sua azione. L'esistenza di un contatto tra le parti, pubbliche e private, impedisce di ritenere che si sia in presenza della responsabilità di un soggetto non avente alcun rapporto con la parte danneggiata.

In secondo luogo, rispetto alla responsabilità contrattuale, sono diverse le posizioni soggettive che si confrontano: da un lato, dovere di prestazione o di protezione e diritto di credito, dall'altro, potere pubblico e interesse legittimo o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, diritto soggettivo.

Infine, rispetto ad entrambe le responsabilità civilistiche, la stretta connessione esistente tra sindacato di validità sul potere discrezionale e sindacato

di responsabilità sul comportamento impone al giudice amministrativo, nel caso in cui sia proposta anche l'azione di annullamento o di nullità, di non sovrapporre, nell'accertare la sussistenza del fatto illecito, proprie valutazioni a quelle riservate alla pubblica amministrazione.

In definitiva, la peculiarità dell'attività amministrativa – che deve svolgersi nel rispetto di determinate regole procedurali, sostanziali e processuali – rende speciale, per le ragioni indicate, anche il sistema della responsabilità da attività illegittima».

In relazione al secondo aspetto si afferma, testualmente, quanto segue.

«Gli elementi costitutivi della responsabilità della p.a. sul piano della fattispecie, sono: *i)* l'elemento oggettivo; *ii)* l'elemento soggettivo; *iii)* il nesso di causalità materiale o strutturale; *iv)* il danno ingiusto, inteso come lesione della posizione di interesse legittimo e, nella materie di giurisdizione esclusiva, di diritto soggettivo.

Sul piano delle conseguenze e, dunque, delle modalità di determinazione del danno, il fatto lesivo, così come sopra individuato, deve essere collegato, con un nesso di causalità giuridica o funzionale, con i pregiudizi subiti dalla parte danneggiata (Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, ritiene, invece, che anche tale fase, avendo rilevanza causale, debba essere inserita nell'ambito della fattispecie)».

In relazione, infine, al terzo aspetto si afferma, testualmente, quanto segue.

«Nel modello di responsabilità civile il rapporto di causalità materiale, non sussistendo alcun legame tra danneggiante e danneggiato, è finalizzato ad individuare l'autore del fatto illecito e, in particolare, colui che ha cagionato la lesione della posizione giuridica protetta e dunque il danno ingiusto.

La giurisprudenza e la dottrina civilistica, mutuando l'elaborazione penalistica e le regole contenute negli articoli 40 e 41 cod. pen., hanno fatto applicazione della cosiddetta teoria condizionalistica. Tale teoria presuppone l'effettuazione di un giudizio controfattuale finalizzato a stabilire se, eliminando o, negli illeciti omissivi, aggiungendo, quella determinata condotta l'evento si sarebbe ugualmente verificato.

La suddetta ricostruzione deve essere integrata con la teoria della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura nelle ipotesi in cui, alla luce delle conoscenze specialistiche di quel determinato momento storico, non è dato sapere se quella condotta possa avere efficacia causale nella determinazione del danno.

Il rapporto di causalità, così ricostruito, deve essere, poi, delimitato, in applicazione della teoria della causalità adeguata, in modo da assegnare valenza eziologica soltanto a quelle condotte che sono idonee, secondo un giudizio prognostico *ex ante*, a cagionare quel determinato evento. In altri termini, occorre verificare se vi sia una relazione di regolarità causale tra condotta ed evento.

Il giudice civile dovrà, infine, nel corso del giudizio, accertare, applicando le teorie sopra esposte, l'esistenza di un rapporto di causalità secondo la regola probatoria del "più probabile che non" (cfr. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581).

La modalità di svolgimento dell'accertamento istruttorio costituisce la principale differenza rispetto alla responsabilità penale, nell'ambito della quale la diversità di beni giuridici tutelati impone che l'autore del reato venga individuato "al di là di ogni ragionevole dubbio" (Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese).

Così ricostruito il rapporto di causalità materiale occorre poi valutare, sul piano della causalità giuridica, quali siano le conseguenze patrimoniali derivanti dal fatto lesivo posto in essere.

Nel modello della responsabilità contrattuale non è necessario ricorrere alle teorie elaborate per ricostruire il nesso di causalità materiale, in quanto, sussistendo un rapporto giuridico tra creditore e debitore, si conosce già l'autore dell'illecito. In questo ambito rileva soltanto il nesso di causalità giuridica finalizzato a determinare i pregiudizi effettivamente subiti dal danneggiato (art. 1223 cod. civ.).

Nel modello della responsabilità della pubblica amministrazione la sua specialità incide sulla ricostruzione del rapporto di causalità assegnandogli una valenza non del tutto riconducibile alle teorie elaborate in ambito civilistico.

La normale esistenza di un rapporto, che si instaura nell'ambito di un procedimento amministrativo, tra pubblica amministrazione e privato induce a

ritenere che anche in questo caso, come in presenza di illeciti contrattuali, non sia necessario individuare l'autore del fatto lesivo.

La rilevanza delle teorie della causalità materiale si apprezza sotto altro aspetto: la ricostruzione del nesso eziologico è necessaria al fine di valutare se la condotta della pubblica amministrazione sia stata idonea a ledere la posizione soggettiva di interesse legittimo. L'accertamento della lesione dell'interesse legittimo – in ragione della stretta connessione con il potere pubblico – richiede, infatti, l'effettuazione di un giudizio prognostico mediante il ricorso alla teoria condizionalistica, integrata, ove occorra, dal modello della sussunzione sotto leggi scientifiche e corretta dalla teoria della causalità adeguata.

Chiarito ciò, occorre distinguere due diverse fattispecie.

La prima fattispecie ricorre nel caso in cui la parte abbia proposto sia l'azione di invalidità sia l'azione di responsabilità e l'esito del giudizio amministrativo di annullamento di un determinato provvedimento consente il riesercizio di poteri amministrativi discrezionali. In queste ipotesi la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha costantemente ritenuto che il giudice amministrativo non possa effettuare, per evitare di invadere sfere di valutazione che la Costituzione riserva alla pubblica amministrazione, il predetto giudizio prognostico. Si ritiene, infatti, necessario attendere che l'amministrazione rinnovi il procedimento emendato dal vizio riscontrato in sede giudiziale e soltanto se all'esito di tale giudizio si accerta che il privato aveva "diritto" a quel determinato bene della vita sarà possibile ottenere, ricorrendo agli altri presupposti, il risarcimento del danno. In questo caso, pertanto, svolgendosi un giudizio di spettanza, la regola probatoria applicata è quella della "certezza" (si richiamano Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6260; sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4452; V, 27 marzo 2013, n. 1781; V, 8 febbraio 2011, n. 854).

La seconda fattispecie (...), ricorre nel caso in cui la parte abbia proposto un'autonoma azione di responsabilità ovvero nel caso in cui l'attività amministrativa sia vincolata e pertanto la rinnovazione procedimentale si svolge nel solo rispetto di quanto stabilito dal giudice ovvero determinato, in tutti i suoi profili, dalla legge. In queste ipotesi il giudice amministrativo, senza il rischio di sovrapporre il proprio giudizio alle valutazioni dell'autorità pubblica, può effettuare un giudizio prognostico applicando, con gli esposti adattamenti, le

regole elaborate in ambito civilistico per ricostruire il nesso di causalità. Occorre, pertanto, accertare se vi è stato danno ingiusto valutando se, in applicazione della teoria condizionalistica e della causalità adeguata, è “più probabile che non” che l’azione o l’omissione della pubblica amministrazione siano state idonee a cagionare l’evento lesivo».

6.3. Risarcimento del danno da provvedimento amministrativo legittimo: Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2014 n. 5346.

La questione affrontata dalla sentenza riguarda la individuazione dei presupposti dell’azione di risarcimento derivante da provvedimento legittimo successivamente rimosso in via giudiziale o amministrativa.

Nella specie una società aveva chiesto al Comune il risarcimento dei danni patrimoniali conseguenti all’annullamento (disposto in sede giurisdizionale a seguito di un ricorso proposto da un terzo) di due concessioni edilizie a suo tempo rilasciate in suo favore per la costruzione di fabbricati a destinazione residenziale.

La Cassazione ritiene che su tale tipologia di controversie sussiste la giurisdizione del giudice ordinario. Il Consiglio di Stato non ha esaminato la questione alla luce dell’orientamento consolidato secondo cui «non può essere la stessa parte che ha adito una giurisdizione a porne poi in discussione la *potestas iudicandi*».

Nel merito ha ritenuto non sussistenti gli estremi della responsabilità del Comune.

In particolare, si è affermato che se è pur vero, come affermato dalle Sezioni unite, che il cittadino ha «il diritto di fare affidamento sulla legittimità dell’atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell’azione amministrativa», un simile affidamento «è tutelabile in quanto esso non sia a sua volta inficiato da colpa».

Nell’ordinamento giuridico, vi è un principio generale, secondo cui non può fondatamente chiedere il risarcimento dei danni chi abbia con la sua colpa cagionato la sua verificaione.

Nel diritto privato, rileva il Consiglio di Stato «ciò si desume dall’art. 1338 cod. civ., relativo alle ipotesi di responsabilità precontrattuale in capo alla parte

che abbia taciuto una causa di invalidità del contratto nei confronti dell'altra parte, che ottiene la tutela risarcitoria solo se abbia confidato, "senza sua colpa", nella validità del contratto: l'affidamento sul buon esito delle trattative non è quindi riconosciuto meritevole di tutela se la parte si sia rappresentata o si sarebbe potuta rappresentare l'esistenza di una patologia del contratto poi concluso».

Nel diritto amministrativo, si afferma nella sentenza, «è applicabile un corrispondente principio, per il quale chi chiede il rilascio di un provvedimento amministrativo, in assenza dei relativi presupposti e dunque chiedendo ciò che non ha titolo ad ottenere, non si può dolere del fatto che – in applicazione doverosa del principio di legalità – il provvedimento medesimo sia annullato o in sede giurisdizionale (su ricorso di chi vi abbia interesse), o in sede di autotutela (da parte dell'autorità emanante), ovvero quando vi siano ragioni di tutela dell'unità dell'ordinamento».

Ne consegue che «nel caso di proposizione di una domanda non accoglibile, il "bene della vita" non spetta *ab origine* e il successivo annullamento del titolo abilitativo illegittimamente formatosi non consente di chiedere un risarcimento del danno per la perdita di un *quid* sostanzialmente non spettante».

Nella sentenza si afferma, inoltre, che «nel caso di annullamento in sede giurisdizionale di un titolo abilitativo, in accoglimento del ricorso proposto da parte di chi vi abbia interesse, è solo costui che può chiedere il risarcimento del danno nei confronti del soggetto che ha chiesto ed ottenuto il titolo non spettante, ovvero – se del caso – anche nei confronti dell'amministrazione che avrebbe dovuto respingere la domanda e non abbia adeguatamente valutato la fattispecie, così concausando il danno verificatosi».

Ne consegue che «un medesimo fatto non può, per la contraddizione che non lo consente, ad un tempo costituire un illecito fonte di responsabilità civile, ma anche di pregiudizi tutelabili allo stesso titolo per il suo autore». In questo caso manca «il necessario presupposto dell'antigiuridicità, che nell'illecito civile si sostanzia nell'ingiustizia del danno ex art. 2043 cod. civ. (*contra ius* e *non iure*), e che consiste – come ampiamente noto - nella lesione di una situazione soggettiva riconosciuta meritevole di tutela dall'ordinamento giuridico, e che rileva anche

quando si tratti di controversie di diritto pubblico, per verificare quando sia configurabile un illecito».

Lo stesso ordinamento giuridico non può ad un tempo riprovare un fatto e allo stesso offrirgli protezione, sotto forma di risarcimento per equivalente.

Nella specie, applicando questi principi, il Consiglio ha ritenuto che non può invece dolersi del danno chi abbia ottenuto, come la società appellante, un titolo abilitativo presentando un progetto oggettivamente non assentibile: in tal caso il richiedente sotto il profilo soggettivo ha manifestato quanto meno una propria colpa (nel presentare il progetto assentibile solo *contra legem* perché contrario alle norme tecniche di attuazione) e sotto il profilo oggettivo attiva con efficacia determinante il meccanismo causale idoneo alla verifica del danno.

La società pertanto «in linea di principio va considerata autrice di un illecito, e non già danneggiata, poiché gli unici soggetti astrattamente danneggiati dall'emanazione dei titoli ad edificare (poi annullati in sede giurisdizionale) sono la stessa Amministrazione (del quale è stato violato il territorio, salve le questioni riguardanti le domande di condono), nonché i confinanti che hanno vittoriosamente esperito l'azione impugnatoria contro i provvedimenti in questione».

6.4. Danno da ritardo: Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2014, n. 63; Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2014, n. 2638.

Il Consiglio di Stato si è pronunciato in ordine ai presupposti necessari ai fini della sussistenza della responsabilità della pubblica amministrazione per mancata adozione del provvedimento entro il termine di conclusione del procedimento.

L'art. 2-*bis* l. 7 agosto 1990 n. 241 prevede che pubbliche amministrazioni e i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative «sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto, cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento».

Il successivo comma 1-*bis*, introdotto dall'art. 28 del d.l. 28 giugno 2013, n. 69, convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, prevede, che, ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, «in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste

l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo» alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento di delegificazione. La norma aggiunge che «in tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento».

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2638, ha affermato che «la norma di cui al comma 1 non collega l'ipotesi risarcitoria al mero superamento del termine di conclusione del procedimento amministrativo (senza che sia intervenuta l'emanazione del provvedimento finale), ma pone l'inosservanza del termine normativamente previsto come presupposto causale del danno ingiusto eventualmente cagionato "in conseguenza" dell'inosservanza dolosa o colposa di detto termine».

Tale interpretazione, chiaramente desumibile dal dettato normativo, è ulteriormente avvalorata, si sottolinea, dalla espressa previsione del successivo comma 1-*bis*, con il quale il legislatore ha voluto, per casi determinati, prevedere (non già il risarcimento del danno ma) il riconoscimento di un indennizzo per i casi di inosservanza del termine di conclusione del procedimento.

Nella sentenza n. 63 si è puntualizzato che «la richiesta di accertamento del danno da ritardo ovvero del danno derivante dalla tardiva emanazione di un provvedimento legittimo e favorevole, se da un lato deve essere ricondotta al danno da lesione di interessi legittimi pretensivi, per l'ontologica natura delle posizioni fatte valere, dall'altro, in ossequio al principio dell'atipicità dell'illecito civile, costituisce una fattispecie "sui generis", di natura del tutto specifica e peculiare, che deve essere ricondotta nell'alveo dell'art. 2043 c.c. per l'identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità».

Ne consegue che «l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono, in linea di principio, presumersi "*iuris tantum*", in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo o al silenzio nell'adozione del provvedimento amministrativo, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda e, in particolare, sia dei presupposti di carattere oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale), sia di quello di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante) ».

In relazione alla ingiustizia del danno si è precisato che «in linea di principio, il mero "superamento" del termine fissato "ex lege" per la conclusione del procedimento costituisce indice oggettivo, ma non integra la piena prova del danno».

Tuttavia, si è aggiunto «il solo ritardo nell'emanazione di un atto è elemento sufficiente per configurare un danno ingiusto, con conseguente obbligo di risarcimento, nel caso di procedimento amministrativo lesivo di un interesse pretensivo dell'amministrato, quando tale procedimento sia da concludere con un provvedimento favorevole per il destinatario o se sussistano fondate ragioni per ritenere che l'interessato avrebbe dovuto ottenerlo». Il risarcimento del danno conseguente alla lesione di un interesse legittimo di tipo pretensivo dovuta alla inerzia della Amministrazione con riguardo ad una istanza del privato «richiede quindi l'effettiva prova che un diverso comportamento dell'amministrazione avrebbe avuto sicuro esito favorevole per l'interessato».

In relazione alla colpa si è affermato che «la sua sussistenza non può essere dichiarata in base al solo dato oggettivo della illegittimità del provvedimento adottato o dell'illegittimo ed ingiustificato procrastinarsi dell'adozione del provvedimento finale, essendo necessaria anche la dimostrazione che la P.A. abbia agito con dolo o colpa grave, di guisa che il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile ad un comportamento gravemente negligente od ad una intenzionale volontà di nuocere, in palese ed inescusabile contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 della Costituzione». Ai fini dell'ammissibilità dell'azione risarcitoria deve, pertanto, in concreto «accertarsi se l'adozione o la mancata o ritardata adozione del provvedimento amministrativo lesivo sia conseguenza di comportamento doloso o della grave violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede, alle quali deve essere costantemente ispirato l'esercizio della funzione, e se tale comportamento sia stato posto in essere in un contesto di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tale da palesare la negligenza e l'imperizia degli uffici o degli organi dell'amministrazione, ovvero se, per converso, la predetta violazione sia ascrivibile all'ipotesi dell'errore scusabile, per la ricorrenza di contrasti

giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo o per la complessità della situazione di fatto».

In relazione all'onere della prova sulla sussistenza della colpa dell'amministrazione, osserva il Collegio che sussiste «un'inversione dell'onere della prova (analoga a quella che caratterizza la responsabilità contrattuale)» e quindi spetta all'amministrazione il dovere di fornire la prova negativa dell'elemento soggettivo (ad es. per errore scusabile) e non al privato quella della sua esistenza.

7. Servizi.

7.1. Poste italiane, servizio pubblico universale e riparto di giurisdizione: Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2014, n. 2720.

Un Comune, quale ente esponenziale degli interessi della collettività, ha impugnato una nota ad esso rivolta con la quale Poste Italiane ha comunicato la chiusura al pubblico di un ufficio postale sito in una frazione del Comune stesso, chiusura motivata in ragione dell'impossibilità di garantirne l'equilibrio economico.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza indicata, ha ricostruito il quadro della normativa rilevante, affrontando altresì la questione della giurisdizione.

In relazione al primo aspetto si è affermato che «l'azione di liberalizzazione intrapresa dalle istituzioni comunitarie in vari settori di attività di interesse economico, a lungo contrassegnate da situazioni di monopolio legale, tra i quali il servizio pubblico postale, si è accompagnata alla definizione della nozione di servizio universale corrispondente, secondo il diritto europeo, all'insieme delle prestazioni che devono essere rese disponibili sull'intero territorio, a condizioni di prezzo accessibili a tutti, secondo caratteristiche che debbono essere armonizzate negli ordinamenti interni dei diversi Stati membri.

Ai sensi dell'articolo 3 del d.lgs n. 261 del 1999 - con cui si è data attuazione alla direttiva 97/67/CE, da ultimo modificata dalla direttiva 2008/6/CE, ponendo le basi per un mercato postale completamente liberalizzato - il servizio postale universale ricomprende attualmente la raccolta, il trasporto, lo smistamento e il recapito degli invii postali fino a 2 kg, compresi gli invii

raccomandati e assicurati, e dei pacchi fino a 20 kg; con la precisazione che la parte del servizio universale riservata in via esclusiva a Poste italiane s.p.a. è ora limitata alle sole notificazioni e comunicazioni a mezzo posta degli atti giudiziari e dei verbali delle violazioni del codice della strada (v. art. 4), mentre su tutto il resto, anche nell'ambito dello stesso servizio universale, è possibile il confronto concorrenziale di altri operatori titolari di licenza individuale o di autorizzazione generale.

Anche la direttiva emanata nel 2008 ha conservato il servizio universale, inteso come servizio che gli Stati sono tenuti a rendere alle rispettive collettività, ribadendone ed anzi accentuandone semmai la funzione di coesione sociale e territoriale, con particolare riferimento alla capillarità della rete postale. Sicché la disciplina nazionale (per come da ultimo modificata dal d.lgs. 58/2011 che è successivo al Decreto del Mise) prescrive, conseguentemente, che la fornitura del servizio postale sia assicurata su tutto il territorio nazionale, incluse le situazioni particolari delle isole minori e delle zone rurali e montane, in via continuativa per tutta la durata dell'anno (v. art. 3, co. 1 e 5 lett. c), e che l'Autorità di regolamentazione del settore postale (divenuta infine con l'art. 21, co. 14, del d.l. 201/2011, dopo non poche incertezze e non pochi ritardi, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) sia competente ad adottare i provvedimenti regolatori in materia di qualità e caratteristiche del servizio postale universale, anche con riferimento alla determinazione dei criteri di ragionevolezza funzionali alla individuazione dei punti del territorio nazionale necessari a garantire una regolare ed omogenea fornitura del servizio.

In questo contesto, il citato d.lgs. 58/2011 ha previsto che il servizio universale sia affidato a Poste italiane s.p.a. (che è, come noto, una società ad oggi totalmente partecipata dal Ministero dell'Economia e della Finanze) per un periodo di quindici anni, con scadenza quindi fino al 2016, fatta salva la possibilità di revoca qualora la verifica dello stato del rispetto degli obblighi del contratto di programma dia esito negativo. Il decreto legislativo ha poi confermato l'obbligo per il fornitore del servizio universale di istituire la separazione contabile distinguendo, fra singoli servizi, i prodotti rientranti nel servizio universale, per i quali è previsto un finanziamento statale, e quelli

esclusi da tale ambito ed offerti in condizioni di piena concorrenza con gli altri operatori.

I rapporti tra lo Stato e il fornitore del servizio universale sono disciplinati dal contratto di programma. Il Contratto di programma tra il Ministero dello sviluppo economico e Poste Italiane per il triennio 2009-2011 è stato approvato con l. n. 183/2011, fatti salvi gli adempimenti previsti dalla normativa comunitaria. L'efficacia del contratto è stata quindi perfezionata con la decisione della Commissione europea del 20 novembre 2012, che ha autorizzato i trasferimenti statali verso Poste Italiane a parziale copertura degli oneri connessi con lo svolgimento degli obblighi di servizio postale universale».

In relazione alla questione di giurisdizione si è dato atto della esistenza, nella giurisprudenza di primo grado, di due contrapposti orientamenti.

Un primo orientamento nega «la giurisdizione del giudice amministrativo, sul duplice rilievo della natura formalmente privatistica di Poste italiane, che eserciterebbe la propria libertà di impresa piuttosto che un potere amministrativo propriamente inteso, e della necessità, per gli utenti o per gli enti (anche locali) che li rappresentano, di rivolgersi in prima battuta all'Autorità di regolamentazione, fatta salva la possibilità di impugnarne, in un secondo momento, i relativi atti dinanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, secondo quanto previsto dall'art. 133, co. 1, lett. *z-bis* del codice del processo amministrativo (previsione aggiunta in occasione del recepimento della direttiva del 2008)». Si ritiene pertanto che, nella prima fase della vicenda, «o non vi sarebbe tutela giurisdizionale (Tar Umbria, n. 223/2003) oppure questa andrebbe azionata dinanzi al giudice ordinario (Tar Umbria n. 453/2013)».

Un secondo orientamento riconosce «la giurisdizione del giudice amministrativo, ora sulla base di una lettura ampia ed in chiave oggettiva della nozione di servizio pubblico (è il caso della sentenza (...) del Tar Lazio, III-ter, n. 1117/2014), ora facendo leva, per analogia, sull'art. 1 del d.lgs. 198/2009, nel senso che l'attribuzione della giurisdizione (anche) su determinati profili inerenti la stessa erogazione del servizio (ad esempio la violazione di standard qualitativi o degli obblighi contenuti nelle carte di servizi) e che investono diritti soggettivi degli utenti (cd. *class action* pubblica) non potrebbe, a maggior ragione, non attrarre nella giurisdizione amministrativa anche gli atti prodromici aventi

natura organizzativa posti in essere dal concessionario del servizio (Tar Campania, Salerno, n. 533/2013)».

Il Consiglio di Stato ha ritenuto preferibile il secondo degli orientamenti appena richiamati per le ragioni già indicate dai Giudici di primo grado, cui ha aggiunto due ulteriori considerazioni.

La prima è che la fattispecie in esame «non è riconducibile ad un semplice ed isolato rapporto di utenza, dal momento che la condotta di Poste Italiane determina effetti di carattere generale su di un'intera popolazione locale, violando in tesi quegli obblighi di servizio universale che, per il diritto comunitario, gravano innanzi tutto sugli Stati, cui spetta adottare e far rispettare le misure occorrenti affinché le correlate prestazioni siano assicurate nel rispettivo territorio». Né vale enfatizzare, si afferma, «la natura dell'atto "impugnato" dal Comune, sul rilievo che in realtà l'azione proposta dall'ente locale – in sede di giurisdizione esclusiva - ha caratteri più ampi che vanno al di là del tradizionale schema impugnatorio, essendo preordinata all'ottenimento di una pronuncia di condanna, al ripristino del servizio, che postula in senso logico il previo accertamento della violazione degli obblighi di servizio universale».

La seconda considerazione è che, «nelle previsioni della disciplina nazionale sopra richiamata, i reclami che gli utenti, singolarmente o collettivamente, possono rivolgere all'Autorità di regolamentazione, lamentando disservizi di vario genere imputabili agli operatori, non precludono né condizionano, sul piano della procedibilità, la tutela giurisdizionale, anche in forma immediata».

In conclusione, si afferma la giurisdizione del giudice amministrativo.

7.2. Affidamento a terzi della gestione delle farmacie comunali attraverso gare ad evidenza pubblica: Cons. Stato, sez. III, 13 novembre 2014, n. 5587.

Il Consiglio di Stato, dopo avere ricostruito la disciplina normativa che regola il settore farmaceutico, si è pronunciato sul tema della gestione delle farmacie comunali, risolvendo la questione dell'ammissibilità dell'affidamento a terzi di tale gestione, attraverso procedure ad evidenza pubblica.

Al riguardo il Collegio ha affermato quanto segue.

«Un Comune, nel caso in cui non intenda utilizzare per la gestione di una farmacia comunale i sistemi di gestione diretta disciplinati dall'art. 9 della legge n. 475 del 1968, può utilizzare modalità diverse di gestione anche non dirette; purché l'esercizio della farmacia avvenga nel rispetto delle regole e dei vincoli imposti all'esercente a tutela dell'interesse pubblico.

In tale contesto, pur non potendosi estendere alle farmacie comunali tutte le regole dettate per i servizi pubblici di rilevanza economica, non può oramai più ritenersi escluso l'affidamento in concessione a terzi della gestione delle farmacie comunali attraverso procedure di evidenza pubblica.

Del resto l'affidamento in concessione a terzi attraverso gare ad evidenza pubblica costituisce la modalità ordinaria per la scelta di un soggetto diverso dalla stessa amministrazione che intenda svolgere un servizio pubblico.

Nella pratica tale modalità risulta peraltro già concretamente utilizzata da numerosi Comuni.

Anche, invero, utilizzando il modello della concessione a terzi, il servizio pubblico farmaceutico può essere svolto, come si è accennato, in modo che siano garantiti gli obiettivi di rilevanza sociale che ne giustificano l'istituzione.

Tali obiettivi possono essere perseguiti con apposite clausole nel contratto di servizio sottoscritto con il concessionario, attraverso concrete modalità di controllo della gestione e con la previsione di sanzioni nel caso di inadempimento degli obblighi imposti al concessionario e con una dettagliata carta dei servizi in cui siano indicati i livelli qualitativi e quantitativi del servizio da erogare; tutto ciò al fine di garantire che la farmacia comunale possa comunque continuare ad assicurare al Comune non solo un utile economico (attraverso la percezione del canone concessorio e di una percentuale sugli incassi) ma anche quegli standard qualitativi e quantitativi volti a garantire l'efficace svolgimento della funzione sociale propria del servizio farmaceutico comunale (...).

Il possibile affidamento in concessione a terzi (anche) del servizio pubblico farmaceutico risulta peraltro coerente con i principi, anche comunitari, secondo cui quando un soggetto pubblico non provvede in proprio (o con propri soggetti strumentali) alla gestione di un servizio pubblico, pur non rientrando i contratti di affidamento dei pubblici servizi - figura cui appare riconducibile la

gestione della farmacia comunale - nell'ambito di applicazione delle direttive CE che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, le amministrazioni che li affidano sono tenute comunque a rispettare le disposizioni ed i principi contenuti nel Trattato CE; ed in particolare i principi di non discriminazione in base alla nazionalità, di parità di trattamento e di trasparenza, con il conseguente obbligo di attuare procedure concorsuali che assicurino, nel caso di ricorso al mercato, affidamenti nel rispetto del canone di imparzialità».

In proposito, si sottolinea, le disposizioni contenute nell'art. 9 della legge n. 475 cit., che prevedono l'esercizio diretto di un servizio pubblico per i suoi rilevanti fini sociali, «non possono essere richiamate per impedire l'applicazione dei principi, anche comunitari, dettati per i servizi pubblici di rilevanza economica quando l'attività assuma un prevalente rilievo economico».

Peraltro «il carattere sanitario di un servizio pacificamente non esclude che esso possa essere oggetto di un confronto concorrenziale tra più operatori economici in possesso dei necessari requisiti».

7.3. Questione di legittimità costituzionale del sistema sanzionatorio previsto nell'ambito delle fonti di energia rinnovabili: Cons. Stato, sez. VI, 9 luglio 2014, n. 3498.

Con l'ordinanza sopra indicata il Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 43 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 (Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE), in riferimento agli articoli 3, 25, 76 e 117, primo comma (in relazione, quest'ultimo, anche all'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo) della Costituzione.

Il suddetto articolo 43 dispone che: «Fatte salve le norme penali, qualora sia stato accertato che i lavori di installazione dell'impianto fotovoltaico non sono stati conclusi entro il 31 dicembre 2010, a seguito dell'esame della richiesta di incentivazione ai sensi del comma 1 dell'articolo 2-*sexies* del decreto-legge 25 gennaio 2010, n. 3 (...), il GSE rigetta l'istanza di incentivo e dispone contestualmente l'esclusione dagli incentivi degli impianti che utilizzano anche in

altri siti le componenti dell'impianto non ammesso all'incentivazione». La medesima norma prevede che, «con lo stesso provvedimento, il GSE dispone l'esclusione dalla concessione di incentivi per la produzione di energia elettrica di sua competenza, per un periodo di dieci anni dalla data dell'accertamento, della persona fisica o giuridica che ha presentato la richiesta», nonché dei soggetti responsabili specificamente indicati.

Il secondo comma dispone che «fatte salve più gravi ipotesi di reato, il proprietario dell'impianto di produzione e il soggetto responsabile dell'impianto che con dolo impiegano pannelli fotovoltaici le cui matricole sono alterate o contraffatte sono puniti con la reclusione da due a tre anni e con l'esclusione da qualsiasi incentivazione, sovvenzione o agevolazione pubblica per le fonti rinnovabili».

Nella ordinanza si svolge una premessa generale in ordine alle sanzioni amministrative rilevando quanto segue.

«Le sanzioni, irrogate dalla pubblica amministrazione nell'esercizio di funzioni amministrative, rappresentano la reazione dell'ordinamento alla violazione di un precetto.

La dottrina, valorizzando il profilo funzionale, distingue le sanzioni in senso lato e le sanzioni in senso stretto: le prime hanno una finalità ripristinatoria, in forma specifica o per equivalente, dell'interesse pubblico leso dal comportamento antigiuridico; le seconde hanno una finalità afflittiva, essendo indirizzate a punire il responsabile dell'illecito allo scopo di assicurare obiettivi di prevenzione generale e speciale.

Le principali tipologie di sanzioni in senso stretto sono pecuniarie, quando consistono nel pagamento di una somma di denaro, ovvero interdittive, quando impediscono l'esercizio di diritti o facoltà da parte del soggetto inadempiente.

La disciplina generale delle sanzioni pecuniarie, modellata alla luce dei principi di matrice penalistica, è contenuta nella legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale).

La disciplina delle altre sanzioni è contenuta nelle singole discipline di settore, cui si applicano, ove compatibili, i principi generali sanciti dalla predetta legge».

Svolta questa premessa si afferma che il suddetto art. 43 contempla una sanzione afflittiva, non pecuniaria, di tipo interdittivo, con effetti retroattivi.

«La natura afflittiva è conseguenza del fatto che l'effetto di ripristinazione dell'interesse pubblico leso è assicurato dal divieto di concessione di incentivi in relazione a quello specifico impianto cui si riferisce la comunicazione di fine lavori, nonché agli impianti che utilizzano in altri siti le componenti dell'impianto non ammesso all'incentivazione. L'estensione del divieto anche in relazione ad incentivi previsti da fonti regolatrici diverse per una durata di dieci anni non può che perseguire uno scopo di punizione del soggetto che ha violato il precetto. L'appartenenza al tipo di sanzioni interdittive risulta chiaramente dalla descrizione normativa della fattispecie: il rimedio, infatti, vietando la concessione di benefici economici per un periodo di dieci anni, si risolve in un sostanziale impedimento allo svolgimento dell'attività di impresa.

La produzione retroattiva degli effetti è desumibile dalla circostanza che la sanzione è applicabile per illeciti commessi prima della sua entrata in vigore, in quanto, come sottolineato, la disciplina di legge vigente al momento della avvenuta comunicazione di fine di lavori e richiesta di incentivi non contemplava tale misura. Gli operatori economici del settore non sapevano, pertanto, che l'eventuale accertata incompletezza o falsità della comunicazione di fine lavori avrebbe determinato l'applicazione di una sanzione consistente nel divieto di concessione di incentivi per un così lungo periodo temporale. La norma, pertanto, incide negativamente sulle prevedibilità delle conseguenze derivanti da azioni o omissioni di coloro che esercitano liberamente la propria iniziativa economica».

Il contrasto con i parametri costituzionali sopra indicati è motivato nel modo che segue.

«L'art. 76 Cost. prevede che la delega al Governo della funzione legislativa non può avvenire "se non con determinazione dei principi e criteri direttivi e soltanto per un tempo limitato e per oggetto definiti".

La giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che il sindacato di legittimità costituzionale sulla delega legislativa si espliciti attraverso un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli. Il primo riguarda le disposizioni che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla

legge di delegazione, tenuto conto del contesto normativo in cui si collocano e si individuano le ragioni e le finalità relative. Il secondo riguarda le disposizioni stabilite dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e i criteri direttivi della delega (da ultimo, sentenza n. 50 del 2014).

Nella fattispecie in esame, la legge n. 96 del 2010 ha, agli artt. 2 e 3, delegato il Governo ad adottare disposizioni recanti sanzioni penali o amministrative per violazione di obblighi contenuti nella normativa europea da attuare. In particolare, l'art. 2, comma 1, lettera c), prevede, quali principi e criteri direttivi per le sanzioni amministrative, che esse: *i*) devono consistere nel pagamento di una somma non inferiore a 150 euro e non superiore a 150.000 euro; *ii*) nell'ambito di detti limiti devono essere determinate nella loro entità «tenendo conto della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto che ciascuna infrazione presenta in astratto, di specifiche qualità personali del colpevole, comprese quelle che impongono particolari doveri di prevenzione, controllo o vigilanza, nonché del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole ovvero alla persona o all'ente nel cui interesse egli agisce. L'art. 43 del d.lgs. n. 23 del 2011, nella parte in cui ha introdotto una sanzione interdittiva e non pecuniaria senza, peraltro, graduarne l'applicazione nel rispetto delle modalità predeterminate dalla suddetta legge, ha disciplinato un oggetto privo di copertura da parte della legge di delegazione e comunque in contrasto con i principi e criteri stabiliti dalla legge delega, con conseguente violazione dell'art. 76 Cost.

L'art. 25, secondo comma, Cost. dispone che “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”.

La Corte costituzionale ha più volte affermato, su un piano generale, che la legge può introdurre norme che modifichino in senso sfavorevole per gli interessati la disciplina di determinati rapporti, anche quando l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti, purché tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella «certezza dell'ordinamento giuridico», da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto (sentenze n. 69 del 2014, n. 310 e n. 83 del 2013, n. 166 del 2012, n. 202 del 2010, n. 206 del 2009).

Sul piano specifico delle sanzioni, la Corte costituzionale ha ritenuto che l'art. 25, secondo comma, Cost. ponga un divieto assoluto di retroattività nella materia penale (da ultimo sentenza n. 5 del 2014).

La stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 196 del 2010, ha innovativamente ritenuto che il citato art. 25, secondo comma, in ragione dell'ampiezza della sua formulazione, ricomprende nel suo ambito di applicazione anche le sanzioni amministrative, con la conseguenza che "ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (...) è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato" (...).

In questa prospettiva l'art. 1 della legge n. 689 del 1981 – nella parte in cui dispone che "nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione" – costituisce espressione di regole costituzionali.

In definitiva, per le sanzioni amministrative di tipo afflittivo opera il principio di legalità nella connotazione che esso ha nel settore penale, con conseguente necessità di rispettare i principi di riserva di legge, tassatività e irretroattività.

L'art. 43 del d.lgs. n. 28 del 2011, prevedendo una misura afflittiva finalizzata a sanzionare comportamenti posti in essere prima della entrata in vigore del decreto stesso, si pone, pertanto, in contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost.

L'art. 117, primo comma, Cost., stabilisce che la potestà legislativa deve essere esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto "degli obblighi internazionali".

La giurisprudenza costituzionale ritiene che la CEDU contenga norme interposte, oggetto di bilanciamento, nel giudizio di costituzionalità al fine di assicurare la integrazione delle tutele (da ultimo, sentenza n. 264 del 2012).

L'art. 6 della CEDU stabilisce quali sono le condizioni che devono essere rispettate perché si abbia un "equo processo".

L'art. 7 della stessa CEDU prevede che "non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato".

La Corte di Strasburgo ha elaborato propri e autonomi criteri al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione.

In particolare, sono stati individuati tre criteri, costituiti: *i)* dalla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta la valenza "intrinsecamente penale" della misura; *ii)* dalla natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; *iii)* dal grado di severità della sanzione (sentenze 4 marzo 2014, r. n. 18640/10, resa nella causa Grande Stevens e altri c. Italia; 10 febbraio 2009, ric. n. 1439/03, resa nella causa Zolotoukhine c. Russia; si v. anche Corte di giustizia UE, grande sezione, 5 giugno 2012, n. 489, nella causa C-489/10).

L'assegnazione alla "materia penale" di un significato ampio conduce a ritenere che anche il potere amministrativo sanzionatorio deve essere esercitato nel rispetto, non solo delle garanzie dell'equo processo, ma anche dai principi sanciti dal citato art. 7.

L'art. 43 del d.lgs. n. 28 del 2011, nella parte in cui introduce una sanzione afflittiva con effetti retroattivi, si pone, pertanto, in contrasto non soltanto con l'art. 25, secondo comma, Cost, ma anche con la suddetta norma convenzionale e, conseguentemente, con l'art. 117, primo Cost.

L'art. 3 della Cost., nell'applicazione che di esso ha fatto la giurisprudenza costituzionale, pone il vincolo del rispetto del principio di ragionevolezza nell'esercizio della discrezionalità legislativa.

Nello specifico settore delle sanzioni amministrative deve essere osservato, nella fase applicativa, il principio di proporzionalità, il quale impone che la misura sia idonea, necessaria e proporzionata in senso stretto rispetto allo scopo perseguito.

Il rispetto di tale principio, nelle sue declinazioni, impone, in concreto, l'attribuzione all'autorità amministrativa di un potere discrezionale in grado di individualizzare la sanzione modulandone l'entità alla luce della tipologia e gravità della violazione, nonché della intensità dell'elemento soggettivo (si veda Corte cost. n. 299 del 1992, con riferimento all'entità delle sanzioni penali; si veda anche art. 11 della legge n. 689 del 1981, con riferimento all'esigenza di una commisurazione discrezionale della sanzione amministrativa pecuniaria).

La proiezione di tale principio a livello costituzionale ne comporta la sua collocazione nell'ambito della regola della ragionevolezza. Non è, infatti, conforme a tale regola una misura sanzionatoria che, risolvendosi in una applicazione generalizzata non aderente alla specificità delle singole condotte, determina una ingiustificata discriminazione tra operatori economici.

L'art. 43 del d.lgs. n. 28 del 2011, contemplando un sistema sanzionatorio rigido applicabile indistintamente a tutte le fattispecie senza che l'autorità amministrativa competente possa modulare l'irrogazione della sanzione a seconda della valenza degli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie stessa, si pone, pertanto, in contrasto con l'indicato parametro costituzionale.

L'art. 117, primo comma, Cost., stabilisce che la potestà legislativa deve essere esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario».

La Corte di giustizia dell'Unione europea ritiene che le autorità preposte all'irrogazione delle sanzioni, in materie di rilevanza europea, quale quella in esame, debbano rispettare il principio di proporzionalità (si veda Corte di giustizia UE, sez. I, 9 febbraio 2012, n. 210, in causa C-210/10; cfr. anche Corte cost. n. 313 del 1990).

L'art. 43 del d.lgs. n. 23 del 2011, non assicurando il rispetto del principio di proporzionalità, si pone, pertanto, in contrasto anche con il parametro costituzionale sopra indicato».

7.4. Servizio di dispacciamento dell'energia elettrica per le unità di produzione alimentate da fonti rinnovabili non programmabili: Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2014, n. 2936.

Le questioni esaminate con la sentenza sopra indicata hanno riguardato la legittimità delle delibere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas relative alla revisione del servizio di dispacciamento dell'energia elettrica per le unità di produzione alimentate da fonti rinnovabili non programmabili.

Nella sentenza, dopo la ricostruzione del quadro normativo rilevante, si delineano nel modo seguente le modalità di funzionamento del sistema di dispacciamento.

«Le offerte di acquisto e vendita di energia elettrica avvengono mediante negoziazioni che si svolgono nel giorno precedente quello di effettiva immissione nella rete dell'energia elettrica (cosiddetto mercato del giorno prima).

Le predette offerte, sempre in data antecedente al giorno di effettiva immissione, possono essere oggetto di revisione (cosiddetto mercato infragiornaliero).

La domanda di energia da parte degli utenti e l'offerta di energia da parte dei produttori devono trovarsi, per assicurare la sicurezza della rete e in ragione dell'impossibilità che l'energia elettrica possa essere immagazzinata, in costante equilibrio.

Il servizio pubblico di dispacciamento, gestito da Terna s.p.a., persegue la finalità di assicurare tale equilibrio.

Terna stipula con i singoli produttori contratti di dispacciamento e assegna a ciascuna unità di produzione un punto di dispacciamento in relazione al quale l'utente del dispacciamento acquisisce il diritto e l'obbligo di immettere energia elettrica nella rete.

La rete rilevante è suddivisa in un numero limitato di zone per periodi di durata non inferiori a tre anni.

Una volta chiusi i mercati sopra indicati, si apre il cosiddetto mercato del servizio di dispacciamento nell'ambito del quale Terna acquisisce la disponibilità dei produttori abilitati a variare le immissioni e i prelievi di energia al fine di correggere le posizioni fisiche e garantire le condizioni di sicurezza di funzionamento del sistema elettrico.

Il giorno dell'immissione dell'energia della rete può, infatti, accadere che vi sia uno "scarto" tra le previsioni di produzioni inviate dai produttori il giorno precedente e l'energia effettivamente erogata e immessa fisicamente nella rete.

Questa differenza identifica il cosiddetto sbilanciamento, i cui costi, in virtù degli obblighi assunti con il contratto di sbilanciamento, sono posti a carico dei responsabili dello sbilanciamento stesso. Più precisamente, se in una determinata zona si verifica una produzione di energia superiore a quella prevista l'operatore che ha errato nelle previsioni di immissioni sarà obbligato a sostenere i relativi costi al fine di assicurare l'equilibrio di rete. Se, però, nella zona rilevante si registra una carenza di energia l'operatore economico che ha

immesso in rete più energia del previsto potrà ottenere un beneficio dallo sbilanciamento.

I costi di sbilanciamento causati dalle unità di produzione alimentate da fonti rinnovabili, sino al 2012, venivano socializzati, incidendo sulla categoria dei consumatori.

Nella fattispecie concreta viene impugnata la delibera 5 luglio 2012, n. 281, dell'Autorità, entrata in vigore il 1° gennaio 2013, avente ad oggetto la revisione del servizio di dispacciamento dell'energia elettrica per le unità di produzione alimentate da fonti rinnovabili non programmabili.

Tale delibera ha modificato, in parte, il sistema precedente ponendo i costi dello sbilanciamento in capo alle predette unità di produzione. Lo scopo dichiarato è stato quello, come si afferma nella delibera stessa, di "promuovere una maggiore responsabilizzazione degli utenti del dispacciamento di impianti alimentati da fonti rinnovabili non programmabili in relazione alla efficiente previsione dell'energia elettrica immessa in rete e, in particolare, un'equa ripartizione dei costi generati all'interno del sistema elettrico che non possono più ricadere solo sui consumatori di energia elettrica".

Il Consiglio di Stato afferma che «il contenuto della delibera non è conforme ai criteri normativi che impongono, in applicazione di principi generali, che il servizio di dispacciamento venga gestito in modo da assicurare parità di condizioni e imparzialità nel trattamento riservato ai diversi operatori.

Le fonti di produzione di energia elettrica non programmabili sono caratterizzate dal fatto che, pur non essendo oggettivamente impossibile la previsione di energia prodotta ed immessa in rete, tale previsione, in ragione della tipologia della fonte e delle variabili che ne condizionano l'operatività, non può raggiungere lo stesso livello di precisione delle fonti programmabili. Del resto, è la stessa definizione legislativa, contenuta nell'art. 2 del d.lgs. n. 387 del 2003, delle fonti in comparazione a segnare la differenza di regime, nell'ambito della regolazione del servizio di dispacciamento, cui le stesse devono essere sottoposte. Non è, infatti, consentito regolare in maniera eguale fattispecie oggettivamente diverse.

Nella sentenza si precisa, tuttavia, che i costi di sbilanciamento causati da tali unità di produzione non debbano, come previsto nel regime previgente,

essere socializzati. Tale meccanismo si presterebbe ad analoghe censure, in quanto realizzerebbe una discriminazione tra operatori a vantaggio, non giustificabile in maniera così netta, di quelli che producono energia programmabile.

La regolazione economica e tecnica dell'Autorità deve, pertanto, esercitarsi in modo da pervenire ad una soluzione che, da un lato, tuteli il mercato nella sua integrità mediante l'imposizione anche alle unità di produzione in esame dei costi di sbilanciamento, dall'altro, introduca meccanismi calibrati sulla specificità della fonte in grado di tenere conto della modalità di produzione dell'energia elettrica e delle conseguenti difficoltà di effettuare una previsione di immissione in rete che raggiunga il medesimo grado di affidabilità che devono garantire le unità di produzione di energia programmabile.

In definitiva, rientra nella valutazione tecnica dell'Autorità il potere di individuare, nel rispetto del principio di parità di trattamento tra gli operatori economici del settore, la modalità di ripartizione dei costi di sbilanciamento che tengono conto della peculiarità della fonte.

7.5. Energia e servizio di dispacciamento: Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874.

La pronuncia si segnala per aver affermato la legittimità del sistema di dispacciamento solo virtuale di imprese non fisicamente interconnesse con la RTN, determinato attraverso una delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas con la quale l'AEEG ha inteso introdurre gli strumenti tecnici e giuridici necessari a garantire anche agli utenti delle reti non interconnesse una condizione paritaria rispetto agli altri utenti del sistema nazionale.

In relazione alla legittimità della delibera assunta dall'*Authority* si afferma che: «la scelta regolatoria tradottasi nella configurazione di un sistema di 'dispacciamento virtuale' in assenza di interconnessione fisica può, se del caso, essere sottoposta a una critica – per così dire – di tipo 'valoriale' in quanto opzione tecnico discrezionale comunque opinabile, ma non risulta affetta da evidenti profili di illegittimità, non sussistendo alcuna preclusione di ordine comunitario o nazionale in tal senso e – correlativamente – non sussistendo alcun vincolo normativo che imponga la necessaria coincidenza – per così dire – 'in

senso fisico' fra l'ambito dell'interconnessione di rete e l'ambito spaziale di esercizio dell'attività di dispacciamento«». In particolare il Consiglio di Stato rileva:

«- che l'enucleazione del contestato sistema di dispacciamento virtuale e, più in generale, la complessiva scelta regolatoria tradottasi nell'adozione della delibera impugnata in primo grado, sia stata dettata dall'esigenza di corrispondere alle prescrizioni di cui alla l. 125 del 2007, la quale ha sancito – compatibilmente con i dettami dell'ordinamento comunitario - il diritto di tutti i clienti finali (ivi compresi, quindi, quelli residenti nelle piccole realtà isolate che qui rilevano) di beneficiare – in assenza di discriminazioni di sorta rispetto agli utenti residenti in aree interconnesse con la RTN - degli effetti della piena apertura e liberalizzazione del mercato elettrico, con la connessa libertà di scegliere il proprio operatore/fornitore di riferimento (in tal senso, la previsione di cui al primo periodo del comma 2 dell'articolo 1 della l. 125, cit., secondo cui “a decorrere dal 1° luglio 2007 i clienti finali domestici hanno diritto di recedere dal preesistente contratto di fornitura di energia elettrica come clienti vincolati, secondo modalità stabilite dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e di scegliere un fornitore diverso dal proprio distributore”). Tale previsione risulta, del resto, del tutto conforme alla previsione di cui alla direttiva 2003/54/CE – sesto e settimo ‘considerando’ – secondo cui l'accesso alla rete senza discriminazioni, in modo trasparente e a prezzi ragionevoli è necessaria per il buon funzionamento della concorrenza anche in questo particolare settore di mercato;

- che la delibera in questione, pur nella sua particolarità e oggettiva complessità (derivante dall'assoluta peculiarità delle realtà di riferimento), risponde in modo non irragionevole all'esigenza di consentire a società terze che intendano stipulare contratti di fornitura di energia elettrica con clienti residenti nelle piccole isole in questione di conoscere la quantità di energia da immettere nel sistema interconnesso in conseguenza del prelievo di energia – di identico ammontare – operato dal cliente finale residente sulla piccola isola;

- che la scelta di ricorrere, a tal fine, a sistemi di carattere convenzionale (basati sulla stipula di contratti di carattere finanziario conclusi al di fuori del circuito borsistico e in assenza di un obbligo sottostante di fornitura), lungi dal

palesare profili di illegittimità o di illogicità, si rivela piuttosto uno strumento di fatto necessitato al fine di conseguire comunque i richiamati obiettivi di apertura al mercato e di tutela dell'utente finale di cui alla l. 125, cit. (...);

- che, allo stesso modo, l'istituzione di un sistema 'virtuale' in base al quale l'utente finale acquista in modo altrettanto virtuale energia da un operatore del mercato libero (mentre, sotto l'aspetto 'fisico' continua a prelevare energia dal produttore della micro-rete cui è in concreto connesso) risulta, di fatto, l'unico possibile laddove si intenda riconoscere alla clientela isolana la possibilità di scegliere il proprio operatore sul mercato libero della fornitura. Sotto tale aspetto ci si limita ad osservare che, in pratica, l'alternativa al – pur complesso - sistema in contestazione sarebbe semplicemente quello di non ammettere tale porzione di clientela (e in contrasto con le previsioni di cui alla più volte richiamata l. 125 del 2007 e ai principi comunitari sottesi alle sue prescrizioni) alla scelta del proprio operatore di riferimento;

- che, impostati in tal modo i termini della questione, non appare né illegittima né irragionevole la scelta regolatoria volta ad istituire un particolare sistema di dispacciamento (ancora una volta, di carattere 'virtuale') pure in assenza di interconnessione con la RTN (...).

- che l'enucleazione del richiamato sistema di dispacciamento virtuale e l'imposizione di obblighi di connessione anche a soggetti non richiedenti risulta giustificata da considerazioni inerenti la sicurezza del sistema nel suo complesso e la garanzia della corretta erogazione del servizio».

Il Consiglio ha chiarito, inoltre, che l'introduzione di taluni meccanismi tipici dell'economia di mercato in regime di concorrenza non presenti alcun profilo di carattere ablatorio nei confronti delle imprese interessate in violazione dell'articolo 41, Cost. (in tema di libertà di iniziativa economica privata) e dell'articolo 43 (in tema di limiti al potere di ablazione). Invero, «l'adozione da parte delle Autorità pubbliche di misure proconcorrenziali non può in alcun modo essere ritenuta lesiva di tal[i] diritt[i] di libertà, a meno di voler ritenere che il mantenimento di una situazione di chiusura del mercato costituisca di per sé un bene giuridico meritevole di tutela».

7.6. Autorizzazioni Enac su tratte aeroportuali Malpensa: Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 2014, 6166.

Con la sentenza sopra indicata il Consiglio di Stato ha annullato le sentenze del Tribunale amministrativo regionale del Lazio che avevano impedito alla compagnia aerea Emirates di incrementare la frequenza dei voli sulle rotte Dubai–Milano, Dubai–Roma, Dubai–Venezia, già servite dalla predetta compagnia, e di fruire delle sette nuove frequenze concesse sulla nuova rotta Dubai-Milano-New York (autorizzazione del 5 marzo 2013, su parere conforme del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti datato 11 gennaio 2013) sulla base di un supposto contrasto con il diritto nazionale e comunitario.

La sentenza del Consiglio di Stato conclude definitivamente la fase processuale davanti al giudice amministrativo, respingendo gli originari ricorsi dell'Associazione nazionale vettori e operatori del trasporto aereo e di Alitalia Compagnia aerea italiana s.p.a.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'attività di Emirates potesse proseguire, in quanto autorizzata in conformità della legge vigente, ossia l'art. 19 comma 5-*bis* del decreto legge 29 novembre 2008 n. 185, meglio noto come "decreto salva Malpensa", emanata proprio in vista del rilancio commerciale dello scalo, e in mancanza di contrasto con la disciplina comunitaria sulla negoziazione degli accordi internazionali sul traffico aereo.

8. Concorrenza.

8.1. Nozione di intesa anticoncorrenziale, prova e poteri dell'Autorità antitrust: Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5275.

La questione esaminata dalla Sesta Sezione attiene alla legittimità del provvedimento con il quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha individuato un'intesa restrittiva della concorrenza tra i produttori di cosmetici per la cura della persona, commercializzati per il tramite della grande distribuzione organizzata.

Nella sentenza si ricostruiscono gli orientamenti giurisprudenziali in ordine: *i*) alle intese per "oggetto", *ii*) alla individuazione dei casi in cui tale

oggetto può ritenersi sensibile; *iii*) alle regole che presiedono alla prova dell'esistenza di siffatte intese.

Con riferimento a questi aspetti si rileva, testualmente, quanto segue.

«In relazione al primo aspetto, la Corte di giustizia, nella sentenza 5 dicembre 2013 (in causa C-449/11), ha affermato che quando viene in rilievo una intesa per "oggetto" – che si concretizza nello scambio di informazione tra i concorrenti in grado di eliminare le incertezze relative al comportamento programmato dalle imprese interessate – non è necessario che la concorrenza sia effettivamente impedita, ristretta o falsata, né che sussista un nesso diretto fra tale pratica concordata e i prezzi al dettaglio. La Corte ha precisato, inoltre, che si deve presumere, fatta salva la prova contraria il cui onere incombe agli operatori interessati, che le imprese partecipanti alla concertazione e che rimangono presenti sul mercato, tengano conto degli scambi di informazioni con i loro concorrenti per decidere il proprio comportamento sul mercato stesso. Al fine di inficiare questa presunzione, è onere dell'impresa interessata dimostrare che la concertazione non abbia influenzato in nessun modo il suo personale comportamento sul mercato.

In relazione al secondo aspetto, nel caso in cui l'"oggetto" consista nello scambio di informazioni sui listino prezzi, esso ha natura sensibile.

La giurisprudenza del Consiglio (...) ha, infatti, già avuto modo di affermare che la determinazione del prezzo di listino costituisce necessariamente il fondamentale punto di partenza su cui impernare le ulteriori variabili concorrenziali e che, anche in un mercato molto segmentato e in parte frammentato, la possibilità per i principali operatori di determinare congiuntamente il livello di tale punto di partenza consente indubbiamente di incidere su una delle principali variabili concorrenziali atte ad incidere sulle ulteriori dinamiche concrete e - per così dire - "variabili" (quali le quote di mercato detenute da ciascun operatore e i margini di profitto da ciascuno di essi ritraibili). Al fine di ritenere integrata un'intesa restrittiva della concorrenza, non occorre conseguire la dimostrazione piena circa il fatto che essa abbia ad oggetto cumulativamente e indistintamente ciascuno dei fattori idonei ad influenzare tutte le pertinenti variabili concorrenziali (...).

In definitiva, sono vietate non solo le intese tramite le quali le imprese fissano i prezzi a livelli esattamente determinati o stabiliscono esattamente prezzi minimi al di sotto dei quali esse si impegnano a non vendere, ma, più in generale, tutte le intese che mirino o abbiano ad effetto di limitare la libera determinazione del prezzo e, quindi, la sua naturale flessibilità (...).

In relazione al terzo aspetto, la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, con sentenza 7 gennaio 2004, in causa C-204/00, ha messo in rilievo le oggettive difficoltà probatorie relative alla dimostrazione di un accordo avente per oggetto la determinazione dei prezzi. Infatti, si sottolinea, di norma le attività derivanti da tali pratiche ed accordi si svolgono in modo clandestino, le riunioni sono segrete, spesso in un paese terzo, e la documentazione ad esse relativa è ridotta al minimo. Si è detto a tale proposito che anche se la Commissione scoprisse documenti attestanti in modo esplicito un contatto illegittimo tra operatori, come i resoconti di una riunione, questi ultimi sarebbero di regola solo frammentari e sporadici, di modo che si rivela spesso necessario ricostituire taluni dettagli per via di deduzioni (...).

8.2. Abuso di posizione dominante: Cons. Stato, sez. VI, 25 Marzo 2014, n. 1673; Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693.

La questione principale oggetto della sentenza indicata ha riguardato i presupposti costitutivi identificativi dell'abuso di posizione dominante, con particolare riferimento alla nozione di "mercato rilevante".

La vicenda portata all'attenzione del Collegio origina da un provvedimento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato la quale, accertata la posizione dominante di una determinata società parte appellata, Coop Estense s.r.l., aveva concluso nel senso che la condotta della stessa, volta ad ostacolare l'avvio di nuovi punti vendita da parte della società controinteressata, Esselunga s.p.a, integrava una significativa violazione dell'articolo 3 della legge n. 287/90, configurando un abuso di posizione dominante a fini escludenti.

Il Consiglio di Stato esamina approfonditamente i presupposti che possono determinare uno sfruttamento abusivo di una posizione dominante acquisita sul mercato.

Un primo requisito fondamentale attiene all'esatta individuazione del c.d. "mercato rilevante".

Sul punto il Consiglio afferma che «la nozione di *mercato rilevante* – vale a dire di scenario territoriale, tendenzialmente omogeneo quanto a domanda ed offerta in questione, dove si svolge il rapporto di concorrenza – implica un accertamento in fatto sia in relazione al prodotto, sia per area geografica, cui segue l'applicazione, ai fatti accertati, delle norme in tema di mercato rilevante o parametri su di esso, da intendere alla stregua della giurisprudenza sia nazionale che comunitaria (cfr. Cass, I, 13 Febbraio 2009, n. 3638; Cons. St., VI, 13 Maggio 2011, n. 2925). L'individuazione in concreto di un mercato rilevante è riservata all'AGCM: il giudice amministrativo non vi si può sostituire, salvo che l'operato di questa presenti vizi di travisamento dei fatti, vizi logici, vizi di violazione di legge (es. Cons. St., VI, 14 Marzo 2000, n. 1348; 16 Ottobre 2002, n. 5640; recentem. Cons. St., VI, 3 Aprile 2009, n. 2092; 24 Giugno 2010, n. 4016; 14 Luglio 2011, n. 4283; 16 Settembre 2011, n. 5171; 12 Aprile 2013, n. 2002; 21 Maggio 2013, n. 2722)».

Più in dettaglio, si intende per "mercato rilevante" «quella zona geograficamente individuata dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel medesimo tipo di prodotto si pongono in rapporto di reciproca concorrenza».

Il mercato rilevante, pertanto, identifica e delimita il contesto sociale ed economico dove operano le imprese interessate dall'accertamento dell'Autorità.

Nella fattispecie di abuso di posizione dominante quindi «la perimetrazione del mercato rilevante rappresenta un *prius* logico e pratico, un presupposto essenziale dell'illecito in relazione al quale la condotta ascritta considerata può assumere i tratti dell'abuso di posizione dominante».

Definito il presupposto giustificativo dell'abuso di posizione dominante, il Collegio sofferma la sua attenzione sui comportamenti in grado di integrare tale illecito concorrenziale.

A tal proposito afferma che «ciò che rileva come elemento di base su cui s'innesta la condotta abusiva è il fatto della possibilità, da parte dell'impresa che vi versa, di influire, grazie alla sua superiorità ed al potere di mercato che ne deriva, in modo notevole sulle modalità di esplicazione della concorrenza e

dell'offerta: e di comportarsi senza doverne tenere necessariamente conto (cioè, in modo significativamente indipendente dal comportamento degli altri attori della scena) e subirne pregiudizio. È in un tale contesto che può maturare l'adozione di comportamenti abusivi "escludenti", cioè intesi a ridurre o ad eliminare il grado di concorrenza esistente sul mercato dell'impresa».

Conclusivamente, la Sezione sesta elabora il seguente principio di diritto: «costituiscono *abuso di posizione dominante* i comportamenti idonei ad incidere sulla struttura di un mercato rilevante dove, per effetto della presenza della dominante, il livello della concorrenza è già debole e che consistono non solo nell'effettivamente impedire, ma anche soltanto nel *tentare di impedire*, con mezzi diversi da quelli dell'ordinaria e proporzionata competizione in prodotti o servizi, che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo».

Nella fattispecie decisa dalla sentenza n. 693, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ritenuto che Pfizer Italia s.r.l., Pfizer Health A.B. e Pfizer Inc. abbiano posto in essere un abuso di posizione dominante. Il mercato rilevante è costituito dal settore della produzione e commercializzazione dei farmaci analoghi alle prostaglandine, al quale appartiene il latanoprost, principio attivo dello Xalatan, commercializzato da Pfizer, la cui indicazione terapeutica concerne la cura del glaucoma, e unico farmaco sul mercato a base di tale principio in forza della tutela brevettuale, prima dell'ingresso delle specialità generiche.

L'abuso contestato consiste «nell'aver esteso artificialmente la durata temporale della protezione brevettuale del farmaco Xalatan in Italia – mediante la richiesta di un brevetto divisionale e del relativo certificato di protezione complementare – e sfruttato lo stato di incertezza giuridica così determinatosi, al fine di ritardare l'ingresso delle specialità equivalenti a base di *latanoprost* sul mercato rilevante».

Il Consiglio di Stato ha ritenuto, pertanto, legittima la delibera dell'Autorità affermando che «l'abuso di posizione dominante, imputato a Pfizer, non è che specificazione della più ampia categoria dell'abuso del diritto, della quale presupposto è, appunto, l'esistenza di un diritto, del quale si faccia un uso strumentale, non coerente con il fine per il quale l'ordinamento lo riconosce: nel caso di specie, l'esclusione dal mercato dei concorrenti» .

Elementi costitutivi dell'abuso del diritto sono, infatti, «proprio la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte; di conseguenza l'abuso del diritto, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, comporta l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore».

Nel caso di specie, «la condotta posta in essere da Pfizer mediante lo sfruttamento delle facoltà connesse alla titolarità del brevetto principale e alla posizione rivestita nel mercato, hanno consentito il differimento (non importa quanto a lungo) dei farmaci equivalenti allo Xalatan, senza comportare alcuna concreta utilizzazione del medesimo principio attivo, diversa da quella già protetta (la stessa Pfizer ricorda che il brevetto divisionale “copre il prodotto *latanoprost* già commercializzato e coperto dal brevetto genitore”)».

La valutazione dell'Autorità, che ha ravvisato in tale condotta una finalità ulteriore e diversa rispetto a quella propria della tutela brevettuale (che era già attiva), è stata, quindi, ritenuta legittima dal Consiglio di Stato.

8.3. Decisioni sugli impegni assunte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 14-ter della L. n. 287 del 1990: Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773.

Nella sentenza indicata il Consiglio di Stato esamina la portata dei poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato in materia di impegni proposti dalle imprese ai sensi dell'art. 14-ter della L. n. 287 del 1990.

La norma richiamata, come noto, dispone al primo comma che «entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del

Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione».

In primo luogo, il Collegio chiarisce che il termine previsto dall'art. 14-ter cit. non ha carattere perentorio, ma meramente ordinatorio e sollecitatorio.

A favore dell'interpretazione privilegiata, la Sezione sesta richiama la matrice comunitaria dell'istituto degli impegni, introdotto dall'art. 9 del regolamento CE n. 1/2003. A tal proposito il Collegio evidenzia che «il regolamento comunitario, comunque direttamente applicabile anche nell'ordinamento italiano, non fissa alcuno sbarramento temporale alla presentazione di impegni. In ambito comunitario prevale, infatti, una logica di tipo "effettuale", posto che ciò che rileva è che le imprese siano messe nelle condizioni di proporre misure correttive idonee e che l'Autorità disponga di elementi sufficienti per valutare la corrispondenza degli impegni alla tutela della concorrenza» invero, «l'introduzione di uno sbarramento temporale rigido ed inderogabile (quale diventerebbe il termine di tre mesi, accogliendo la tesi della sua natura perentoria) contrasterebbe, del resto, con la funzione dell'istituto degli impegni, la quale presuppone sia che le imprese siano poste in grado di proporre misure correttive idonee, sia che l'AGCM disponga di elementi sufficienti per valutarne la rispondenza ai profili anticoncorrenziali emersi». Inoltre, il Consiglio di Stato precisa che «la tesi della perentorietà del termine è in grado, infatti, di determinare rilevanti distorsioni capaci di minare l'effettività della procedura stessa. Come si è osservato anche in dottrina, le imprese sarebbero indotte ad affrettarsi a presentare gli impegni (e, simmetricamente, l'Autorità ad accettarli), senza un'adeguata conoscenza del caso ed in assenza di un'attività istruttoria tale da consentire un'appropriata comprensione delle preoccupazioni concorrenziali ai fini della presentazione di impegni idonei. Le esigenze di celerità e di economia procedurale andrebbero quindi a scapito di quelle di effettiva e coerente applicazione delle regole di concorrenza, con il duplice rischio, da una parte, che gli impegni, prematuramente presentati, si rivelino alla prova dei fatti ultronei o, al contrario, insufficienti rispetto ai problemi concorrenziali

individuati, o d'altra parte, che siano definiti con accettazione degli impegni anche procedimenti che, alla luce di una pur limitata attività istruttoria, potrebbero rivelarsi invece meritevoli di archiviazione».

In conclusione sul punto «la tempestività della presentazione degli impegni non va valutata, quindi, in base al rigido sbarramento dei tre mesi, ma va rapportata di volta in volta alle fattispecie concrete» non essendo nemmeno rilevante, in senso contrario, richiamare la nuova Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della legge n. 287 del 1990, approvata da AGCM in data 6 settembre 2012.

In secondo luogo, la pronuncia appare molto significativa poiché afferma, in via di principio, che la valutazione dell'AGCM sull'idoneità degli impegni presentati dalle imprese risulta «espressione di un potere ampiamente discrezionale, in cui vengono in rilievo profili di opportunità e di c.d. "discrezionalità economica" sottratti, in linea di principio, al sindacato giurisdizionale di legittimità, perché rientrati nel merito della decisione amministrativa».

Secondo il Collegio, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria che si è occupata del tema, il sindacato giurisdizionale è in questi casi limitato alla completezza e alla veridicità dei fatti adottati e alla mancanza di errori manifesti. Invero, si ricorda come «la stessa Corte di giustizia, nel caso Alrosa (sentenza 29 giugno 2010, C-441/07, Commissione c. Alrosa) ha evidenziato la differenza esistente, proprio sotto il profilo dell'intensità del sindacato giurisdizionale, tra le decisioni di accertamento dell'infrazione (ai sensi dell'art. 7 del reg. n. 1/2003) e quelle di accettazione degli impegni adottate ai sensi dell'art.9 del medesimo regolamento: le prime mirano ad accertare, attraverso un completo approfondimento istruttorio, l'esistenza di una infrazione e porvi fine; le seconde, invece, sono ispirate da considerazioni di economia processuale e mirano a fornire una soluzione più rapida alle preoccupazioni concorrenziali identificate dalla Commissione attraverso una valutazione preliminare (par. 35). Pertanto, "anche se certamente ciascuna delle decisioni adottate a titolo di tali due disposizioni è assoggettata al principio di proporzionalità, l'applicazione di tale principio è tuttavia diversa a seconda che l'una o l'altra di tali disposizioni sia interessata" (par. 47). In particolare, nel caso degli impegni, la Commissione è

tenuta a verificare soltanto “che gli impegni di cui trattasi rispondano alle preoccupazioni che essa ha reso note alle imprese interessate e che queste ultime non abbiano proposto impegni meno onerosi che rispondano parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni” (par. 61). Ciò comporta, conclude la sentenza, un corrispondente ridimensionamento del sindacato giurisdizionale su tali decisioni: il giudice deve limitarsi a verificare unicamente se la valutazione della Commissione sia viziata da un errore manifesto. Nel caso di specie, la Corte di giustizia ha ritenuto che il Tribunale di primo grado avesse travalicato i limiti del proprio sindacato giurisdizionale poiché – lungi da limitarsi a verificare se la conclusione cui era pervenuta la Commissione fosse evidentemente infondata, alla luce degli elementi di fatto da essa stabiliti – aveva presentato una propria valutazione di circostanze economiche complesse, sostituendo la propria valutazione a quella della Commissione e violando in tal modo il margine discrezionale di quest’ultima».

In conclusione, la natura ampiamente discrezionale del potere previsto all’art. 14-ter della L. 287 del 1990 in cui vengono in rilievo profili di opportunità e di c.d. “discrezionalità economica” sottratti, in linea di principio, al sindacato giurisdizionale di legittimità, perché rientrati nel merito della decisione amministrativa, consente il sindacato del Giudice amministrativo limitatamente al riscontro di errori manifesti nella valutazione dell’idoneità degli impegni ad eliminare i profili concorrenziali ipotizzati da parte dell’AGCM.

9. Urbanistica, edilizia ed espropriazione.

9.1. Rapporto tra interventi edilizi e ricerca degli standard urbanistici: Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 2014, n. 616.

La sentenza indicata appare significativa almeno sotto due aspetti.

In primo luogo perché il Consiglio di Stato mette in luce l’essenziale funzione degli standard urbanistici «intesi come indicatori minimi della qualità edificatoria (e così riferiti ai limiti inderogabili di densità edilizia, di rapporti spaziali tra le costruzioni e di disponibilità di aree destinate alla fruizione collettiva) e come tali destinati a connettersi direttamente con le aspettative dei fruitori dell’area interessata». Tanto consente al Collegio di affermare che il

criterio essenziale di valorizzazione e di decisione sulla congruità dello standard applicato debba essere «quello della funzionalizzazione dello stesso al rispetto delle esigenze della popolazione stanziata sul territorio, che dovrà quindi essere posta in condizione di godere, concretamente e non virtualmente, del quantum di standard urbanistici garantiti dalla disciplina urbanistica».

In secondo luogo, nella pronuncia si sottolinea come la coerenza di questa stretta correlazione spaziale tra intervento edilizio e localizzazione dello standard, correlazione che connota il tema della qualità edilizia, assuma una valenza ancora più pregnante nei casi in cui operino strumenti urbanistici informati al principio della perequazione. Invero, si afferma come «la soluzione perequativa, che tende ad attenuare gli impatti discriminatori della pianificazione a zone, sia in funzione di un meno oneroso acquisto in favore della mano pubblica dei suoli da destinare a finalità collettive, sia per conseguire un'effettiva equità distributiva della rendita fondiaria, si fonda su una serie di strumenti operativi che, letti senza un congruo ancoraggio con le necessità concrete cui si riferiscono, favoriscono astrazioni concettuali pericolose» così, si precisa che «l'utilizzo di formule retoricamente allettanti (aree di decollo, aree di atterraggio, pertinenze indirette, trasferimenti di diritti volumetrici et similia) non deve fare dimenticare che lo scopo della disciplina urbanistica non è la massimizzazione dell'aggressione del territorio, ma la fruizione, privata o collettiva, delle aree in modo pur sempre coerente con le aspettative di vita della popolazione che ivi risiede».

In conclusione il Consiglio di Stato rimane fedele al proprio orientamento che vede lo standard urbanistico collocarsi spazialmente e funzionalmente in prossimità dell'area di intervento edilizio, al fine di legare strettamente e indissolubilmente *commoda e incommoda* della modificazione sul territorio.

9.2. Poteri del commissario nel procedimento espropriativo: Cons. Stato, sez. IV, ord. 3 luglio 2014, n. 3347.

Il Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione se il commissario *ad acta*, nominato in sede di ottemperanza, possa ordinare la conclusione del procedimento di cui all'art. 42-*bis* T.U. 327 del 2001 o se tale tipo di provvedimento sia di competenza esclusiva dell'Amministrazione.

Osserva il Collegio che «si registra un contrasto giurisprudenziale proprio in ordine ai poteri del commissario ad acta nella conclusione del procedimento espropriativo avuto riguardo all'art. 42-bis T.U. sulle espropriazioni.

Un primo orientamento, confluito nelle sentenze di questa Sezione, nn. 1222 e 1344 del 2014, ritiene che il commissario ad acta non possa provvedere a norma dell'art. 42-*bis* T.U. espropriazioni.

Il ragionamento posto a fondamento di queste sentenze si radica sul presupposto che la sentenza da ottemperare sia a sua volta legata ai limiti dati dalla domanda proposta dalla parte in sede di ricorso introduttivo.

Nel particolare caso di illegittimità della procedura la domanda del ricorrente è posta al fine di ottenere la demolizione degli atti espropriativi; l'accoglimento della domanda, cui consegue l'annullamento della procedura e il contestuale riconoscimento della mancata acquisizione alla mano pubblica della proprietà, comporta l'obbligo della restituzione del bene illegittimamente sottratto».

Questo primo orientamento, alla luce dei limiti posti dal rapporto fra chiesto e pronunciato, esclude che, di fronte alla domanda introdotta in giudizio per la declaratoria d'illegittimità della procedura, il giudice dell'ottemperanza possa decidere nel senso di ordinare all'amministrazione di provvedere ex art. 42-bis.

Per un diverso filone giurisprudenziale sarebbe «pienamente configurabile, fra i poteri del commissario ad acta, la possibilità di agire ai sensi dell'art. 42-bis espropriazioni», sul rilievo che nella sede dell'ottemperanza la giurisdizione di merito «consente di tenere in debito conto le esigenze di interesse pubblico che militano (...) nel senso del provvisorio mantenimento» dell'opera pubblica realizzata.

«Ritiene tale diverso orientamento, difatti, che il commissario ad acta possa sostituirsi all'amministrazione competente al fine di portare a compimento la procedura espropriativa per il tramite del provvedimento di cui all'art 42-*bis*, dando così rilievo ai poteri concessi al giudice amministrativo in sede di ottemperanza».

Per tale secondo orientamento, «solo tale tipo di impostazione renderebbe veramente soddisfattiva la tutela giurisdizionale del ricorrente ai sensi dell'art. 24 della Costituzione.

Mantenere il proprietario, che ha visto accolta la propria domanda di annullamento degli atti della procedura espropriativa, in balia del comportamento dell'Amministrazione, la quale, anche a seguito della formazione del giudicato, nonché del ricorso in ottemperanza, continui a non ripristinare la situazione di legalità, lederebbe le legittime aspettative del proprietario medesimo, il quale finirebbe per non ottenere alcun tipo di tutela dall'esperimento dell'azione amministrativa».

In definitiva, viene rimesso all'Adunanza Plenaria il seguente quesito di diritto: «se nella fase di ottemperanza - con giurisdizione, quindi, estesa al merito - ad una sentenza avente ad oggetto una domanda demolitoria di atti concernenti una procedura espropriativa, rientri o meno tra i poteri sostitutivi del giudice, e per esso, del commissario ad acta, l'adozione della procedura semplificata di cui all'art. 42-bis cit.».

9.3. Natura risarcitoria dell'obbligazione ex art. 42-bis del d.lgs. n. 327 del 2001: Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993.

La questione principale oggetto della sentenza in esame attiene ai presupposti di esercizio del potere di acquisizione sanante da parte della pubblica amministrazione, ex art. 42-bis del d.lgs. n. 327 del 2001, con particolare riferimento alla natura indennitaria o risarcitoria dell'obbligo gravante sul soggetto pubblico.

Alla luce dell'art. 42-bis «è innegabile che il presupposto dell'esercizio di siffatto potere ablatorio sia il pregresso cattivo uso dell'ordinario potere espropriativo, al quale sopravvive l'esigenza dell'Amministrazione di continuare a trattenere il bene in considerazione della perdurante utilizzazione nell'interesse pubblico».

Ne deriva come quello di cui all'art. 42-bis sia un «potere "rimediale", debitore del primigenio errore nell'esercizio pregresso del potere, che abbisogna, per legittimarsi e giustificarsi anche dal punto di vista costituzionale, del previo

ed integrale ristoro del pregiudizio inferto, ancor prima che della pur necessaria dimostrazione dell'interesse pubblico al perdurante utilizzo dell'immobile».

Le linee essenziali della norma attributiva descrivono, secondo il Collegio, il seguente sviluppo logico giuridico: «a) l'Amministrazione ha commesso un errore nel procedimento pubblicistico, previsto dalla legge in attuazione dei precetti costituzionali; b) a seguito dell'errore, ed a prescindere dalla sua scusabilità, sul terreno privato è ormai sorta un'opera pubblica; c) se quest'ultima è ancora utile e sussistano *“attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico”* che *“valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati”* ne giustificano il mantenimento, l'Amministrazione può acquisire il terreno utilizzando l'eccezionale potere di cui all'art. 42-bis (ovviamente non esente da sindacato giurisdizionale); d) deve contestualmente risarcire il danno, liquidandolo e corrispondendone l'importo secondo i parametri e le modalità di legge».

Così individuati i presupposti di esercizio del potere di acquisizione sanante, il Consiglio di Stato si occupa di definire la natura sostanzialmente risarcitoria dell'obbligo indennitario che la legge pone a carico della Pa.

Più in dettaglio si afferma che «la natura rimediale dell'azione amministrativa rispetto alla pregressa illegittimità si ripercuote (...) chiaramente sul modo in cui – in disparte i profili relativi all'integralità ed esaustività del ristoro- l'“indennizzo” è descritto e disciplinato dallo stesso legislatore: esso non è proiettato al futuro in vista dell'ablazione del bene e salva la possibilità di cessione volontaria, ma al contrario appare tutto ripiegato sull'illecito pregresso (il provvedimento di acquisizione reca l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio) nell'obiettivo di eliderne le conseguenze pregiudizievoli per la sfera giuridica dell'ablato, *id est*, il danno».

In relazione poi alla giurisdizione si afferma che «il risarcimento del danno rientra a pieno titolo nell'ambito della giurisdizione amministrativa, sia esso derivante dalla lesione di interessi legittimi, sia esso derivante dalla lesione di diritti soggettivi ove la relativa tutela rientri nelle materie di giurisdizione esclusiva. Non si pone del resto dubbio alcuno di costituzionalità, avendo la Corte Costituzionale già avuto modo di chiarire, tra l'altro proprio in materia espropriativa, che l'azione risarcitoria è tecnica di tutela della posizione giuridica

lesa e non (o non solo) strumento di accertamento di un diritto di credito sorgente da un'autonoma fattispecie obbligatoria (Cfr. Corte Cost., 191/2006)».

Alla luce delle considerazioni appena svolte il Consiglio ritiene ragionevole concludere «nel senso che, al di là del *nomen iuris* attribuito dal legislatore del 42-bis, l'«indennizzo» costituisca nella sua eziologia, come già argomentato, un risarcimento del danno cagionato da fatto illecito della Pa, e che dunque, alla luce delle chiare affermazioni del Giudice delle leggi (v. dec. 204/2004 punto 3.4.1. e dec. 191/06 cit., punti 4.2 e 4.3) sia del tutto compatibile con il dettato costituzionale la sua attribuzione al Giudice amministrativo in veste esclusiva, in attuazione della delega di cui all'art. 44 della legge 69/09». Ne consegue che «per i provvedimenti adottati ex art. 42-bis, deve essere affermata *in parte qua* la giurisdizione esclusiva del G.A. in materia espropriativa ex art. 133, primo comma, lett. g), c.p.a., e quella parimenti esclusiva in tema di risarcimento dei danni ex art. 30, sesto comma, c.p.a.».

10. Ambiente, patrimonio culturale e paesaggio.

10.1. Caratteri della valutazione ambientale strategica (VAS) e della valutazione di impatto ambientale (VIA): Cons. Stato, sez. IV, 20 maggio 2014, n. 2569.

Il Consiglio di Stato si è pronunciato in ordine alla portata dei due strumenti, di derivazione europea, della valutazione ambientale strategica (VAS) e della valutazione di impatto ambientale (VIA), evidenziando in che modo le rispettive discipline, previste dal d.lgs. n. 152 del 2006, debbano essere integrate tra di loro.

Ha affermato, in particolare, che «la valutazione ambientale di piani e programmi, e la valutazione di progetti, hanno entrambe la finalità di assicurare che l'attività antropica sia compatibile con le condizioni per uno sviluppo sostenibile (art. 4 comma 3 codice ambiente).

Più in particolare:

a) la valutazione ambientale di piani e programmi ha la finalità di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente, contribuendo all'integrazione delle relative previsioni, con considerazioni specificatamente

ambientali, che siano tali da guidare l'amministrazione nell'effettuazione nelle scelte discrezionali, tipiche, per l'appunto, dei piani e dei programmi, così consentendole di dare prioritaria considerazione gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale, come del resto deve essere alla luce del principio di sviluppo sostenibile (in proposito, art. 3-*quater*, comma 2). Ne discende che nel rapporto ambientale (ossia l'atto che contiene i risultati dell'esame condotto dall'autorità procedente) debbono essere individuati, descritti e valutati gli impatti significativi che l'attuazione del piano o del programma proposto, potrebbe avere sull'ambiente e sul patrimonio culturale, nonché le ragionevoli alternative che possono adottarsi in considerazione degli obiettivi e dell'ambito territoriale del piano o del programma stesso (art. 13 c. 4).

b) la valutazione di singoli progetti avviene invece sulla base della progettazione preliminare ed ha l'obiettivo di verificare l'impatto sull'ambiente dell'opera progettata. Lo studio di impatto ambientale (ossia l'atto che contiene i risultati dell'esame condotto dal soggetto proponente) contiene una descrizione sommaria delle principali alternative prese in esame dal proponente, ivi compresa la cosiddetta opzione zero, con indicazione delle principali ragioni della scelta, sotto il profilo dell'impatto ambientale. Il provvedimento di valutazione dell'impatto ambientale, se favorevole, sostituisce o coordina tutte le autorizzazioni, intese, concessioni, licenze, pareri, nulla osta e assensi comunque denominati in materia ambientale, necessari per la realizzazione e l'esercizio dell'opera o dell'impianto.

Da questa prima ricognizione si ricava che la VAS concerne la pianificazione e la programmazione alle quali l'amministrazione è obbligata, ed è concomitante alla stessa così da favorire l'emersione e l'evidenziazione dell'interesse ambientale di modo che esso venga in via prioritaria considerato dall'amministrazione; la VIA concerne i singoli progetti ed è necessaria ai fini della verifica dell'entità dell'impatto ambientale dell'opera proposta, in guisa da stimolare soluzioni mitigative da valutare secondo il principio dello sviluppo sostenibile, sino all'opzione "zero", qualora l'impatto non sia evitabile neanche con l'adozione di cautele.

L'interferenza fra i due strumenti valutativi è all'evidenza costituito dai progetti inseriti nei Piani operativi, poiché essi sono destinati ad essere valutati

una prima volta nell'ambito del generale contesto pianificatorio, ed una seconda volta in fase preliminare alla realizzazione.

Il codice dell'ambiente, al fine di evitare duplicazioni, ridondanze o incoerenze ha cercato di coordinare le due valutazioni, ed in particolare ha previsto che:

1) quando il progetto sia conforme alla localizzazione prevista dal Piano già oggetto di VAS, "nella redazione dello studio di impatto ambientale...possono essere utilizzate le informazioni e le analisi contenute nel rapporto ambientale" così come, nella fase di valutazione dei progetti "debbono essere tenute in considerazione la documentazione e le conclusioni della VAS" (art. 10). Ciò significa che il progetto non dovrebbe, in linea di massima, essere inibito in ragione della sua già vagliata localizzazione.

Ha altresì previsto in relazione al più delicato caso del progetto dell'opera che importi variante localizzativa al Piano, che "ferma restando l'applicazione della disciplina in materia di VIA, la valutazione ambientale strategica non è necessaria per la localizzazione delle singole opere" (art. 6 comma 12, introdotto dal D.Lgs. 29-6-2010 n. 128).

In sostanza, in quest'ultimo caso, il legislatore ha ritenuto che quando la modifica al Piano, derivante dal progetto, sia di carattere esclusivamente localizzativo, la VIA è sufficiente a garantire il principio di sviluppo sostenibile, non essendo necessaria una preliminare fase strategica che evidenzi altre opzioni localizzative. Logico corollario è che qualora la localizzazione proposta dovesse essere, secondo la VIA, pregiudizievole per l'ambiente nonostante ogni cautela, il progetto andrà incontro ad una mera inibizione.

Si tratta di una soluzione normativa che, avendo principalmente ad oggetto il progetto (e non il Piano da variare), è caratterizzata da un approccio "non" preventivo, ossia non finalizzato alla ricerca di opzioni localizzative alternative (com'è tipico dell'approccio concomitante e collaborativo della VAS), ma focalizzato esclusivamente alla valutazione dell'impatto ai fini di un'alternativa sì/no.

La soluzione è corretta e non confligge con il principio di massima tutela ambientale al quale è votata la VIA. Sacrifica piuttosto l'interesse allo sviluppo urbanistico ed economico nella misura in cui l'opera potrebbe prestarsi ad essere

realizzata in luoghi diversi da quelli proposti, ma ciò è frutto di una scelta del legislatore che punta sulla centralità ed importanza di una corretta e preventiva pianificazione».

10.2. Sanatoria di opere realizzate in presenza di un vincolo paesaggistico: Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2014, n. 1472.

La sentenza afferma, per la prima volta, il principio secondo cui il divieto di sanatoria di opere abusive in presenza di un vincolo paesaggistico non opera quando l'abusività è conseguenza dell'annullamento, in autotutela ovvero da parte del giudice amministrativo, del titolo abilitativo.

L'articolo 146, comma 4, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137) ha disposto che fuori dai casi di cui all'articolo 167, commi 4 e 5, l'autorizzazione paesaggistica non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi. Il richiamato articolo 167 ha stabilito che tale divieto non opera nei casi in cui: a) i lavori eseguiti non hanno determinato la «creazione di superficie utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati»; b) sono stati impiegati «materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica»; c) gli interventi eseguiti sono qualificabili quali «interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria» ai sensi dell'art. 3 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia).

Svolta questa premessa nella sentenza si afferma quanto segue.

«Le norme riportate, come risulta dal loro tenore letterale, non consentono la sanatoria di interventi realizzati in assenza o in difformità dall'autorizzazione paesaggistica, ammettendo il rilascio di un provvedimento di compatibilità soltanto nel caso di abusi minori.

Si tratta di norme imperative di divieto di fattispecie specificamente descritte, con individuazione di quelle sottratte al divieto stesso.

Il legislatore non ha ricompreso nell'ambito di applicazione della disposizione in esame la realizzazione di lavori eseguiti sulla base di una autorizzazione paesaggistica rilasciata e, successivamente, annullata in sede giurisdizionale. Né sarebbe ammissibile una interpretazione analogica del citato

articolo 146, comma 4, in quanto, venendo in rilievo una norma di proibizione, la stessa, per la sua natura eccezionale, non è suscettibile di applicazione a casi diversi da quelli espressamente contemplati. Ma anche a volere prescindere da tale aspetto, non sussisterebbe neanche la identità di *ratio* che giustifica il procedimento di interpretazione analogica: non sono, infatti, equiparabili le due fattispecie costituite, da un lato, dall'assenza o difformità dal titolo, dall'altro, dall'esistenza di un titolo invalido ma, sino alla sentenza del giudice amministrativo, pienamente efficace. Lo stesso legislatore tiene normalmente separate le ipotesi in esame: si pensi, a titolo esemplificativo, sia pure in relazione ad un ambito diverso da quello in esame, alla diversa disciplina edilizia prevista per le opere realizzate senza titolo, in difformità essenziale da esso ovvero sulla base di un atto annullato (si vedano, a tale proposito, gli articoli 31 e seguenti del d.lgs. n. 380 del 2001)».

10.3. Paesaggio. Realizzazione di un campo da golf tra il Bastione Ardeatino delle Mura Aureliane e le Terme di Caracalla: Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 2014, n. 4904.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello del Ministero per i beni e le attività culturali contro una sentenza del Tar del Lazio che aveva accolto il ricorso di una società contro il diniego, espresso dalla Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici di Roma e della Regione Lazio, alla realizzazione di un campo da golf tra il Bastione Ardeatino delle Mura Aureliane e le Terme di Caracalla, zona interessata da molteplici vincoli posti a tutela del patrimonio culturale e del centro storico di Roma.

Il Consiglio di Stato ha considerato che le motivazioni del diniego erano adeguate e sufficienti per negare la realizzazione richiesta davanti alle antiche mura romane, in uno spazio di eccezionale valore storico, culturale e paesaggistico.

L'eventuale attuale degrado dell'area può giustificare misure per rimediare, ma non impone che sia consentito l'insediamento contrastato dalla Soprintendenza.

11. Processo.

11.1. Riparto di giurisdizione in materia di sovvenzioni: Cons. Stato, ad. plen., 29 gennaio 2014, n. 6.

L'Adunanza plenaria, con la sentenza sopra indicata, ha affermato che la concessione e la revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche «deve essere attuato sulla base del generale criterio di riparto fondato sulla natura della situazione soggettiva azionata». Ne consegue, si aggiunge, che «qualora la controversia attenga alla fase di erogazione o di ripetizione del contributo sul presupposto di un addotto inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite in sede di erogazione o dall'acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, anche se si faccia questione di atti formalmente intitolati come revoca, decadenza o risoluzione, purché essi si fondino sull'inadempimento alle obbligazioni assunte di fronte alla concessione del contributo». In tal caso, infatti, si sottolinea, «il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione».

Nella predetta sentenza si è, inoltre, sottolineato come «deve essere esclusa l'equiparabilità tra concessione di beni ed erogazione del denaro, in quanto, anche se il denaro è annoverabile nella categoria dei beni, non va confusa la figura della concessione a privati di benefici pubblici, che presuppone l'uso temporaneo da parte dei privati di detti beni per una finalità di pubblico interesse, con quella del finanziamento, che implica un tipo di rapporto giuridico del tutto diverso, in forza del quale il finanziato acquisisce la piena proprietà del denaro erogatogli ed eventualmente assume l'obbligo di restituirlo in tutto o in parte ad una determinata scadenza».

11.2 Vincolatività per il giudice dell'ordine dei motivi di ricorso: Cons. Stato, sez. V, ord. 22 dicembre 2014, n. 6204.

Il Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione della vincolatività, per il giudice, dell'ordine con il quale il ricorrente articola i motivi

di ricorso, anche nell'ipotesi nel ricorso non sia richiesto espressamente il previo esame dei motivi indicati per primi.

In particolare, il Consiglio di Stato rimette alla Plenaria i seguenti quesiti di diritto:

«I) se nel processo amministrativo, a fronte di un ricorso di annullamento avverso l'aggiudicazione, qualora si facciano valere diverse tipologie di censure, alcune che denunciano una radicale illegittimità della gara ed altre che denunciano l'illegittima mancata esclusione dell'aggiudicatario ovvero l'illegittima pretermissione del ricorrente, si sia dinanzi ad una o a più domande;

II) se nel processo amministrativo, il principio della domanda e quello dell'interesse al ricorso consentono di ritenere che il ricorrente possa graduare implicitamente i motivi di ricorso attraverso il mero ordine di prospettazione degli stessi;

III) se e in che termini il giudice amministrativo, in assenza di espressa indicazione della parte, sia vincolato ad osservare l'ordine di esame dei motivi di ricorso proposti all'interno della stessa domanda, utilizzando come parametro il massimo soddisfacimento dell'utilità ritraibile dal ricorrente;

IV) se e in che in termini il giudice amministrativo, in assenza di espressa indicazione della parte, sia vincolato ad osservare l'ordine di esame delle domande proposte all'interno di uno stesso giudizio da un'unica parte, utilizzando come parametro il massimo soddisfacimento dell'utilità ritraibile dal ricorrente;

V) se il vizio di incompetenza relativa, in quanto vizio dell'organizzazione e non della funzione amministrativa, sfugga alla facoltà di graduazione, esplicita o implicita, dei motivi di ricorso».

11.3. Rapporto tra ricorso incidentale e principale: Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2014, n. 3663; Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2014, n. 5168.

Nella sentenza indicata l'Adunanza plenaria ha affermato: *i)* quale regola generale, il previo esame del ricorso incidentale con finalità escludente; *ii)* quale eccezione, il contestuale esame del ricorso principale e incidentale nei casi in cui

sia necessario assicurare il rispetto del principio della parità delle parti nel processo.

In particolare, si è ribadito, in linea di continuità con la sentenza 7 aprile 2001, n. 4, della stessa Adunanza plenaria, che l'azione di annullamento, dovendo essere sorretta dalle condizioni della legittimazione ad agire e dell'interesse a ricorrere, può essere proposta dal soggetto che sia titolare di una posizione giuridica differenziata e qualificata che risulti lesa, con attualità e immediatezza, da un atto della pubblica amministrazione. Nel settore specifico dei contratti pubblici, la legittimazione si dimostra, normalmente, mediante la legittima partecipazione alla gara. Ne consegue che se il ricorrente incidentale prova che il ricorrente principale avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, per difetto dei requisiti di partecipazione, viene meno la sua legittimazione ad agire. Allo stesso modo nel caso in cui il ricorrente principale sia un soggetto già escluso dalla gara che formuli sia motivi diretti a contestare la legittimità dell'atto di esclusione, sia motivi diretti a contestare la mancata esclusione dell'aggiudicatario, l'accertata infondatezza dei primi renderebbe inammissibili i secondi per difetto di legittimazione.

La regola esposta subisce un'eccezione nel caso in cui il ricorrente principale faccia valere un vizio relativo alla stessa fase della procedura cui si riferisce il vizio fatto valere dal ricorrente incidentale. In questi casi, caratterizzati da una simmetria escludente, è necessario procedere all'esame contestuale delle censure prospettate in entrambi i ricorsi.

La ragione giustificativa di questa deroga è stata ravvisata dall'Adunanza plenaria, alla luce di quanto affermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12, nell'esigenza di assicurare il principio della parità delle parti che costituisce una proiezione processuale della tutela sostanziale della concorrenza e dei valori ad essa sottesi di libera circolazione delle persone e delle merci. L'esame contestuale dei ricorsi, in presenza di due soli concorrenti, potrebbe, pertanto, giustificare l'annullamento dell'intera procedura di gara con conseguente sua ripetizione per soddisfare l'interesse strumentale delle parti.

L'Adunanza plenaria ha chiarito, inoltre, che si è in presenza di un medesimo vizio nel caso in cui il motivo con cui viene fatto valere riguardi atti

inseriti nello stesso segmento procedimentale. In questa prospettiva sono state individuate tre autonome, ancorché connesse, fasi del procedimento amministrativo di scelta del contraente, che si susseguono in sequenza cronologica: *i)* la prima fase è relativa alla regolarità e tempestività della domanda nonché alla integrità dei plichi; *ii)* la seconda fase riguarda il riscontro della sussistenza dei requisiti generali e speciali (economico - finanziari e tecnico-organizzativi) di partecipazione della impresa; *iii)* la terza fase attiene all'accertamento della presenza degli elementi essenziali dell'offerta.

Nella sentenza n. 3663, che ha deciso l'appalto relativo ai lavori del Colosseo, si è previsto che nella scansione procedimentale è individuabile anche una quarta fase che è quella successiva all'aggiudicazione dell'appalto nel corso della quale la stazione appaltante svolge un controllo sul possesso dei requisiti da parte del contraente scelto all'esito della gara.

In definitiva, il diritto europeo – cui l'Adunanza plenaria si è adeguata con gli ulteriori svolgimenti indicati – ha imposto, in deroga al principio generale dell'autonomia processuale degli Stati membri, la conformazione di un istituto del processo amministrativo per evitare che una sua applicazione non conforme alle esigenze di tutela della concorrenza possa alterare il funzionamento delle regole del mercato.

Nella sentenza n. 5168 il Consiglio di Stato ha chiarito che il principio della Plenaria opera esclusivamente in presenza di due imprese concorrenti.

Nella fattispecie decisa erano collocate utilmente in graduatoria tre imprese concorrenti (e non le sole due imprese parti processuali), sicché l'aggiudicataria e la seconda classificata, le quali non erano le sole concorrenti rimasti in gara, in caso della loro esclusione non sarebbero state titolate ad agire per la riedizione della gara, poiché sarebbe subentrata la terza concorrente, la cui ammissione alla gara non era stata contestata da alcuna delle parti processuali, e la quale era rimasta estranea al giudizio.

In una simile situazione, si sottolinea, riprende incondizionato vigore il principio generale che presiede alla disciplina processuale dell'ordine logico di esame delle questioni dedotte in giudizio, quale enunciato dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 (confermato *in parte qua* dall'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014), non avendo modo di operare la *regula iuris*, di carattere eccezionale, di cui

alla sentenza *Fastweb* della Corte di Giustizia (4 luglio 2013, C-100/12), basata sul rilievo centrale che «ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare», presupponendo, invero, tale *ratio decidendi* che fossero dedotte in giudizio cause di esclusione speculari, in via reciproca, da tutti i partecipanti alla gara.

Infatti, l'esercizio reciproco, da parte solo di alcune delle imprese partecipanti alla gara, dell'analogo interesse all'esclusione delle rispettive offerte, non comporterebbe, rileva il Consiglio di Stato, l'obbligo, per l'amministrazione aggiudicatrice, alla riedizione della gara, residuando ulteriori concorrenti aventi titolo all'aggiudicazione, con conseguente inconfigurabilità, in capo alla ricorrente principale, di un interesse strumentale, qualificato e differenziato, all'indizione di un'ulteriore gara, se non a livello di mero interesse di fatto all'eventuale esercizio dell'autotutela amministrativa, insufficiente ad incardinare l'interesse a ricorrere in giudizio da parte di un'impresa non titolata a partecipare alla gara (si richiama in tal senso, in fattispecie analoga, Cons. St., Sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3899).

In questi casi trova, pertanto, applicazione la norma di diritto positivo codificata dagli artt. 76, comma 4, cod. proc. amm. e 276, comma 2, cod. proc. civ. (v., altresì, art. 527, comma 1, cod. proc. pen.), secondo cui, nella decisione della causa, il giudice procede secondo un ordine che antepone le questioni pregiudiziali a quelle di merito, con conseguente necessità di esaminare, in via pregiudiziale, le questioni che mettono in discussione la legittimazione e l'interesse a ricorrere della ricorrente principale, indipendentemente dalla legittimità o meno dell'aggiudicazione conseguita dalla controinteressata, poiché, in una logica di giurisdizione di diritto soggettivo, è prioritario stabilire se chi propone una domanda di tutela ne abbia titolo, e se la domanda risponda a un suo interesse concreto e attuale.

In tale ipotesi, la circostanza che le parti si trovino in una posizione differente nel processo, non è altro che una conseguenza di una differente situazione di diritto sostanziale, nel senso che la parte legittimata a resistere è tale in quanto aggiudicataria (sulla base di un provvedimento legittimo, o meno, non

fa differenza, attinendo tale questione al merito della controversia), mentre la parte ricorrente è tale perché intende contestare il risultato della gara, ma nel rispetto della disciplina processuale in tema di legittimazione ed interesse a ricorrere.

11.4. Garanzia dell'udienza pubblica nel processo amministrativo e principio del doppio grado di giudizio: Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2014, n. 401.

Nella sentenza indicata il Consiglio di Stato afferma come, anche nel processo amministrativo, operino le fondamentali garanzie della pubblicità dell'udienza e del doppio grado di giudizio.

In relazione al primo postulato, il Consiglio di Stato afferma che, ove sussistano dubbi circa il rito applicabile in una controversia - camerale ovvero dell'udienza pubblica - specie avuto riguardo all'individuazione dei termini e della forma del provvedimento conclusivo del giudizio (nel caso di specie si trattava di stabilire il rito applicabile alla fase della liquidazione del compenso agli ausiliari del giudice amministrativo, in assenza di norme espresse) può soccorrere la disciplina generale sancita dall'art. 87, c.p.a. (*Udienze pubbliche e procedimenti in camera di consiglio*), ai sensi della quale le udienze che si celebrano davanti al giudice amministrativo sono pubbliche, salvi i casi tassativi in cui diversamente dispongano norme espresse del codice o di legge speciale.

Si ritiene, infatti, che a favore dell'udienza pubblica, nel silenzio del Legislatore, «depone in ogni caso la norma sancita dall'art. 6 CEDU, in relazione all'art. 111, co.1, Cost., nell'interpretazione che ne hanno dato la Corte di Strasburgo (cfr. da ultimo 10 aprile 2012, Lorenzetti c. Italia), la Corte costituzionale (cfr. da ultimo 18 luglio 2013, n. 214) e la Sezioni unite penali della Corte di Cassazione (cfr. da ultimo 25 ottobre 2012), in forza della quale per potersi derogare alla garanzia dell'udienza pubblica occorre il consenso delle parti, o la presenza di eccezionali circostanze (ad es., tutela della salute e della sicurezza pubblica, della incolumità e riservatezza delle parti, ovvero questioni caratterizzate da un forte tecnicismo che possono essere definite in modo soddisfacente in base al solo fascicolo)».

Quanto al principio del doppio grado di giudizio, il Consiglio di Stato afferma in via di principio che «nel processo amministrativo il doppio grado di

giudizio, oltre ad essere stabilito dal legislatore ordinario (artt. 4 – 6, c.p.a.), costituisce un principio costituzionale (art. 125 Cost.), e va ascritto ai principi generali del processo amministrativo; ne consegue che, se di regola il legislatore ordinario non incontra vincoli in ordine al se prevedere o meno mezzi di impugnazione, nel caso del processo amministrativo il legislatore è costituzionalmente vincolato, se prevede il primo grado, a prevedere il doppio grado di giudizio; tuttavia, il doppio grado non è ritenuto costituzionalmente vincolante se si prevede un ricorso direttamente al Consiglio di Stato (come divisato nel rito dell'ottemperanza dall'art. 113 c.p.a.); sotto il profilo ordinamentale, l'art. 103 Cost., attribuisce direttamente al Consiglio di Stato e agli altri organi della giustizia amministrativa (e segnatamente quelli di primo grado di cui all'art. 125 cost.), la tutela degli interessi legittimi attraverso il controllo sull'esercizio della funzione pubblica (e questo spiega, attesa la delicatezza della materia, la costituzionalizzazione del doppio grado), ma lascia alla legge ordinaria di individuare le particolari materie in cui si fornisce tutela anche ai diritti soggettivi; dalla lettura dell'art. 103, co.1 Cost., si desume, pertanto, che il giudice amministrativo è il giudice naturale degli interessi legittimi in virtù di diretta attribuzione costituzionale di tale competenza; invece la tutela dei diritti soggettivi e il suo ambito, può essere conformato dalla legge ordinaria; sicché in materia di interessi legittimi, il legislatore ordinario non potrebbe sottrarre il sindacato pieno al Consiglio di Stato, quale giudice di appello; mentre ciò sarebbe possibile in materia di diritti soggettivi, atteso che spetta alla legge ordinaria prevedere e conformare la tutela dei diritti soggettivi davanti al giudice amministrativo, con il limite della ragionevolezza e dell'effettività della tutela».

11.5. Rimedi processuali esperibili in caso di mancata remissione alla Plenaria da parte di sezioni semplici che decidano difformemente: Cons. Stato, sez. III, 6 agosto 2014 n. 4185.

La sentenza esamina la questione della possibilità di chiedere la revocazione *ex art. 395, n. 4 c.p.c.* deducendo la violazione dell'art. 99, co. 3, c.p.a., in caso di mancata remissione all'Adunanza Plenaria da parte di sezioni semplici che decidano in modo difforme da quanto deciso dalla Plenaria.

Sul punto il Collegio afferma come «non sia possibile “forzare” il disposto dell'art. 395 c.p.c., che «è nel segno della tassatività delle ipotesi previste e dell'eccezionalità del rimedio stesso, per dare una sanzione processuale ad un precetto per il quale tale sanzione non è stata prevista dal legislatore».

Secondo il Consiglio di Stato «il discorso non può essere limitato o circoscritto al solo giudizio amministrativo, tenuto conto che la previsione di cui all'art. 99, co. 3, c.p.a., è stata mutuata fedelmente dal codice di procedura civile, il cui art. 374, co. 3, per come sostituito nel 2006, contiene una disposizione identica per il giudizio di cassazione, dettata anche (e soprattutto) in tale contesto dal disegno strategico di restaurare la funzione nomofilattica dei giudici di ultima istanza, a garanzia della effettiva ed uniforme applicazione del diritto (v. art. 65 r.d. 12/1941, Ord. giud.)». Anche nel processo civile, peraltro, non è stata prevista, si sottolinea, «alcuna conseguenza di ordine processuale, in caso di violazione di tale disposizione, qualora quindi la sezione semplice disattenda il principio di diritto affermato dalle sezioni unite senza rimettere loro nuovamente la questione, né consta che sia stata mai utilmente invocato il rimedio per revocazione o l'intervento additivo del Giudice delle leggi».

Consta, piuttosto, che «all'indomani della novella del 2006, voci autorevoli della dottrina processualciviltistica abbiano avanzato dubbi di costituzionalità all'indirizzo proprio dell'art. 374, co. 3, c.p.c.».

È stato prospettato, infatti, un problema di compatibilità con l'art. 101 Cost. (e con l'art. 107, co. 3), dubitandosi della legittimità di una norma che impone al giudice delle Sezioni Semplici di sottostare ad un precedente (delle Sezioni Unite), e che in tal modo ne frustrerebbe notevolmente l'imparzialità e l'indipendenza interna.

In particolare, ci si è chiesti se - contrariamente al principio di cui all'art. 101 Cost., co. 2, per cui "i giudici sono soggetti soltanto alla legge" - la previsione del legislatore che impone al giudice delle Sezioni Semplici di essere soggetto al precedente delle Sezioni Unite non finisca per innalzare la giurisprudenza delle Sezioni Unite al rango di una vera e propria fonte del diritto.

Strettamente legato a tale quesito, si sottolinea nella sentenza, è il denunciato pericolo di “ricadute” sull'attività della giurisprudenza di merito che, nella consapevolezza del vincolo delle Sezioni Semplici alle Sezioni Unite,

potrebbe - a sua volta - subire una sorta di "soggezione" indiretta, tale per cui difficilmente si discosterà dal precedente, per evitare, a monte, che un'eventuale diversa decisione possa essere cassata in sede di legittimità.

Il tutto potrebbe finire per ingessare il corso naturale della giurisprudenza, rendendone più difficile l'evoluzione (che è più di frequente il frutto di una spinta "dal basso"), ricordando come intere partizioni del diritto civile, si pensi, per citare un solo esempio, alla responsabilità civile da fatto illecito, abbiano conosciuto negli ultimi cinquanta anni radicali cambiamenti (ed adattamenti) pur restando formalmente sempre immutato il quadro normativo di immediato riferimento (gli artt. 2043-2059 c.c.).

La Sezione conclude affermando come «la previsione di un vincolo, peraltro solamente di segno negativo, cui non si accompagna un rimedio (si intende sempre sul piano processuale; altro discorso, che qui non rileva, potrebbe svolgersi sul piano disciplinare, nei casi in cui la "ribellione" fosse evidente e del tutto ingiustificata) in caso di violazione, più che un vuoto di tutela da censurare, rappresenti probabilmente un ragionevole punto di equilibrio tra la ricerca di una maggiore uniformità interpretativa in funzione della certezza del diritto e la libertà e l'indipendenza, anche interna, del giudice». In definitiva, dunque, «non vi è spazio né per un'applicazione analogica dell'art. 395, né per sollevare una questione di costituzionalità di cui appare evidente la manifesta infondatezza».

11.6. Giudizio di ottemperanza, *ius superveniens* nel corso del giudizio e compatibilità procedimentale e processuale: Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2014, n. 1472.

La sentenza esamina la questione relativa al rapporto tra lo *ius superveniens* nel corso del giudizio e il regime dell'attività posta in essere dall'amministrazione dopo il giudicato.

Nella sentenza si afferma quanto segue.

«Il provvedimento amministrativo, in ossequio al principio di legalità, deve essere conforme alla normativa esistente al momento della sua adozione.

Il giudice amministrativo, nell'esercizio del sindacato di legittimità, deve accertare se la pubblica amministrazione abbia agito nel rispetto della predetta normativa.

Se il giudizio si conclude con una sentenza di annullamento, l'amministrazione, nella fase di rinnovazione procedimentale, deve attenersi, sempre in attuazione del principio di legalità, alla normativa esistente nel momento dell'adozione degli atti (...). La funzione amministrativa ha, infatti, una dimensione dinamica che impone un costante adeguamento del rapporto regolato dall'amministrazione, in un determinato momento storico, al mutamento degli assetti organizzativi, procedurali e sostanziali che il legislatore intende assicurare.

Questa regola generale deve, però, essere sottoposta, ai fini della sua applicazione, ad un giudizio di compatibilità processuale e procedimentale.

In relazione al giudizio di compatibilità processuale, la nuova normativa e la successiva attività amministrativa non devono porsi in contrasto con gli accertamenti compiuti nel corso del giudizio e con i conseguenti effetti derivanti dalla sentenza di annullamento.

L'accertamento giudiziale ha una intensità modulata alla luce della natura del potere pubblico esercitato: in presenza di una attività vincolata o con "discrezionalità esaurita" il giudice amministrativo può accertare, nel rispetto del principio della domanda, pienamente il rapporto giuridico; in presenza, invece, di una attività connotata da discrezionalità amministrativa o tecnica l'esigenza di garantire il rispetto del principio costituzionale di separazione dei poteri impedisce che l'accertamento si estenda ad ambiti riservati alla pubblica amministrazione (...).

Gli effetti derivanti dall'accertamento possono essere di eliminazione, di ripristinazione e di conformazione.

La produzione dell'effetto di eliminazione si indirizza al "tempo passato", in quanto l'atto ritenuto illegittimo viene eliminato dal sistema con effetti retroattivi. E' fatto, pertanto, divieto all'amministrazione di adottare un atto amministrativo che presenti gli stessi vizi accertati alla luce della normativa esistente al momento della sua adozione.

La produzione dell'effetto di ripristinazione si indirizza al "tempo intermedio", al fine di adeguare lo stato di fatto e di diritto successivo all'atto illegittimo a quello definito con la pronuncia giurisdizionale. L'amministrazione deve adottare un atto amministrativo retroattivo idoneo a consentire, "ora per

allora”, il raggiungimento della finalità indicata nella sentenza (si pensi all’esigenza di ricostruire, sul piano giuridico, la carriera di un dipendente pubblico).

La produzione dell’effetto conformativo si indirizza al “tempo futuro”, in quanto, valorizzando la motivazione della sentenza, si individua il modo corretto di esercizio del potere nella fase di riesercizio dello stesso a seguito dell’annullamento. L’amministrazione deve, sussistendone le condizioni, adottare un atto non retroattivo che definisca l’assetto di interessi della futura azione amministrativa.

In relazione al giudizio di compatibilità procedimentale, strettamente connesso al primo, la nuova normativa e la successiva attività amministrativa non devono porsi in contrasto con le eventuali fasi del procedimento amministrativo che si sono già esaurite nel vigore della precedente disciplina e che non sono state incise dalla sentenza di annullamento.

Come è noto, il procedimento amministrativo si compone delle fasi, autonome e collegate, dell’iniziativa, dell’istruttoria, costitutiva e dell’efficacia.

Se nel momento in cui deve svolgersi la fase intermedia dell’istruttoria o quelle successive muta la disciplina, la stessa si applica purché non risulti incompatibile con le fasi già esaurite nel vigore della previgente normativa.

La stessa regola si applica nel caso in cui talune fasi procedurali si devono rinnovare dopo il giudicato di annullamento delle stesse: la ripetizione deve assicurare la conservazione dei momenti procedurali sottratti all’effetto di eliminazione derivante dalla sentenza di annullamento.

La ragione sottesa a tale regola risiede nell’esigenza di assicurare il rispetto del principio di economicità e celerità dell’azione amministrativa (art. 1 della legge n. 241 del 1990), che non ammetterebbero la ripetizione di atti che si sono svolti in modo conforme ai parametri legali.

11.7. Giudizio di ottemperanza e penalità di mora: Cons. Stato, ad. plen., 25 giugno 2014, n. 15.

Nella sentenza indicata l’Adunanza plenaria affronta la questione relativa all’ammissibilità della comminatoria delle penalità di mora, di cui all’art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, nel caso in cui il ricorso

per ottemperanza venga proposto in ragione della non esecuzione di una sentenza che abbia imposto alla pubblica amministrazione il pagamento di una somma di denaro.

Si afferma, in principio, che le penalità di mora rappresentano misure coercitive indirette a carattere pecuniario, inquadrabili nell'ambito delle pene private o delle sanzioni civili indirette, che mirano a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all' obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice.

L'istituto in esame, pur trovando un proprio diretto antecedente nell'analogo strumento regolato all'art. 614-*bis* c.p.c. (rubricato "attuazione degli obblighi di fare infungibile o non fare"), assume autonoma fisionomia alla luce degli aspetti peculiari che lo connotano. In particolare secondo l'Adunanza plenaria: « a) mentre la sanzione di cui al 614-*bis* c.p.c. è adottata con la sentenza di cognizione che definisce il giudizio di merito, la penalità è irrogata dal Giudice Amministrativo, in sede di ottemperanza, con la sentenza che accerta il già intervenuto inadempimento dell'obbligo di contegno imposto dal comando giudiziale; b) di conseguenza, nel processo civile la sanzione è ad esecuzione differita, in quanto la sentenza che la commina si atteggia a *condanna condizionata* (o *in futuro*) al fatto eventuale dell'inadempimento del precetto giudiziario nel termine all'uopo contestualmente fissato; al contrario, nel processo amministrativo l'*astreinte*, salva diversa valutazione del giudice, può essere di immediata esecuzione, in quanto è sancita da una sentenza che, nel giudizio d'ottemperanza di cui agli artt. 112 e seguenti c.p.a., ha già accertato l'inadempimento del debitore; c) le *astreintes* disciplinate dal codice del processo amministrativo presentano, almeno sul piano formale, una portata applicativa più ampia rispetto a quelle previste nel processo civile, in quanto non si è riprodotto nell'art. 114, co. 4, lett. e, c.p.a., il limite della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un non fare o un fare infungibile; d) la norma del codice del processo amministrativo non richiama i parametri di quantificazione dell'ammontare della somma fissati dall'art. 614 *bis* c.p.c.; e) il codice del processo amministrativo prevede, accanto al requisito positivo dell'inesecuzione della sentenza e al limite negativo della

manifesta iniquità, l'ulteriore presupposto negativo consistente nella ricorrenza di "ragioni ostative" ».

Componendo il contrasto sorto sull'estensione dell'ambito applicativo di questo istituto, l'Adunanza plenaria aderisce all'orientamento prevalente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato ammettendo l'applicabilità delle *astreintes* a tutte le decisioni di condanna adottate dal Giudice Amministrativo ex art. 112 c.p.a., ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni pecuniarie.

A sostegno di questa impostazione il Consiglio di Stato richiama argomenti di *diritto comparato, letterale, sistematico, costituzionale ed equitativo*.

Sotto il profilo del *diritto comparato* si afferma che «il sistema francese, modello sul quale sono stati conati gli istituti nazionali che prevedono l'irrogazione della penalità di mora, è connotato da un'indiscussa funzione sanzionatoria, essendo teleologicamente orientato a costituire una pena per la disobbedienza alla statuizione giudiziaria, e non un risarcimento per il pregiudizio sofferto a causa di tale inottemperanza. Il modello transalpino, quindi, in aderenza al *favor* espresso dalla giurisprudenza della CEDU verso la massima estensione, anche *in executivis*, dell'effettività delle decisioni giurisdizionali, dimostra che il rimedio compulsorio in esame può operare anche per le condanne pecuniarie, in quanto non conosce limiti strutturali in ragione della natura della condotta imposta dallo *iussum iudicis*».

Alla luce dell'argomento *letterale* viene precisato che «la norma in analisi non ha (...) riprodotto il limite, stabilito della legge di rito civile nel titolo dell'art. 614-bis, della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile».

Dal punto di vista *sistematico* l'Adunanza plenaria chiarisce che, a differenza del giudizio civile, «nel processo amministrativo (...) la norma si cala in un archetipo processuale in cui, grazie alle peculiarità del giudizio di ottemperanza, caratterizzato dalla nomina di un commissario *ad acta* con poteri sostitutivi, tutte le prestazioni sono surrogabili, senza che sia dato distinguere a seconda della natura delle condotte imposte. La penalità di mora, in questo diverso *humus* processuale, assumendo una più marcata matrice sanzionatoria che completa la veste di strumento di coazione indiretta, si atteggia a tecnica compulsoria che si affianca, in termini di completamento e cumulo, alla tecnica

surrogatoria che permea il giudizio d'ottemperanza. Detta fisionomia impedisce di distinguere a seconda della natura della condotta ordinata dal giudice, posto che anche per le condotte di *facere* o *non facere*, al pari di quelle aventi ad oggetto un dare (pecuniario o no), vige il requisito della surrogabilità/fungibilità della prestazione e, quindi, l'esigenza di prevedere un rimedio compulsivo volto ad integrare quello surrogatorio».

Tanto risulta confermato anche dall'argomento *costituzionale*. Invero, «la possibilità, per un creditore pecuniario della pubblica amministrazione, di utilizzare, in coerenza con una consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione e di questo Consiglio, due diversi meccanismi di esecuzione, lungi dal porre in essere una disparità di trattamento, per la quale difetterebbe il referente soggettivo discriminato, evidenzia un arricchimento del bagaglio delle tutele normativamente garantite in attuazione dell'art. 24 Cost. in una con i canoni europei e comunitari richiamati dall'art. 1 c.p.a.».

Infine, ragioni *equitative* portano l'Adunanza plenaria ad affermare che «la penalità di mora, come fin qui osservato, assolve ad una funzione coercitivo-sanzionatoria e non, o quanto meno non principalmente, ad una funzione riparatoria, come dimostrato, tra l'altro, dalle caratteristiche dei modelli di diritto comparato e dalla circostanza che nell'articolo 614 *bis* c.p.c. la misura del danno è solo uno di parametri di quantificazione dell'importo della sanzione. Trattandosi di una pena, e non di un risarcimento, non viene in rilievo un'inammissibile doppia riparazione di un unico danno ma l'aggiunta di una misura sanzionatoria ad una tutela risarcitoria»; inoltre, viene sottolineato come «l'art. 114, comma 4, lett. e, c.p.a., proprio in considerazione della specialità, in questo caso favorevole, del debitore pubblico - con specifico riferimento alle difficoltà nell'adempimento collegate a vincoli normativi e di bilancio, allo stato della finanza pubblica e alla rilevanza di specifici interessi pubblici - ha aggiunto al limite negativo della manifesta iniquità, previsto nel codice di rito civile, quello, del tutto autonomo, della sussistenza di *altre ragioni ostative*. Ferma restando l'assenza di preclusioni astratte sul piano dell'ammissibilità, spetterà allora al giudice dell'ottemperanza, dotato di un ampio potere discrezionale sia in sede di scrutinio delle ricordate esimenti che in sede di determinazione dell'ammontare della sanzione, verificare

se le circostanza addotte dal debitore pubblico assumano rilievo al fine di negare la sanzione o di mitigarne l'importo».

11.8. Dovere di astensione del giudice ai sensi dell'art. 51, n. 4 c.p.c. in sede di giudizio di revocazione: Cons. Stato, ad. plen., 24 gennaio 2014, n. 5.

Nella sentenza si afferma che esigenza imprescindibile, rispetto ad ogni tipo di processo, è quella di evitare che lo stesso giudice, nel trovarsi nuovamente a decidere sulla stessa controversia, ripercorra l'identico itinerario logico precedentemente seguito. Pertanto, condizione necessaria per ravvisare una incompatibilità endoprocedurale è la persistenza di valutazioni che cadano sulla stessa *res iudicanda*.

Per quanto riguarda il dovere di astensione del giudice, in sede di giudizio di revocazione, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la presente sentenza, ha ritenuto che «alla luce del nuovo codice del processo amministrativo, debba escludersi l'applicabilità della norma di cui all'art. 51 n. 4 c.p.c. - richiamata dalla norma di rinvio di cui all'art. 17 c.p.a. - che prevede l'obbligo del giudice di astenersi quando abbia conosciuto della causa in altro grado del processo, allorquando sia lo "stesso ufficio giudiziario" che ha reso la pronuncia oggetto di revocazione, competente a decidere nuovamente; ne consegue che, ad eccezione dell'ipotesi del dolo del giudice o, comunque, dell'ipotesi in cui il giudice abbia un interesse proprio e diretto nella causa, i magistrati che hanno pronunciato la sentenza impugnata per revocazione possono legittimamente far parte del collegio investito della cognizione del giudizio revocatorio».

Poichè, «come anche ripetutamente affermato dalla Corte di Cassazione, salva ovviamente l'ipotesi di dolo del giudice, non sussiste per i magistrati che avevano pronunciato la sentenza revocanda alcuna incompatibilità a partecipare alla decisione sulla domanda di revocazione, atteso che essa non predica, per sua natura, un errore di giudizio (Cass. nn. 2342/1962, 1624/1965, 2222/1987 e, da ultimo, sez. lav., 12 settembre 2006, n. 19498) ».

11.9. Opposizione di terzo e termine decadenziale: Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 7 Maggio 2014, n. 330.

La questione esaminata nella sentenza sopra indicata riguarda la necessità, o meno, di un termine per la proposizione dell'opposizione di terzo ordinaria.

Nel processo civile il termine per proporre opposizione di terzo *ex art. 325*, primo comma, c.p.c. si riferisce esclusivamente all'opposizione di terzo revocatoria *ex art. 404*, secondo comma, c.p.c. e non concerne l'opposizione di terzo ordinaria.

Nel giudizio amministrativo per molto tempo la giurisprudenza amministrativa si è interrogata «sull'esistenza di un termine per la proposizione dell'opposizione di terzo ordinaria (o meglio: semplice) ed è pervenuta alla conclusione che in un processo come quello amministrativo, governato da brevi termini decadenziali in ragione degli interessi pubblici coinvolti, non potesse automaticamente recepirsi la disciplina del rito civile, la quale come si è detto ammette la proposizione del mezzo sostanzialmente senza termini decadenziali».

Di qui la consolidata conclusione secondo cui nel processo amministrativo l'opposizione semplice va proposta nel termine di sessanta giorni dalla data in cui l'opponente ha avuto legale o, comunque, piena conoscenza della sentenza lesiva del suo interesse.

Il codice del processo amministrativo, si sottolinea nella sentenza, nel disciplinare tale mezzo di impugnazione, ha previsto con l'art. 92, comma 2 un termine di notifica valido solo per l'opposizione revocatoria di cui all'art. 108, comma 2, e non ha invece disposto nulla in relazione al termine di proposizione dell'opposizione semplice di cui all'art. 108, comma 1.

Ne consegue, secondo il Collegio, che «in sostanza il codice del processo amministrativo ha recepito l'impostazione del rito civile»; di tale «opzione – che deve considerarsi intenzionale nella misura in cui si confronta col pregresso diverso orientamento della giurisprudenza – non può che prendersi atto».

11.10. Natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato: Cons. Stato, Sez. I, Parere, 31 Luglio 2014, n. 1033; Cons. Stato, sez. III, 13 Marzo 2014, n. 1346; Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2014, n. 55.

La questione oggetto del parere in epigrafe attiene alla natura giuridica del procedimento avviato con ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Il predetto ricorso, espressione della funzione giustiziale esercitata dalla P.A. quale rimedio di secondo grado avverso atti amministrativi definitivi viziati per illegittimità, è disciplinato dagli articoli 8 e ss. del D.P.R. n. 1199 del 1971.

Per molto tempo, alla luce del dato legislativo, «il ricorso straordinario era ritenuto un ricorso di natura amministrativa alternativo al ricorso al giudice amministrativo (sul presupposto che tale procedura fosse stata accettata da ciascuna delle parti), concorrente con l'azione davanti al giudice ordinario, con formalità semplificate, che doveva dar luogo ad un giudizio di breve durata e che forniva quindi uno strumento semplificato di tutela avverso le illegittimità degli atti dell'Amministrazione».

Tale pacifico orientamento giurisprudenziale è stato sottoposto a ripensamento alla luce di recenti e rilevanti modifiche introdotte dal legislatore.

In tal senso si fa riferimento agli interventi attuati con l'art. 69 della L. n. 69 del 2009, che, con il primo comma, ha attribuito al Consiglio di Stato in sede di procedimento per ricorso straordinario la potestà di sollevare questione di costituzionalità e, al secondo comma, ha eliminato il potere governativo di non uniformarsi al parere del Consiglio di Stato in sede di procedimento per ricorso straordinario, per cui il parere del Consiglio di Stato è divenuto vincolante per il Ministro istruttore e proponente, nonché la norma di cui all'art. 7, comma 8, c.p.a., che limita il ricorso straordinario alle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa».

Nonostante tali previsioni legislative, la Sezione ritiene che l'istituto mantenga la tradizionale natura di rimedio amministrativo.

Più in dettaglio, per quanto concerne i caratteri del procedimento e del decreto del Capo dello Stato, si afferma che la tipicità degli atti giurisdizionali esclude che una sentenza possa essere adottata nella forma del decreto del Presidente della Repubblica, in quanto tale tipicità non ammette la distinzione fra giurisdizione sostanziale e formale; la conoscenza degli atti del procedimento che attiene al contraddittorio si realizza attraverso la domanda di accesso agli interessati, secondo la regola dei procedimenti amministrativi; l'istruttoria viene svolta dal Ministro competente per materia, che può essere parte; il decreto del

Presidente della Repubblica decisorio del ricorso straordinario può essere impugnato ai sensi dell'art. 10, terzo comma, d.P.r. 24 novembre 1971, n. 1199 innanzi al giudice amministrativo, per vizi di forma e procedura, da tutte le parti evocate; nella stessa fase del procedimento che si conclude con il parere del Consiglio di Stato manca la possibilità dell'udienza pubblica.

In aggiunta a tali considerazioni, il Collegio valorizza in materia la giurisprudenza della Corte Edu.

La Corte di Strasburgo, infatti, ha statuito che il ricorso straordinario è un ricorso amministrativo non giurisdizionale avverso un provvedimento finale, alternativo al ricorso giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo, che consente soltanto un controllo di legittimità.

In conclusione il Collegio testualmente afferma «che, anche sulla base di un'interpretazione sistematica, considerati i valori che l'ordinamento esprime, questo strumento di tutela, che si aggiunge alla tutela giurisdizionale, e costituisce anche mezzo di deflazione del contenzioso amministrativo, che i Costituenti vollero mantenere con la previsione del primo comma dell'art. 100, Cost, abbia mantenuto la sua originaria natura e peculiarità di rimedio amministrativo, al quale le recenti innovazioni legislative hanno attribuito una maggiore forza».

Ne deriva come la rinnovata qualificazione dell'istituto, cioè la sua dichiarata giurisdizionalizzazione, non rappresenterebbe un accrescimento della tutela complessiva ed attenuerebbe invece il sistema delle tutele previste dall'ordinamento.

La sentenza n. 1346, richiamando anche i principi giuridici espressi nella sentenza n. 9 del 2013 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, conferma il carattere sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario, pur sottolineandone le seguenti peculiarità.

In primo luogo, si afferma che «Il procedimento, pur culminando nel parere del Consiglio di Stato (già semi-vincolante in base alla normativa originaria e reso totalmente vincolante dall'art. 69, legge n. 69/2009) si articola anche in una fase antecedente (l'istruttoria svolta dal Ministero competente per materia, con il conclusivo inoltro di una relazione che di solito si risolve in una motivata proposta di decisione) ed in una fase successiva (l'emanazione del

decreto presidenziale decisorio) alle quali entrambe è impossibile riconoscere natura giurisdizionale».

In secondo luogo, «in quella stessa fase del procedimento cui si vuole riconoscere natura giurisdizionale – e cioè la fase del parere del Consiglio di Stato – mancano alcune delle modalità che ordinariamente si considerano necessarie in sede giurisdizionale, come un vero e proprio confronto dialettico fra le parti, la loro comparizione davanti al giudice e la discussione in (pubblica) udienza».

In terzo luogo, ulteriore peculiarità «(logicamente connessa alle precedenti, in quanto ne rappresenta la contropartita che le rende accettabili nel sistema) è che il procedimento del ricorso straordinario si pone come “opzionalmente alternativo” al procedimento giurisdizionale propriamente detto». Si tratta della ben nota regola dell’alternatività, «con l’ulteriore precisazione che ciascuna delle parti della controversia (ricorrente, autorità emanante, controinteressato) ha il diritto di optare per il procedimento giurisdizionale propriamente detto».

Alla luce di quanto sostenuto ne deriva che, in sostanza, «il ricorso straordinario può giungere alla decisione, e la decisione acquista la sua efficacia imperativa nei confronti delle parti, solo se ed in quanto *tutte* le parti necessarie della controversia abbiano volontariamente scelto (se si tratta del ricorrente) o accettato (se si tratta delle controparti) che la controversia sia decisa in quella sede e con quelle forme». Ne consegue che «basta che *una sola* delle parti opti ritualmente per la sede giurisdizionale propriamente detta, perché le altre restino vincolate a questa scelta».

Con riferimento alla questione relativa alla possibilità di impugnazione avverso il decreto decisorio, il Collegio, pur riconoscendo natura sostanzialmente giurisdizionale e non più esclusivamente amministrativa alla relativa procedura, non ritiene che ciò possa determinare una menomazione al diritto di difesa costituzionalmente previsto *ex art. 24 Cost.*

Si considera infatti pienamente applicabile l’art. 10, terzo comma, d.P.R. n. 1199 del 1971, secondo cui la parte che non abbia esercitato l’opzione per la sede giurisdizionale propriamente detta può impugnare la decisione solo per vizi di forma e procedura suoi propri.

Più in dettaglio, il Consiglio di Stato ha affermato che «la recente evoluzione del ricorso straordinario non ha eliminato la disciplina previgente né le peculiarità dell'istituto, se non nella misura in cui singole disposizioni siano state abrogate o modificate» e tra le disposizioni abrogate non vi è l'art. 10, con tutto ciò che esso implica anche sotto il profilo della impugnabilità del decreto decisorio.

Non si può neppure rilevare che le vecchie regole (esplicite ed implicite) concernenti l'impugnabilità debbano intendersi abrogate per incompatibilità con le nuove disposizioni, in quanto «si è visto invece come esse siano coerenti con la disciplina generale dell'istituto» e «in particolare sono coerenti con quel carattere di "opzionalità" che permane inalterato».

In conclusione, secondo il Collegio, va preso atto che le recenti innovazioni normative sono state introdotte al fine di potenziare le garanzie e le possibilità di difesa, a beneficio della parti. Ne consegue che «L'esclusione di ogni possibilità di impugnazione (fino al punto di scarificare il controinteressato che, come nella specie, eccepisca di non aver ricevuto la notifica del ricorso) sarebbe un effetto perverso che appare del tutto estraneo alle intenzioni del legislatore».

Nella sentenza n. 55 il Consiglio di Stato ha affermato che non possa essere portato ad esecuzione innanzi al giudice dell'ottemperanza il d.p.r. emanato, all'esito di un ricorso straordinario, anteriormente alle modifiche normative che hanno mutato la natura giuridica di quest'ultimo, da procedimento amministrativo a procedimento giurisdizionale.

11.11. Comunicazioni processuali tramite PEC.: Cons. Stato, Ad. Plenaria, 10 dicembre 2014 n. 33.

Nella sentenza sopra indicata si è affermato che «le comunicazioni di segreteria tramite posta elettronica certificata sono valide anche se riferite a ricorso notificati prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, purché, comunque, successive ad essa, e anche se indirizzate ad un difensore che non aveva indicato il proprio indirizzo di posta elettronica certificata nel ricorso o nel primo atto difensivo.

La validità e l'efficacia della comunicazione tramite posta elettronica certificata possono essere contestate solo adducendo un difetto di funzionamento

del sistema informatico o una causa di forza maggiore non imputabile al destinatario.

Nel caso in cui vi sia stata una comunicazione tramite posta elettronica certificata, non può essere rilevata la sussistenza di un errore scusabile ai sensi dell'art. 37 del c.p.a., qualora si deduca unicamente l'incertezza sotto il profilo giuridico della validità dell'utilizzo dello strumento di comunicazione della PEC.

11.12. Processo elettorale regionale: Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2014, n. 755; Cons. Stato sez. V 13 maggio 2014 n. 2445.

Con la sentenza n. 755 il Consiglio di Stato ha valutato la legittimità degli atti riguardanti la competizione elettorale svoltasi in Piemonte nel 2010.

Nella sentenza si è affrontata, tra l'altro, la questione relativa alla rilevanza che ha il giudicato penale di condanna, da cui emerge che i presentatori di una lista (poi ammessa alla competizione elettorale) hanno presentato una documentazione caratterizzata dalla falsità di alcune sottoscrizioni, necessarie, per il computo complessivo, per disporre l'ammissione.

La sentenza appellata aveva ritenuto che nell'attuale quadro normativo anche da un tale giudicato penale di condanna il giudice amministrativo deve trarre gli elementi di fatto da porre a base delle proprie determinazioni.

Il Consiglio di Stato condivide la conclusione cui è giunto il TAR di attribuire rilevanza nel giudizio alle sentenze del giudice penale, su cui si è formato il giudicato di condanna.

Sul punto, si afferma che «Il processo penale sui delitti contro la fede pubblica si caratterizza per il possibile esercizio di due distinte ed autonome azioni, suscettibili di epiloghi differenziati: l'azione penale principale, volta all'accertamento della colpevolezza o meno dell'imputato rispetto alle ipotesi di reato ed eventualmente alla pronuncia di condanna; l'azione 'accessoria e complementare' di cui all'art. 537 c.p.p., preordinata alla tutela della fede pubblica e destinata a concludersi con la declaratoria di falsità del documento, allorché, indipendentemente dall'esito dell'altra azione, la falsità stessa sia accertata dal giudice». Proprio la diversità tra le 'due azioni suscettibili di epiloghi differenziati' induce, si afferma, «a ritenere infondata la tesi per cui la

declaratoria sul falso, ai sensi dell'art. 537 c.p.p., abbia rilievo nei soli limiti di efficacia previsti dall'art. 654 c.p.p.»

Il TAR aveva rilevato che, sul piano processuale, la dichiarazione di falsità – contenuta nella sentenza penale – è una statuizione accessoria, ma distinta, per contenuto e presupposti, dall'indagine riguardante la responsabilità dell'imputato.

Il Consiglio di Stato ha condiviso queste conclusioni «secondo cui la rilevanza dell'atto pubblico non può essere 'scindibile', e cioè rilevante verso alcuni consociati e non rispetto ad altri: così come i consociati confidano sulla natura fidefaciente dell'atto pubblico una volta posto in essere, così tutti i consociati non ne possono più beneficiare, quando all'esito del processo penale l'atto sia risultato falso, non essendo rimessi i suoi effetti alla disponibilità dei singoli».

Riconferma inoltre il Collegio che la commissione di un reato di per sé non determina la nullità del conseguente provvedimento autoritativo.

Altra questione affrontata in sentenza è quella relativa all'ambito di applicazione della regola dell'estensione alla lista regionale collegata del voto dato alla lista provinciale, in particolare se tale regola si applichi solo nel caso di voto dato a lista provinciale legittimamente ammessa o anche quando *ex post* (all'esito di una controversia elettorale) risulti che la medesima lista provinciale sia stata illegittimamente ammessa.

Ritiene il Consiglio di Stato che, in presenza del dato testuale dell'art. 2 della legge n. 43 del 1995, la regola dell'estensione sia applicabile solo quando sia stato espresso un voto valido in favore di una lista provinciale, non potendo il g.a. forzarne la portata e ritenere che gli elettori avrebbero votato ugualmente proprio il candidato Presidente, sostenuto dalla lista illegittimamente ammessa cui abbiano inteso dare il loro voto.

Infine, si afferma la regola secondo cui l'avvenuta partecipazione alla competizione elettorale di una lista che non doveva esservi ammessa - qualora essa abbia ottenuto un numero di voti tanto consistente da avere avuto una decisiva incidenza sull'esito finale – comporta l'integrale annullamento del verbale di proclamazione degli eletti, con la conseguente rinnovazione delle relative operazioni; si afferma anche che la domanda di fissazione della specifica

data della rinnovazione della competizione elettorale è di per sé inammissibile perché si chiede l'emanazione di statuizioni che esulano dai poteri del giudice amministrativo e, in particolare, dall'oggetto del giudizio elettorale.

Infatti, nel rispetto delle norme del codice del processo amministrativo, il giudice amministrativo può annullare i provvedimenti impugnati e – in materia elettorale - anche correggere i risultati del verbale di proclamazione degli eletti, ma non può *“pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”* (art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo), tanto meno quando gli si chieda di determinare le date per le quali va convocato un comizio elettorale, dal momento che si tratta di determinazioni rimesse alla competenza dell'Autorità individuata dalla legge.

Nella sentenza n. 2445 il Consiglio di Stato, statuendo sulla mancata proclamazione alla carica di consigliere nell'ambito dell'elezione del presidente della Regione Lazio, affronta la tematica dei principi che il legislatore regionale deve rispettare nel disciplinare il proprio sistema di elezione, principi questi rilette soprattutto alla luce della sentenza della Corte Costituzionale 13 gennaio 2014 n. 1 che ha dichiarato incostituzionale la legge elettorale nazionale.

In particolare, la sezione V, ha ritenuto che «è stato rilevato che la determinazione delle formule e dei sistemi elettorali costituisce un ambito nel quale si esprime con un massimo di evidenza la politicità delle scelte legislative; il principio costituzionale di uguaglianza del voto esige che l'esercizio dell'elettorato attivo avvenga in condizioni di parità ma senza estendersi al risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettore che dipende esclusivamente dal sistema prescelto dal legislatore in relazione al contesto storico; il limite che incontra il legislatore è quello della manifesta irragionevolezza che si traduce nella verifica, attraverso un test di proporzionalità, che gli obiettivi avuti di mira dalla legge non comprimano in modo eccessivo tutti gli interessi coinvolti, culminando nella alterazione del circuito democratico».