**Corso di Diritto Amministrativo II**

**a. a. 2021/2022**

**Raccolta di giurisprudenza\***

**Indice**

[**1.** **Il riparto di giurisdizione** 2](#_Toc95761061)

1.1. T.A.R. Campania, sez. VII, sent. 24 settembre 2020, n. 4002………………………………...….2

[1.2. Corte di Cassazione, sez. un., ord. 1 aprile 2020, n. 7643 4](#_Toc95761062)

[1. 3 T.A.R. Puglia, Lecce, sent. 24 gennaio 2017, n. 104 6](#_Toc95761063)

[1.4 T.A.R. Abruzzo, sez. I, sent. 27 luglio 2021, n. 396 9](#_Toc95761064)

[1. 5. T.A.R. Piemonte, sent. 21 dicembre 2016, n. 1579 12](#_Toc95761065)

[**2. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo** 14](#_Toc95761066)

[2.1. Corte costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204 15](#_Toc95761067)

[**3. Le condizioni dell’azione** 24](#_Toc95761068)

[3. 1. Cons. Stato, Ad. plen., sent. 20 febbraio 2020, n. 6 24](#_Toc95761069)

[3.2 Consiglio di Stato, Ad. Plen., sent. 9 dicemnbre 2021, n. 22 33](#_Toc95761070)

[3. 3. Consiglio di Stato, sez. IV, 13 febbraio 2020 n. 1159 42](#_Toc95761071)

[3.4. Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2020 n. 1867 46](#_Toc95761072)

[3.5. T.A.R. Puglia sez. III - Bari, 8 gennaio 2020, n. 17 48](#_Toc95761073)

[3.6. T.A.R. Calabria, sez. I, 18 dicembre 2020, n. 2077 50](#_Toc95761074)

[**4. L’azione di annullamento** 57](#_Toc95761075)

[4. 1. Consiglio Di Stato, Ad. pl., 13 Aprile 2015, n. 4 57](#_Toc95761076)

[4.2. Consiglio di Stato, Ad. pl., 27 aprile 2015, n. 5 67](#_Toc95761077)

[4.3. Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 10 maggio 2011, n. 2755 83](#_Toc95761078)

[**5. L’azione di condanna al risarcimento del danno** 89](#_Toc95761079)

[5.1. Corte di Cassazione, S. U., sent. 22 luglio 1999, n. 500 89](#_Toc95761080)

[5.2 Consiglio di Stato, Ad. pl., sent. 23 marzo 2011, n. 3 110](#_Toc95761081)

[5.3. Corte costituzionale, sent. 4 maggio 2017, n. 94 119](#_Toc95761082)

[**6. L’azione avverso il silenzio e l’azione di adempimento** 126](#_Toc95761083)

[6.1. T.A.R. Campania, sez. VII, sent. 25 novembre 2019, n. 5549 126](#_Toc95761084)

[6. 2. T.A.R. Lazio-Roma, sez. II, sent. 11 dicembre 2017, n. 12204 129](#_Toc95761085)

[6. 3. T.A.R. Toscana, sez. III, sent. 28 febbraio 2017, n. 392. 133](#_Toc95761086)

[**7. La declaratoria di nullità** 135](#_Toc95761087)

[7. 1 Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 28 dicembre 2017, n. 6120 135](#_Toc95761088)

[7.2 Consiglio di Stato, sez. III, sent. 30 aprile 2019, n. 2802 146](#_Toc95761089)

[**8. La tutela cautelare** 149](#_Toc95761090)

[8.1. T.A.R. Lazio-Roma, sez. III, sent. 3 novembre 2020, n. 11316 149](#_Toc95761091)

[8.2 T.A.R Lazio-Roma, ord. 26 marzo 2021, n. 1945 152](#_Toc95761092)

[8.3. T.A.R. Lazio, Roma, decreto 24 agosto 2021, n. 4450 153](#_Toc95761093)

[8.4 Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, decr. 25 gennaio 2021, n. 61 156](#_Toc95761094)

[**9. L’appello** 158](#_Toc95761095)

[9.1. Consiglio di Stato, sez. III, sent. 24 maggio 2021, n. 3990. 158](#_Toc95761096)

[9. 2. Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 29 gennaio 2020, n. 714 161](#_Toc95761097)

[9. 3. Consiglio di Stato, Ad. plen., sent. 30 luglio 2018, n. 10 164](#_Toc95761098)

[**10. Il giudizio di ottemperanza** 178](#_Toc95761099)

[10.1. Consiglio di Stato, Ad. Pl., Sent. 25 maggio 2021, n. 8 178](#_Toc95761100)

[10. 2. T.A.R. Campania, sent. 15 aprile 2020, n. 1377 191](#_Toc95761101)

**\*Gli studenti dovranno portare agli esami un caso a scelta per ogni argomento (10 casi in totale).**

# 1. Il riparto di giurisdizione

**1.1. T.A.R. Campania, sez. VII, sent. 24 settembre 2020, n. 4002**

FATTO

1. Parte ricorrente, premesso di trovarsi in disagiate condizioni economico-familiari, avendo occupato ad uso abitativo uno dei 7 magazzini ceduti dal Commissario straordinario di governo al Comune di Quarto, siti nel “rione 219”, in via Alcide De Gasperi, ha impugnato l’ordinanza di sgombero in epigrafe, notificatale il 7 ottobre 2019.

1.1. Avverso provvedimento ha articolato i seguenti motivi: violazione dell’[art. 823 c.c.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=827490&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), atteso che il bene oggetto dell’ordinanza di sgombero, e compreso nel patrimonio disponibile comunale, non è abusivamente occupato; carenza di potere; eccesso di potere per carenza di motivazione e difetto di istruttoria; mancanza dell’avviso di avvio del procedimento; violazione del principio di affidamento.

1.3. L’amministrazione comunale si è costituita in giudizio, eccependo il difetto di giurisdizione e concludendo per la legittimità dell’atto gravato.

1.4. All’udienza camerale del 21.04.2020, svoltasi da remoto ai sensi dell’[art. 84, comma 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=8429476&idUnitaDoc=48432050&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), la domanda di sospensiva veniva rigettata, con ordinanza collegiale n. 647/2020 del 23.04.2020, apparendo insussistenti i presupposti atti a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo.

All’udienza pubblica del 16 settembre 2020 la causa è trattenuta in decisione.

DIRITTO

2. Il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

2.1. Risulta incontestato che l’immobile in oggetto appartiene al patrimonio disponibile del Comune di Quarto. Non vi è dubbio che l’amministrazione comunale abbia inteso esercitare un potere autoritativo - e non inviare una semplice diffida iure privatorum - posto che viene “ordinato” lo sgombero del locale occupato con avvertimento che in mancanza si provvederà allo sgombero coattivo (qualificando l’atto come provvedimento amministrativo e richiamando la [L. 241/1990](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159422&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

2.2. Come eccepito dal Comune in memoria depositata, sussiste, ciò nonostante, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla presente controversia. Ed invero, come già ritenuto da questa Sezione, “- l’[*art. 823 c.c.*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=827490&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) ammette il ricorso dell’Amministrazione all’esercizio dei poteri amministrativi, ma solo al fine di tutelare i beni del demanio pubblico e del patrimonio indisponibile. Di conseguenza, l’eventuale ordinanza emessa in carenza assoluta di potere, trattandosi di bene che appartiene al patrimonio disponibile dell’ente, va qualificata come atto nullo secondo i principi sanciti dall’[*art. 21 septies l. n. 241 del 1990*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159463&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza);

- l’atto nullo non produce alcun effetto degradatorio delle posizioni soggettive di cui si assume la lesione, e se dalla esecuzione del provvedimento sono derivati effetti pregiudizievoli, gli stessi vanno considerati come violazioni di diritti soggettivi la cui tutela appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario (v. [*Cons. Stato n. 1331/2010*](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=463328&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); T.a.r. Sicilia- Palermo n. 169/2016);

- la controversia relativa ad un ordine di sgombero di un locale di proprietà comunale facente parte del patrimonio disponibile dell’ente territoriale, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di un rapporto di matrice negoziale, da cui derivano in capo ai contraenti posizioni giuridiche paritetiche qualificabili in termini di diritto soggettivo, nel cui ambito l’Amministrazione agisce “iure privatorum” - al di fuori cioè dell’esplicazione di qualsivoglia potestà pubblicistica - non soltanto nella fase genetica e funzionale del rapporto, ma anche nella fase patologica, il che, più specificamente, si traduce nell’assenza di poteri autoritativi sia sul versante della chiusura del rapporto stesso, sia su quello connesso del rilascio del bene (cfr. ex multis T.A.R. Campania Napoli, sez. VII, n. 931/2015” (Tar Campania, Napoli, Sez. VII, n. 1531/2017).

3. In virtù delle esposte considerazioni, va dunque dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che sulla presente controversia sussiste la giurisdizione del giudice ordinario; ai sensi dell’[art. 11 comma 2 c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595280&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)., ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda se il processo è riproposto innanzi al giudice ordinario, entro il termine perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato.

3.1. Sussistono giusti motivi, atteso che la stessa Amministrazione ha qualificato l’atto come provvedimento, per compensare interamente tra le parti le spese del giudizio;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che sulla presente controversia sussiste la giurisdizione del giudice ordinario; ai sensi dell[‘art. 11 comma 2 c.p.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595280&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)a., ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda se il processo è riproposto innanzi al giudice ordinario, entro il termine perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato. Compensa integralmente le spese tra le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 16 settembre 2020 con l’intervento dei magistrati:

Michelangelo Maria Liguori, Presidente

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Consigliere

Michele Buonauro, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 24 SET. 2020.

## 1.2. Corte di Cassazione, sez. un., ord. 1 aprile 2020, n. 7643

RAGIONI DELLA DECISIONE

I. Il primo motivo di ricorso del Comune di Corato denuncia la violazione degli [artt. 103,](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843345&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)[113](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843366&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) e [24 Cost.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843191&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), sotto il profilo dei criteri di riparto della giurisdizione, esponendo che, allorchè si deduca, come nel caso in esame, la carenza in capo alla P.A. del diritto di prelazione, ovvero l’esercizio del diritto di prelazione artistica oltre il termine stabilito dalla legge, si è in presenza di una ipotesi di carenza di potere ablatorio, in relazione alla quale il privato vanta una posizione di diritto soggettivo rimessa alla giurisdizione ordinaria.

Omissis.

I.1. Il primo motivo di ricorso si rivela infondato.

Un ormai risalente orientamento di questa Corte affermava che, in tema di prelazione a favore dello Stato nelle alienazioni a titolo oneroso di cose di interesse artistico o storico, ai sensi della [L. n. 1089 del 1939](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2044883&idUnitaDoc=6201920&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) (poi [D.Lgs. n. 490 del 1999](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1803843&idUnitaDoc=5576071&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), e da ultimo [D.Lgs. n. 42 del 2004](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804131&idUnitaDoc=5582843&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)), ove fosse dedotta l’intempestività dell’esercizio del potere discrezionale di acquisto da parte della P.A. rispetto al termine stabilito dalla legge, la relativa controversia doveva spettare alla giurisdizione del giudice ordinario, prospettandosi l’esigenza di dare tutela alla proprietà del privato rispetto alla pretesa acquisitiva dell’amministrazione, giacchè, superato detto termine, sarebbe venuto meno proprio il potere pubblico di comprimere il diritto reale soggettivo dell’interessato. Configurandosi il diritto di prelazione, originariamente previsto dalla [L. 1 giugno 1939, n. 1089](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2044883&idUnitaDoc=6201920&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), art. 31, come espressione di un potere statale di supremazia per il conseguimento dell’interesse pubblico alla conservazione ed al generale godimento di determinati beni, la controversia avente ad oggetto la verifica del tempestivo compimento dell’atto di esercizio di tale potere veniva intesa come attinente non già alla legittimità del provvedimento amministrativo, quanto alla sussistenza (ovvero, alla sopravvenuta carenza) del potere stesso di acquisizione della Pubblica Amministrazione, il che giustificava l’affermazione della giurisdizione del giudice ordinario ([Cass. Sez. U, 17/04/2003, n. 6221](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1450148&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cass. Sez. U, 15/04/2003, n. 5993](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1449439&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cass. Sez. U, 11/03/1996, n. 1950](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1198336&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cass. Sez. U, 06/05/1994, n. 4386](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1136947&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cass. Sez. U, 01/07/1992, n. 8079](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1071646&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

Di seguito, [Cass. Sez. U, 03/05/2010, n. 10619](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=450513&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), aveva, peraltro, evidenziato come le norme in tema di beni di rilievo storico e artistico succedutesi nel tempo ([L. n. 1089 del 1939](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2044883&idUnitaDoc=6201920&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), [D.Lgs. n. 490 del 1999](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1803843&idUnitaDoc=5576071&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), ed ora [D.Lgs. n. 42 del 2004](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804131&idUnitaDoc=5582843&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)) abbiano sempre demandato alla P.A. il compito di valutare se, tenuto conto delle caratteristiche dei beni stessi, del prezzo per essi pattuito e delle risorse finanziarie a disposizione, sia o meno utile per la generalità dei consociati acquisirne la proprietà con prelazione rispetto al terzo acquirente. La P.A. interviene, quindi, come portatrice d’interessi collettivi, per la cui tutela può decidere di acquisire i beni all’esito di una valutazione altamente discrezionale, a fronte della quale le parti private si trovano in posizione di soggezione, nell’ambito di una vicenda procedimentale di stampo pubblicistico che culmina in un provvedimento di tipo autoritativo, della cui legittimità non può che conoscere il giudice amministrativo.

Più di recente, poi, questa Corte ([Cass. Sez. U., 05/03/2018, n. 5097](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7368435&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)), con riguardo alla compravendita di un bene sottoposto a vincolo archeologico ed alla prospettata inefficacia del medesimo vincolo per inosservanza delle norme in tema di trascrizione e notificazione del relativo atto impositivo, ha escluso che l’esercizio della prelazione da parte della P.A. possa integrare una fattispecie di carenza di potere in astratto, e perciò un’ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo per difetto assoluto di attribuzione, “l’unica che consente di configurare, nel sindacato giurisdizionale relativo all’esercizio di funzioni restrittive, la giurisdizione del giudice civile”. Come chiarito da [Cass. Sez. U., 05/03/2018, n. 5097](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7368435&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), con interpretazione che va riaffermata, “sussiste, infatti, la giurisdizione del giudice ordinario quando, nelle funzioni restrittive, il provvedimento nullo per difetto di attribuzione pretende di incidere su un diritto soggettivo a stampo conservativo. In questa ipotesi l’azione amministrativa che si riversa in un provvedimento nullo per difetto di attribuzione non è idonea a scalfire il diritto soggettivo”. Viceversa, ove si verta in ipotesi di carenza di potere in concreto, in quanto attinente non all’an, bensì al quomodo della potestà pubblica, la posizione fatta valere dall’acquirente che abbia subito l’esercizio del diritto di prelazione (di cui si duole, perchè avvenuto senza i presupposti di legge) è di interesse legittimo oppositivo, e non di diritto soggettivo, ed in quanto tale devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Questa più recente interpretazione, come si legge nella motivazione di [Cass. Sez. U., 05/03/2018, n. 5097](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7368435&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), trova fondamento normativo nella [L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 21-septies](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159463&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), comma 1, inserito dalla [L. 11 febbraio 2005, n. 15, art. 14,](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2128463&idUnitaDoc=6608210&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) comma 1, secondo il quale “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, nonchè negli altri casi espressamente previsti dalla legge”. La [L. n. 241 del 1990, art. 21-septies](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159463&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), individua, invero, quale causa di nullità del provvedimento il “difetto assoluto di attribuzione”, e cioè la carenza di potere in astratto, vizio che, negando l’astratta capacità dell’atto di produrre l’effetto degradatorio del diritto soggettivo, perciò implica la devoluzione della controversia al giudice ordinario. Ove, al contrario, la P.A. sia munita dell’astratta titolarità del potere esercitato, e sia dedotto il vizio del suo concreto esercizio, il provvedimento è annullabile, e quindi comunque in grado di degrardare la posizione soggettiva del privato, il che giustifica la sussistenza della giurisdizione amministrativa.

E’ dunque corretta l’affermazione della giurisdizione amministrativa cui è pervenuto il Consiglio di Stato nell’impugnata sentenza, atteso che il Comune di Corato ha esercitato il potere di prelazione di cui è titolare per legge, ed essendo oggetto di lite, piuttosto, la contestazione della tardività, e, dunque, della legittimità [D.Lgs. n. 42 del 2004, ex art. 61,](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804131&idUnitaDoc=5582923&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) del suo (ri)esercizio, a seguito dell’annullamento giudiziale di un primo atto di prelazione.

1.2. Omissis

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente a rimborsare al controricorrente le spese sostenute nel giudizio di cassazione, che liquida in complessivi Euro 7.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali e ad accessori di legge.

## 1. 3 T.A.R. Puglia, Lecce, sent. 24 gennaio 2017, n. 104

FATTO e DIRITTO

1. È impugnata la nota in epigrafe, con cui l’Amministrazione ha intimato alla ricorrente la restituzione della somma di € 454.531,36, percepita da quest’ultima a titolo di contributo di ristoro per il ritiro dei seminativi dalla produzione.

A sostegno del ricorso, la ricorrente ha articolato i seguenti motivi di gravame, appresso sintetizzati: violazione degli artt. 97 Cost; 2 Reg. CE n. 1848/06; 73 Reg. CE n. 796/04; 80 Reg. CE n. 1122/09; eccesso di potere per errore, difetto di istruttoria e di motivazione, perplessità, ingiustizia manifesta.

All’udienza dell’11.1.2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2. La presente controversia è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di controversie riguardanti la concessione e la revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche deve essere attuato sulla base del c.d. petitum sostanziale, ossia della natura della situazione giuridica dedotta in giudizio, conosciuta dal giudice alla luce dei fatti affermati e del rapporto di cui essi costituiscono espressione.

Da tale affermazione sono state tratte le seguenti conseguenze:

- sussiste la giurisdizione del giudice ordinario quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge, mentre alla Pubblica Amministrazione è demandato soltanto il compito di verificare l’effettiva esistenza dei relativi presupposti senza procedere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l’an, il quid, il quomodo dell’erogazione (cfr. Cass. Sez. Un. 7 gennaio 2013, n. 150);

- 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, 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 (cfr. Cass. Sez. Un., ord. 25 gennaio 2013, n. 1776);

- viceversa, è configurabile una situazione soggettiva d’interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, solo ove la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento discrezionale attributivo del beneficio, oppure quando, a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, ma non per inadempienze del beneficiario (Cass. Sez. Un. 24 gennaio 2013, n. 1710).

Tale indirizzo è stato di recente nuovamente ribadito dal giudice delle nomofilachia, il quale ha bensì chiarito che anche nella fase c.d. esecutiva del rapporto di concessione del contributo sono predicabili situazioni di interesse e non di diritto, e ciò si verifica nei casi di “regressione” della posizione giuridica del soggetto privato, allorché la mancata erogazione (o il ritiro/revoca di essa) consegua all’esercizio di poteri di carattere autoritativo, espressione di autotutela della pubblica amministrazione, sia per vizi di legittimità, sia per contrasto, originario o sopravvenuto, con l’interesse pubblico. In tali casi, ripropositivi di un aspetto di ponderazione degli interessi pubblici sottesi, la cognizione della controversia azionata dal privato trova sede naturale nella giurisdizione amministrativa.

Se ciò è vero, deve essere tuttavia il giudice ordinario l’organo competente a conoscere delle controversie instaurate per ottenere gli importi dovuti o per contrastare l’amministrazione che, servendosi degli istituti della revoca, della decadenza o della risoluzione, abbia ritirato il finanziamento o la sovvenzione sulla scorta di un preteso inadempimento, da parte del beneficiario, agli obblighi impostigli dalla legge o dagli atti concessivi del contributo (Cass. civ, SS.UU, 11.7.2014, n. 15941).

Tale indirizzo interpretativo, al quale inizialmente il giudice amministrativo non aveva prestato unanime adesione, è stato successivamente convalidato dal Supremo consesso di giustizia amministrativa nelle AA.PP. n. 13/2013 e 6/2014.

Di recente, il Consiglio di Stato ha ribadito che il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di sovvenzioni pubbliche va attuato nel senso che: “la controversia appartiene al giudice ordinario quando attenga alla fase di erogazione o di ripetizione del contributo sul presupposto di un asserito inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite in sede di erogazione o dall’acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, non rilevando che gli atti siano formalmente intitolati come revoca, decadenza o risoluzione atteso che in tal caso 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; appartiene, invece, al giudice amministrativo la controversia che riguardi una fase precedente al provvedimento attributivo del beneficio o quello adottato successivamente alla erogazione del beneficio per vizi che attengono al momento genetico, per la presenza di vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, ma non per inadempienze del beneficiario” (C.d.S, V, 28.10.2015, n. 4931).

3. Non c’è dubbio, pertanto, che nel momento in cui l’Amministrazione decida di revocare il finanziamento adducendo un asserito inadempimento del beneficiario alle condizioni cui il finanziamento era subordinato, vengono in rilievo pretese aventi consistenza di diritti soggettivi perfetti, con la conseguenza che la posizione della p.a. è in tutto assimilabile a quella di un qualsivoglia litigante privato, il quale si determini a por fine al rapporto negoziale in conseguenza dell’inadempimento della controparte alle obbligazioni discendenti dal sinallagma negoziale.

Tale impostazione è stata da ultimo condivisa da questo TAR con sentenza n. 370/16, le cui motivazioni questo Collegio condivide e fa proprie.

4. Tanto premesso, e venendo ora al caso di specie, si legge nell’atto impugnato che la ricorrente ha percepito contributi pari complessivamente ad € 454.531,36, a titolo di ristoro/indennizzo per il ritiro dei seminativi dalla produzione.

Successivamente, l’Amministrazione ha ritenuto la non spettanza dei contributi, sulla base delle irregolarità riscontrate, determinanti a suo dire uno sviamento tra il programma concordato e quello effettivamente realizzato. Per tali ragioni, l’Amministrazione ha altresì intimato alla ricorrente la restituzione delle somme inizialmente erogate.

5. Tanto premesso, emerge dal suddetto excursus storico-fattuale che la controversia in esame non involge in alcun modo l’esercizio di poteri autoritativi rilevanti ex art. 7 c.p.a, essendo invece collegata all’esercizio, da parte dell’Amministrazione, di poteri di autotutela di stampo privatistico (sul modello della previsione di cui all’art. 1456 c.c.), cui è estraneo ogni profilo di cura dell’interesse pubblico e/o di comparazione di quest’ultimo con quello privato (cfr, sul punto, Cass. Civ, SS.UU, ord. 25 gennaio 2013, n. 1776, cit; C.d.S, AP n. 6/14 cit).

Ne consegue che, venendo in rilievo una controversia involgente diritti soggettivi perfetti non devoluti - in assenza di specifica e puntuale previsione normativa - alla giurisdizione esclusiva del g.a, la relativa cognizione non può che essere devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

6. Alla luce di tali considerazioni, reputa conclusivamente il Collegio che, nella fattispecie in esame, vi è difetto di giurisdizione del giudice adito, per essere detta giurisdizione devoluta all’autorità giudiziaria ordinaria, nei confronti della quale il presente giudizio dovrà essere riassunto nel termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della presente sentenza.

7. Sussistono giusti motivi - rappresentati dalla novità delle questioni affrontate - per la compensazione delle spese di lite

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara il proprio difetto di giurisdizione, per essere la relativa controversia devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, innanzi al quale il presente giudizio dovrà essere riassunto nel termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della presente sentenza.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

## 1.4 T.A.R. Abruzzo, sez. I, sent. 27 luglio 2021, n. 396

FATTO e DIRITTO

1.§- Con il gravame in decisione il ricorrente insorge avverso il decreto del Questore della Provincia di L’Aquila n. -OMISSIS- con il quale è stata disposta la revoca del permesso di soggiorno per richiesta protezione internazionale, deducendo plurime doglianze di violazione e falsa applicazione di legge, nonché di eccesso di potere.

Per resistere al ricorso si è costituita l’Amministrazione intimata che eccepisce preliminarmente il difetto di giurisdizione del Tribunale amministrativo in favore del Giudice ordinario.

All’udienza del 14 luglio 2021, tenutasi in collegamento da remoto ai sensi dell’[art. 25, comma 1 del D.L. 28/10/2020, n. 137](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=8727290&idUnitaDoc=54505900&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), come da ultimo modificato dall’art. 6, comma 1, lett. e) del D.L. 01/04/2021, n. 44, la causa è stata trattenuta in decisione.

2.§- L’eccezione di difetto di giurisdizione è meritevole di positivo apprezzamento.

Come statuito a più riprese dalla giurisprudenza amministrativa (ex multisT.A.R. Puglia, Bari sentenza 2 luglio 2021 n. 1128; [T.A.R. Milano, Lombardia, sez. IV, 22/02/2021, n. 482](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=9076152&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. I, 06/05/2020, n. 284](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=8803815&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [T.A.R. Lazio Roma Sez. I ter, 10/09/2019, n. 10827](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=8246338&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [T.A.R. Catania, Sicilia, sez. IV, 16/09/2019, n. 2202](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=8287610&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); T.A.R. Abruzzo Pescara Sez. I, 18/07/2018, n. 241) ed in continuità con l’approccio ermeneutico della Corte di Cassazione ([Cassazione civile, SS. UU., ord. 27 novembre 2018, n. 30658](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7737335&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)), le controversie concernenti l’impugnazione dei provvedimenti diniego o di revoca del permesso di soggiorno per asilo politico o protezione internazionale, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto la posizione giuridica azionata dall’interessato ha la consistenza di diritto soggettivo perfetto.

Il diritto alla protezione umanitaria, al pari del diritto allo “status” di rifugiato e al diritto costituzionale di asilo, ha consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali, come tali dotati di un grado di tutela assoluta e non degradabili ad interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere rimesso solo l’accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione, nell’esercizio di una mera discrezionalità tecnica ( cfr: [Cassazione civile sez. un., 27/11/2018, n. 30658](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7737335&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

Sul punto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono infatti espresse nei seguenti termini: “[...] nella giurisprudenza di questa Corte, a partire da [*Cass. SU 19 maggio 2009 n. 11535*](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1722608&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), con orientamento consolidato, è stata affermata la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario sull’impugnazione del provvedimento del Questore di diniego del permesso di soggiorno per motivi umanitari all’esito del rigetto, da parte della Commissione territoriale competente, della domanda di riconoscimento dello “status” di rifugiato (o di protezione sussidiaria). Si è altresì specificato che al Questore - a differenza che nel regime giuridico vigente prima dell’entrata in vigore del D.L. n. 416 cit. art. 1 quater - non è più attribuita alcuna discrezionalità valutativa in ordine all’adozione dei provvedimenti riguardanti i permessi umanitari, coerentemente con la definitiva attribuzione alle istituite Commissioni territoriali di tutte le competenze valutative in ordine all’accertamento delle condizioni del diritto alla protezione internazionale, definitivamente affermata nel [*D. Lgs. n. 25 del 2008, art. 32,*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804412&idUnitaDoc=5590039&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) di attuazione della direttiva 2005/85/CE del 1° dicembre 2005” ([Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 11 dicembre 2018 n. 32044](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7716386&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

La giurisdizione ordinaria deve dunque essere affermata, ai sensi dell’[art. 103 della Costituzione](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843345&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), sulla base della natura della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio (causa petendi). La riconducibilità della controversia nella sfera giuridica di conoscibilità del G.O., in tal modo stabilita, non può essere revocata in dubbio, né subire modifiche, in relazione alla tipologia di censure avanzate dalla parte e alla specifica tutela richiesta al giudice (petitum). Invero, in ogni caso nel quale si contesti l’illegittimità della revoca di permesso umanitario, quel che si fa valere in giudizio è il diritto soggettivo del rifugiato a conseguire il titolo; dal che discende la giurisdizione del G.O. sulla controversia, senza che tale precipitato possa essere revocato in dubbio in ragione della prospettazione delle domande di volta in volta formulate dal ricorrente (ibidem[T.A.R. Milano, Lombardia, sez. IV, 22/02/2021, n. 482](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=9076152&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

Nessun effetto sulla giurisdizione potrà inoltre derivare (se non in termini di errore scusabile) dall’indicazione apposta dalla Questura in calce al provvedimento gravato, ove si individuava il G.A. quale Autorità presso la quale proporre eventuali impugnazioni. La giurisdizione costituisce invero un presupposto processuale il cui riparto è definito in sede costituzionale e legislativa, e nessuna incidenza sulla stessa possono avere gli avvisi contenuti in singoli provvedimenti amministrativi ([TAR Emilia-Romagna, Bologna, II, 7 maggio 2012, n. 295](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=3328722&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [TAR Lazio, Roma, III, 3 marzo 2008, n. 1953](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1701787&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

Il Collegio ritiene di dover confermare il predetto indirizzo per cui deve essere declinata la giurisdizione del giudice amministrativo nella presente fattispecie.

3.§- Per le ragioni che precedono, il ricorso va pertanto dichiarato inammissibile per carenza della giurisdizione del Giudice Amministrativo spettando la giurisdizione sulla domanda proposta all’Autorità Giudiziaria Ordinaria, davanti alla quale lo stesso potrà essere riassunto entro tre mesi dal passaggio in giudicato del presente provvedimento, ai sensi dell’[art. 11 del c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595280&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza).

La definizione del giudizio solo in rito e la particolarità della vicenda costituisce giustificato motivo per disporre la compensazione integrale delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

1. lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi e con gli effetti previsti dall[‘art. 11, comma 2, D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 10](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595280&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)4;

2. compensa tra le parti le spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

## 1. 5. T.A.R. Piemonte, sent. 21 dicembre 2016, n. 1579

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso portato alla notifica il 4 marzo 2011 e depositato il 23 marzo successivo, i signori -OMISSIS- e -OMISSIS-, agendo in proprio e nell’interesse del figlio minorenne -OMISSIS-, hanno impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe con cui l’ASL TO1 ha respinto la loro istanza di autorizzazione al trasferimento all’estero per cure mediche oculistiche presso l’Hopital Ophtalmique Jules Gonin di Losanna, occorrenti al figlio -OMISSIS-.

Hanno premesso i ricorrenti che nel giugno del 2010, a seguito di una visita specialistica presso l’Ospedale Koelliker di Torino, il proprio figlio -OMISSIS-, all’epoca di cinque anni, risultava affetto da una malattia rara denominata Morbo di Coats, una patologia caratterizzata da un anomalo sviluppo dei vasi sanguigni della retina, che può condurre al distacco di quest’ultima e alla perdita del visus, e che negli stadi precoci è trattabile con il laser e la crioterapia.

La diagnosi era confermata nel luglio successivo presso l’Ospedale Maria Vittoria di Torino, dove il minore era sottoposto a due interventi chirurgici, il 22 luglio e il 9 settembre 2010, a seguito dei quali, peraltro il visus dell’occhio sinistro (l’unico interessato dal morbo) subiva un peggioramento, da 2/10 a 1/10. Nell’ottobre del 2010, su richiesta del medico specialista dell’Ospedale Maria Vittoria di Torino, i ricorrenti si recavano a Siena presso il Policlinico S. Maria delle Scotte, dove il figlio era sottoposto ad una nuova visita, a seguito della quale la specialista escludeva la necessità di un nuovo intervento, raccomandando esclusivamente l’effettuazione di visite di controllo ravvicinate nel tempo.

Peraltro, a seguito di specifica indicazione dello specialista dr. Lu. Ba., primario di oculistica presso l’Ospedale Civile di Ivrea, i ricorrenti decidevano di rivolgersi all’Hopital Ophtalmique Jules Gonin di Losanna, centro altamente specialistico nel campo delle cure oftalmiche, richiedendo a tal fine all’Asl di riferimento, in data 22 ottobre 2010, l’autorizzazione al trasferimento all’estero per cure mediche.

Il 26 ottobre 2010 la Commissione Specialistica costituita presso il Centro Regionale di riferimento non concedeva l’autorizzazione sul rilievo che *“Trattasi di patologia non prevista dal DD.MM. 24/01/90, 30/08/91, il trattamento terapeutico richiesto è eseguibile presso le strutture italiane pubbliche o convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale”*, indicando altresì tre strutture pubbliche presso cui il bambino avrebbe potuto ricevere cure adeguate e tempestive:

- il Policlinico S. Maria delle Scotte di Siena;

- l’Ospedale Sacro Cuore Negar-Centro di Riabilitazione Visiva di Verona;

- e l’Ospedale Pediatrico Bambin Gesù di Roma.

Dal momento, però, che i ricorrenti si erano già rivolti al Policlinico S. Maria delle Scotte di Siena senza ricevere alcuna terapia per il bambino, ma solo la conferma della diagnosi, i ricorrenti decidevano di recarsi ugualmente all’Hopital Ophtalmique Jules Gonin di Losanna, dove il figlio era sottoposto ad un nuovo intervento in data 8 novembre 2010, conseguendo evidenti progressi, dal momento che il visus dell’occhio sinistro aumentava rapidamente fino a 5/10.

Di conseguenza, il 24 novembre 2010 essi formulavano all’ASL TO1 richiesta di riesame del provvedimento di diniego dell’autorizzazione al trasferimento all’estero, sulla quale, tuttavia, la Commissione Specialistica costituita presso il Centro Regionale di Riferimento si limitava a confermare in data 16 dicembre 2010 il precedente orientamento, di modo che l’istanza era conclusivamente rigettata con deliberazione n. 1266/C. 02/2010 del Direttore Generale dell’ASL TO1 del 31 dicembre 2010, comunicata ai ricorrenti con nota ricevuta il 7 gennaio successivo.

2. Impugnando quest’ultimo provvedimento, unitamente ai due pareri resi in date 26 ottobre e 16 dicembre 2010 dalla Commissione Specialistica presso il Centro Regionale di Riferimento, i ricorrenti hanno articolato tre censure, intimamente connesse, con le quali hanno dedotto la sussistenza, nel caso di specie, dei presupposti di cui agli artt. 2, 3, 4 e 5 del D.M. 3.11.1989 per la fruizione di prestazioni assistenziali in forma indiretta presso centri all’estero di altissima specializzazione, e in particolare la necessità di una prestazione non ottenibile tempestivamente e/o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico presso le strutture italiane, pubbliche o convenzionate con il Servizio sanitario nazionale; hanno lamentato il difetto di motivazione dei pareri resi dalla Commissione Specialistica presso il Centro regionale di Riferimento, senza neppure esaminare, soprattutto in sede di riesame, la copiosa documentazione medica (anche relativa alle cure presso l’Ospedale di Losanna) prodotta dagli interessati e senza svolgere alcuna valutazione specifica riferita al proprio figlio -OMISSIS-, ma limitandosi ad indicare tre strutture specialistiche italiane, una delle quali, peraltro, (quella di Siena) si era già limitata a confermare la diagnosi senza somministrare alcuna terapia.

3. L’ASL TO1 si è costituita in giudizio depositando documentazione e resistendo al gravame con memoria difensiva, eccependo preliminarmente il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, e, in subordine, nel merito, contestando la fondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

4. La difesa di parte ricorrente ha replicato con memorie conclusive.

5. All’udienza pubblica del 23 novembre 2016, la causa è stata trattenuta per la decisione.

6. È fondata l’eccezione di difetto di giurisdizione formulata dalla difesa dell’amministrazione.

6.1. In corso di causa si è infatti consolidato in giurisprudenza, a far data dalla fondamentale pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 20577 del 6 settembre 2013, l’orientamento che attribuisce al giudice ordinario tutte le controversie sulle autorizzazioni e sui rimborsi delle cure mediche da effettuare all’estero.

Le Sezioni Unite hanno affermato il principio secondo cui “La controversia relativa al diniego dell’autorizzazione ad effettuare cure specialistiche presso centri di altissima specializzazione all’estero appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, giacché la domanda è diretta a tutelare una posizione di diritto soggettivo - il diritto alla salute - non suscettibile di affievolimento per effetto della discrezionalità meramente tecnica attribuita in materia alla p.a., senza che rilevi che, in concreto, sia stato chiesto l’annullamento dell’atto amministrativo, il quale implica solo un limite interno alle attribuzioni del giudice ordinario, giustificato dal divieto di annullamento, revoca o modifica dell’atto amministrativo ai sensi dell’art. 4, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, e non osta alla possibilità per il giudice di interpretare la domanda come comprensiva della richiesta di declaratoria del diritto ad ottenere l’autorizzazione ad effettuare le cure all’estero”.

6.2. A tale orientamento si è uniformata sostanzialmente tutta la giurisprudenza amministrativa successiva: tra le ultime, Consiglio di Stato sez. III 10 febbraio 2016 n. 592; T.A.R. Catania sez. IV 15 febbraio 2016 n. 515; T.A.R. Lecce sez. II 21 gennaio 2016 n. 181; T.A.R. Campobasso sez. I 08 luglio 2014 n. 440 ; T.A.R. Brescia sez. I 06 maggio 2014 n. 466

7. Alla luce di tali considerazioni, va dunque affermata la giurisdizione del giudice ordinario, dinanzi al quale il giudizio potrà essere riproposto nel termine di legge.

8. Le spese di lite possono essere interamente compensate tra le parti, tenuto conto nel mutamento giurisprudenziale intervenuto in corso di causa e del fatto che lo stesso provvedimento impugnato riportava in calce la facoltà di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo.

PQM

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, nei sensi indicati in motivazione.

Compensa le spese di lite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

# 2. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

## 2.1. Corte costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204

*Considerato in diritto*

1.- Il Tribunale di Roma solleva questione di legittimità costituzionale, con r.o. n. 488 del 2002, dell’art. 33, comma 1 e comma 2, lettere *b*) ed *e*) e, con r.o. n. 226, n. 227 e n. 680 del 2003, dell’art. 34, comma 1, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituiti dall’art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205; in tutte le ordinanze di rimessione si assumono violati gli artt. 3, 24, 102, 103, 111 e 113 della Costituzione, mentre la prima ordinanza dubita, altresì, della violazione degli artt. 25 e 100 della Costituzione.

I giudizi - in ciascuno dei quali è adeguatamente motivata la rilevanza della questione - devono essere riuniti in quanto, sia pure in relazione a due norme diverse (artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, come modificati dall’art. 7 della legge n. 205 del 2000), in tutti viene sostanzialmente posta la (medesima) questione dei limiti che il legislatore ordinario deve rispettare nel disciplinare, ampliandola, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

2.- Le questioni sono fondate nei limiti di seguito precisati.

2.1.- I giudici rimettenti lamentano che la legge n. 205 del 2000, portando a compimento un disegno di politica legislativa volto, a partire dal 1990, ad estendere l’area della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, abbia sostituito al criterio di riparto della giurisdizione fissato in Costituzione, e costituito dalla dicotomia diritti soggettivi-interessi legittimi, il diverso criterio dei “blocchi di materie”: in tal modo sarebbe stato alterato non soltanto il rapporto tra giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo - rapporto che, pur non essendo stato realizzato il principio dell’unicità della giurisdizione, dovrebbe pur sempre essere di regola ad eccezione quanto alla cognizione su diritti soggettivi - ma anche il rapporto, all’interno della giurisdizione del giudice amministrativo, tra giurisdizione (generale) di legittimità e giurisdizione (speciale, se non eccezionale) esclusiva.

La violazione degli artt. 102 e 103 Cost. (e dell’art. 100 - aggiunge l’ordinanza n. 488 del 2002 - con la trasformazione del Consiglio di Stato da giudice “nell’amministrazione” in giudice “dell’amministrazione”) non si sarebbe realizzata con i pur massicci interventi legislativi degli anni ‘90, in quanto le nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva concernevano pur sempre «talune specifiche controversie» caratterizzate «dall’intreccio di posizioni giuridiche riconducibili tanto al diritto soggettivo quanto all’interesse legittimo»: è con il d.lgs. n. 80 del 1998, specie come trasfuso nell’art. 7 della legge n. 205 del 2000, che il legislatore ha abbandonato il criterio dello «inestricabile nodo gordiano» ravvisabile in specifiche controversie correlate all’interesse generale per accogliere quello dei «blocchi di materie», nelle quali «la commistione di diritti soggettivi ed interessi legittimi non si debba ricercare nelle varie tipologie delle singole controversie ma nell’atteggiarsi dell’azione della pubblica amministrazione in settori determinati, anche se molto estesi, connotati da una significativa presenza dell’interesse pubblico».

La Costituzione, attribuendo al giudice ordinario «il ruolo di giudice naturale dei diritti soggettivi tra privati e pubblica amministrazione», avrebbe recepito e fatto propri i principi ispiratori della legge n. 2248 del 1865, All. E, così conferendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo un carattere residuale, che può giustificare «eccezioni ma non stravolgimenti» rispetto alla «tendenziale generalità ed illimitatezza delle attribuzioni del giudice ordinario».

Anche a voler prescindere dall’irragionevolezza della scelta legislativa di esaltare il ruolo del giudice amministrativo nel momento in cui al c.d. modello autoritativo dei rapporti cittadino-pubblica amministrazione viene sempre più sostituito il c.d. modello negoziale, tale scelta - unita al conferimento al

giudice amministrativo di «pienezza di poteri decisori» e quindi anche risarcitori, perfino «al di fuori della giurisdizione esclusiva e nell’ambito della sua giurisdizione generale di legittimità» - farebbe sì che «il giudice amministrativo sia ormai proiettato in una dimensione civilistica che fino a ieri costituiva territorio esclusivo del giudice ordinario», per giunta senza sottostare al controllo nomofilattico, che costituisce anche garanzia di parità di trattamento, della Corte di cassazione.

2.2.- Del tutto correttamente i rimettenti osservano che la Carta costituzionale ha recepito - non senza conservare traccia nell’art. 102, primo comma, dell’orientamento favorevole all’unicità della giurisdizione - il nucleo dei principi in materia di giustizia amministrativa quali evolutisi a partire dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865: ed i lavori della Costituente documentano come «l’indispensabile riassorbimento nella Costituzione dei principi fondamentali della legge 20 marzo 1865» conducesse, da un lato, alla proposta di Calamandrei per cui «l’esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa appartiene esclusivamente ai giudici ordinari» (art. 12, discusso dalla seconda Sottocommissione il 17 dicembre 1946) e, dall’altro lato, al testo (proposto dagli on.li Conti, Bettiol, Perassi, Fabbri e Vito Reale) approvato dall’Assemblea costituente nella seduta pomeridiana del 21 novembre 1947, corrispondente agli attuali artt. 102 e 103 Cost.; e conducesse, inoltre, alla esclusione della soggezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di cassazione, limitandolo al solo «eccesso di potere giudiziario», coerentemente alla «unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé» (così Mortati, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947).

In realtà, come la dottrina ha da tempo chiarito, la legge n. 2248 del 1865, All. E, nel momento stesso in cui assicurava tutela al cittadino davanti al giudice ordinario per «tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione» (art. 2), sanciva in ogni altro caso (per «gli affari non compresi nell’articolo precedente») la totale sottrazione a qualsiasi controllo giurisdizionale della sfera della c.d. amministrazione pura (art. 3): in tal modo - anche grazie all’ampiezza con la quale questa zona “franca” dell’amministrazione fu intesa dalla giurisprudenza, in ciò incoraggiata dall’allora giudice dei conflitti, il Consiglio di Stato, e dal successivo giudice *ex* legge 31 marzo 1877 n. 3761, le sezioni unite della Cassazione romana - la legge del 1865 creava le premesse della legislazione successiva volta a colmare il sempre più grave vuoto di tutela giurisdizionale da essa lasciato con il puro e semplice ignorare tale esigenza negli «affari non compresi» nell’art. 2.

La relazione Crispi al disegno di legge, divenuto la legge (istitutiva della IV Sezione) 31 marzo 1889, n. 5992, chiarisce infatti che «la legge 20 marzo 1865, All. E, proclamò l’unità della giurisdizione, ma nulla avendo sostituito al contenzioso amministrativo che abolì, rimase abbandonata alla potestà amministrativa l’immensa somma di interessi onde lo Stato è depositario»; e pur se soltanto la legge 7 marzo 1907, n. 62, istitutiva della V Sezione, definì “giurisdizionale” questa e la IV Sezione, riconoscendo alle loro decisioni l’efficacia del giudicato, la funzione giurisdizionale dell’organo, che sarebbe stato chiamato a colmare il vuoto di tutela da essa lasciato, era già insita nella legge abolitrice del contenzioso amministrativo.

È evidente, quindi, l’ambivalenza del richiamo - operato così da Calamandrei come dai suoi oppositori nell’Assemblea costituente - all’«indispensabile riassorbimento nella Costituzione dei principi fondamentali della legge 20 marzo 1865, All. E»: richiamo, che potrebbe dirsi “statico”, da parte di chi voleva colmare, nel 1947, con il giudice ordinario (eventualmente attraverso sue sezioni specializzate), il vuoto di tutela lasciato nel 1865 ed “abusivamente” (rispetto ai principi proclamati nell’art. 2) poi riempito da un Consiglio di Stato che aveva, ormai, «esaurito storicamente» il suo compito (Calamandrei, II Sottocommissione, seduta pomeridiana del 9 gennaio 1947); richiamo, che potrebbe dirsi “dinamico”, da parte di chi sottolineava che «il Consiglio di Stato non ha mai tolto nulla al giudice ordinario» (così Bozzi, ivi) in quanto la giurisdizione amministrativa è sorta «non come usurpazione al giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista di una tutela giurisdizionale da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione; quindi non si tratta di ristabilire la tutela giudiziaria ordinaria del cittadino che sia stata usurpata da questa giurisdizione amministrativa, ma di riconsacrare la perfetta tradizione di una conquista particolare di tutela da parte del cittadino» (Leone, Assemblea, seduta pomeridiana del 21 novembre 1947).

Sembra allora chiaro che il Costituente, accogliendo quest’ultima impostazione, ha riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l’art. 2 della legge del 1865; così come di questa legge ha, con quello che sarebbe diventato l’art. 113 Cost., recepito il principio - «e fu per questo ritenuta una conquista liberale di grande importanza» - «per il quale, quando un diritto civile o politico viene leso da un atto della pubblica amministrazione, questo diritto si può far valere di fronte all’Autorità giudiziaria ordinaria, in modo che la pubblica amministrazione davanti ai giudici ordinari viene a trovarsi, in questi casi, come un qualsiasi litigante privato soggetto alla giurisdizione ... principio fondamentale che è stato completato poi con l’istituzione delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato ... dell’unicità della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione» (Calamandrei, Assemblea, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947).

2.3.- Se, relativamente alla conservazione della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, l’esame dei lavori dell’Assemblea costituente offre il quadro che si è tratteggiato, da essi non emergono particolari elementi di chiarificazione relativamente alla previsione, nel testo dell’art. 103 Cost., della giurisdizione esclusiva: previsione che compare quasi come accessoria rispetto a quella generale di legittimità, per «la inscindibilità delle questioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, e per la prevalenza delle prime», le quali impongono di «aggiungere la competenza del Consiglio di Stato per i diritti soggettivi, nelle materie particolari specificamente indicate dalla legge» (Ruini, Assemblea, seduta pomeridiana del 21 novembre 1947).

3.- L’ambivalenza stessa della premessa, si è rilevato, esclude in radice che possa sostenersi che la Costituzione abbia definitivamente ed immutabilmente cristallizzato la situazione esistente nel 1948 circa il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ma deve anche escludersi che dalla Costituzione non si desumano i confini entro i quali il legislatore ordinario, esercitando il potere discrezionale suo proprio (più volte riconosciutogli da questa Corte), deve contenere i suoi interventi volti a ridistribuire le funzioni giurisdizionali tra i due ordini di giudici: a ciò non ostando la circostanza che, per la prima volta in un testo normativo, è nella Costituzione che compare, e ripetutamente, la locuzione “interessi legittimi”.

Si è detto della chiara opzione del Costituente in favore del riconoscimento al giudice amministrativo della piena dignità di giudice: riconoscimento per il quale milita, oltre e più che l’apprezzamento, più volte espresso nell’Assemblea costituente, per l’indipendenza con la quale il Consiglio di Stato aveva operato durante il regime fascista, la circostanza che l’art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi - la cui tutela l’art. 103 riserva al giudice amministrativo - le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare.

Si è anche sostenuto che, in presenza di tale opzione, il principio dell’unicità della giurisdizione - espresso dall’art. 102, con riguardo al giudice, e riflesso nell’art. 113, con riguardo alle forme di tutela garantite al cittadino - sta a significare che in nessun caso il legislatore ordinario può far sì che la pubblica amministrazione sia, in quanto tale, assoggettata ad una particolare giurisdizione, ovvero sottratta alla giurisdizione alla quale soggiace «qualsiasi litigante privato»: la specialità di un giudice può fondarsi esclusivamente sul fatto che questo sia chiamato ad assicurare la giustizia “nell’amministrazione”, e non mai sul mero fatto che parte in causa sia la pubblica amministrazione.

3.1.- Alla luce di tali principi occorre valutare se la disciplina introdotta, in punto di giurisdizione esclusiva, dalla legge n. 205 del 2000 è tale da confliggere con essi; ciò che equivale a chiedersi se quei principi conformino la giurisdizione esclusiva, ritenuta ammissibile dalla Costituzione, in modo incompatibile con la disciplina dettata dalla legge *de qua*.

Si è rilevato (*sub* 2.1.) che i rimettenti ricordano diffusamente come la giurisdizione esclusiva - fino al 1990 confinata nei ristretti limiti segnati dagli artt. 29 del t.u. n. 1054 del 1924 e 5, comma 1, della legge n. 1034 del 1971 (ma *adde* gli artt. 11 della legge n. 1185 del 1967; 32 della legge n. 426 del 1971; 16 della legge n. 10 del 1977; 6 della legge n. 440 del 1978; 35 della legge n. 47 del 1985; 11 della legge n. 210 del 1985) - sia stata notevolmente estesa a partire da tale anno contemplando l’impugnazione degli atti delle c.d. autorità amministrative indipendenti (artt. 33 della legge n. 287 del 1990; 7 del d.lgs. n. 74 del 1992; 10 della legge n. 109 del 1994; 2 della legge n. 481 del 1995; 1 della legge n. 249 del 1997) nonché quella degli accordi tra privati e pubblica amministrazione (artt. 11 e 15 della legge n. 241 del 1990; legge n. 537 del 1993); ma tale estensione non appare loro confliggente con alcun parametro costituzionale in quanto, osservano, pur sempre limitata a specifiche controversie connotate non già da una generica rilevanza pubblicistica, bensì dall’intreccio di situazioni soggettive qualificabili come interessi legittimi e come diritti soggettivi.

La giurisdizione esclusiva introdotta, viceversa, dalla legge n. 205 del 2000 sarebbe qualitativamente diversa e, come tale, incompatibile con il dettato costituzionale.

3.2.- Le censure che si sono sinteticamente riferite (*sub* 2.1.) colgono nel segno nella parte in cui denunciano l’adozione, da parte del legislatore ordinario del 1998-2000, di un’idea di giurisdizione esclusiva ancorata alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell’ordinamento, di un rilevante pubblico interesse; un’idea - come osservano i rimettenti - che presuppone l’approvazione (mai avvenuta) di quel progetto di riforma (Atto Camera 7465 XIII Legislatura) dell’art. 103 Cost. secondo il quale «la giurisdizione amministrativa ha ad oggetto le controversie con la pubblica amministrazione nelle materie indicate dalla legge».

È evidente, viceversa, che il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell’attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare “particolari materie” nelle quali “la tutela nei confronti della pubblica amministrazione” investe “anche” diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie.

Tale necessario collegamento delle “materie” assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive - e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa - è espresso dall’art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere “particolari” rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo.

Il legislatore ordinario ben può ampliare l’area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice “della” pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall’altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo.

3.3.- È appena il caso di rilevare che, ove il legislatore ordinario si attenga ai criteri appena enunciati, si risolve in radice anche il problema che i rimettenti pongono con riguardo all’art. 111, settimo comma, Cost.: è sufficiente osservare, infatti, che è la stessa Carta costituzionale a prevedere che siano sottratte al vaglio di legittimità della Corte di cassazione le pronunce che investono i diritti soggettivi nei confronti dei quali, nel rispetto della “particolarità” della materia nel senso sopra (3.2) chiarito, il legislatore ordinario prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

3.4.- Alla luce di tali criteri - desumibili dalla lettera delle norme nelle quali si è incarnata, nella Costituzione, la storia della giustizia amministrativa in Italia - la disciplina dettata dall’art. 7 della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui sostituisce gli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, non è conforme a Costituzione.

3.4.1.- Va premesso che la dichiarazione di incostituzionalità non investe in alcun modo - nonostante i rimettenti ne adducano il disposto a sostegno delle loro censure - l’art. 7 della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui (lettera *c*) sostituisce l’art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998: il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova “materia” attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

L’attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato (*sub* 3), ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell’art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi *olim* di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l’eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l’art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null’altro che attuazione del precetto di cui all’art. 24 Cost..

3.4.2.- La formulazione dell’art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, quale recata dall’art. 7, comma 1, lettera *a*), della legge n. 205 del 2000, confligge con i criteri, quali si sono individuati *sub* 3.2. ai quali deve ispirarsi la legge ordinaria quando voglia riservare una “particolare materia” alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ed infatti, non soltanto (e non tanto) il riferimento ad una materia (i pubblici servizi) dai confini non compiutamente delimitati (se non in relazione all’ipotesi di concessione prevista fin dall’art. 5 della legge n. 1034 del 1971), quanto, e soprattutto, quello a “tutte le controversie” ricadenti in tale settore rende evidente che la “materia” così individuata prescinde del tutto dalla natura delle situazioni soggettive in essa coinvolte: sicché, inammissibilmente, la giurisdizione esclusiva si radica sul dato, puramente oggettivo, del normale coinvolgimento in tali controversie di quel generico pubblico interesse che è *naturaliter* presente nel settore dei pubblici servizi. Ma, in tal modo, viene a mancare il necessario rapporto di *species* a *genus* che l’art. 103 Cost. esige allorché contempla, come “particolari”, rispetto a quelle nelle quali la pubblica amministrazione agisce quale autorità, le materie devolvibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tale conclusione è avvalorata dalla circostanza che il comma 2 della norma individua esemplificativamente (“in particolare”) controversie, quale quella incardinata davanti al giudice *a quo,* nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione-autorità: e certamente le ipotesi specificamente censurate (lettere *b* ed *e*) sono tali da non resistere al vaglio di costituzionalità in quanto non soltanto (come le altre contemplate dal comma 2) travolte dalla censura che investe la previsione di “tutte le controversie in materia di pubblici servizi”, ma anche perché, *ex se*, integrano ipotesi nelle quali tali controversie non vedono, normalmente, coinvolta la pubblica amministrazione-autorità.

La materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciutale dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l’esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del 1990): sicché, conclusivamente, va dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 33, comma 1, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «tutte le controversie in materia di pubblici servizi» anziché le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi (così come era previsto fin dall’art. 5 della legge n. 1034 del 1971), ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 7 agosto 1990, ovvero ancora relative all’affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore (così come era previsto dall’art. 33, comma 2, lettere *c* e *d*).

Va altresì dichiarata l’illegittimità costituzionale del comma 2 della norma in esame.

3.4.3.- Analoghi rilievi investono la nuova formulazione dell’art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, quale recata dall’art. 7, comma 1, lettera *b*)*,* della legge n. 205 del 2000: formulazione che si pone in contrasto con la Costituzione nella parte in cui, comprendendo nella giurisdizione esclusiva - oltre “gli atti e i provvedimenti” attraverso i quali le pubbliche amministrazioni (direttamente ovvero attraverso “soggetti alle stesse equiparati”) svolgono le loro funzioni pubblicistiche in materia urbanistica ed edilizia - anche “i comportamenti”, la estende a controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita - nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - alcun pubblico potere.

Poiché, *mutatis mutandis,* a tale previsione dell’art. 34, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998 si attagliano le medesime considerazioni che si sono esposte (*sub* 3.4.2.) a proposito dell’art. 33, comma 1, deve dichiararsi l’illegittimità costituzionale dell’art. 34, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall’art. 7, comma 1, lettera *b*), della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto «gli atti, i provvedimenti e i comportamenti» in luogo che «gli atti e i provvedimenti» delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati.

PER QUESTI MOTIVI LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

*dichiara* l’illegittimità costituzionale dell’art. 33, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell’articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59), come sostituito dall’art. 7, lettera *a*, della legge 21 luglio 2000, n. 205 (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa), nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli» anziché «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all’affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché»;

*dichiara* l’illegittimità costituzionale dell’art. 33, comma 2, del medesimo decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall’art. 7, lettera *a,* della legge 21 luglio 2000, n. 205;

*dichiara* l’illegittimità costituzionale dell’art. 34, comma 1, del medesimo decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall’art. 7, lettera *b*, della legge 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto «gli atti, i provvedimenti e i comportamenti» anziché «gli atti e i provvedimenti» delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia urbanistica ed edilizia.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 5 luglio 2004.

# 3. Le condizioni dell’azione

## 3. 1. Cons. Stato, Ad. plen., sent. 20 febbraio 2020, n. 6

DIRITTO

1.Giunge all’esame dell’Adunanza Plenaria la seguente generale questione: se alla luce dell’evoluzione dell’ordinamento, fermo il generale divieto di cui all’art. 81 c.p.c., possa ancora sostenersi la sussistenza di una legittimazione generale degli enti esponenziali in ordine alla tutela degli interessi collettivi dinanzi al giudice amministrativo, o se sia invece necessaria, a tali fini, una legittimazione straordinaria conferita dal legislatore.

1.1. Essa, come accennato nell’esposizione in fatto, insorge nell’ambito di una controversia che concerne i provvedimenti con i quali la Banca d’Italia ha disposto la risoluzione degli istituti di credito a causa del ritenuto stato di dissesto in cui essi si trovavano, ai sensi dell’art. 32 del d.lgs. 180/2015, e adottato i provvedimenti conseguenziali. Il contenzioso si riferisce dunque al settore bancario e l’interesse azionato riguarda l’ambito della tutela dei consumatori.

1.2. L’associazione dei ricorrenti (Codacons) risulta bensì iscritta nello speciale elenco delle associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale di cui all’art. 137 del Codice del consumo, d.lgs. 6 settembre 2005 n.206, ma la questione della sua legittimazione si pone in quanto il predetto codice non prevede espressamente che le associazioni in questione siano abilitate ad esperire azione di annullamento dinanzi al giudice amministrativo. In altri termini, argomentando dalla mancata espressa previsione, nell’ambito del codice del consumo, dell’azione di annullamento di provvedimenti amministrativi, e postulata la tassatività delle azioni esperibili dalle associazioni a tutela dei consumatori, tutte di pertinenza della giurisdizione ordinaria, si giunge a dubitare che le associazioni siano provviste di legittimazione generale in ordine alla tutela di interessi collettivi.

La questione - per come posta - può essere a ben vedere riguardata sotto il profilo della legittimazione, o della tipologia delle azioni esperibili: infatti, dal dato positivo della mancata previsione di un’azione (di annullamento in sede giurisdizionale amministrativa) si inferisce, in tesi, un’assenza di legittimazione, per così dire, *in parte qua*, ovvero, secondo il diverso angolo di visuale segnalato, e in positivo, una legittimazione limitata a proporre solo le azioni espressamente previste.

1.3. Tale ultima impostazione già di per sé suscita perplessità, in quanto la configurazione di una legittimazione selettivamente limitata quanto al diritto di azione appare come una situazione soggettiva monca, perché privata dell’ordinario diritto, di derivazione costituzionale, normalmente connesso alla titolarità di una situazione soggettiva.

2.Anche a non voler tener conto della considerazione appena fatta, peraltro, la questione della legittimazione all’impugnazione in sede giurisdizionale amministrativa va riportata nell’ambito generale della questione della legittimazione ad agire nel giudizio amministrativo delle associazioni a tutela degli interessi collettivi, qualunque sia il settore in cui abbia operato la pubblica amministrazione.

2.1. Com’è noto, la protezione degli interessi “diffusi”, ossia adesposti, non consentita in via teorica a causa della mancata sussistenza del requisito della differenziazione che tradizionalmente qualifica la posizione giuridica di interesse legittimo, è stata sin dagli anni ‘70 assicurata attraverso il riconoscimento dell’esistenza di un interesse legittimo di natura collettiva imputabile ad un ente che, in forza del possesso di alcuni requisiti giurisprudenzialmente individuati (effettiva rappresentatività, finalità statutaria, stabilità e non occasionalità, in taluni casi collegamento con il territorio) diviene idoneo ad assumerne la titolarità (Cons. Stato, V, 9.3.1973, n. 253; Cass., S.U., 8.5.1978, n. 2207; Cons. Stato, A.P., 19.11.1979, n. 24).

2.2.Il riconoscimento legislativo degli interessi collettivi in materia ambientale e la conseguente legittimazione riconosciuta alle associazioni dall’articolo 18, comma 5, della legge n. 349 del 1986 (comma sopravvissuto all’abrogazione disposta dall’art. 318 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) – norma che consente alle associazioni ambientaliste individuate in base all’art. 13 (ossia quelle ricomprese in un elenco approvato con decreto del Ministro dell’Ambiente) di “*intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l’annullamento di atti illegittimi*” - ha poi generato un dibattito circa l’esclusività di tale legittimazione.

2.3. In relazione a tale aspetto, è ben noto l’orientamento giurisprudenziale secondo cui l’iscrizione nell’elenco di cui all’art. 13 della legge 349/86 non determina un rigido automatismo, potendo il giudice, all’esito di una verifica della concreta rappresentatività, ammettere all’esercizio dell’azione anche associazioni non iscritte, secondo il criterio del cd “doppio binario” che distingue tra la legittimazione *ex lege* delle associazioni di protezione ambientale di livello nazionale riconosciute (che non necessita di verifica) e la legittimazione delle altre associazioni (tra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5760; sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554). Quest’ultima deve essere accertata in ciascuno dei casi concreti con riguardo alla sussistenza di tre presupposti: gli organismi devono perseguire statutariamente in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale, devono possedere un adeguato grado di rappresentatività e stabilità e devono avere un’area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso (*ex plurimis*, Cons. Stato., IV, 16.2.2010, n. 885).

3. L’esperienza e l’evoluzione ordinamentale hanno nel tempo mostrato l’esistenza di una serie di fattispecie di rilievo superindividuale che, sebbene nel dibattito siano state descritte come di interesse collettivo, assumono valenza specifica o addirittura si ascrivono ad altri ed eterogenei fenomeni quali quello degli interessi isomorfi, fortemente avvertito soprattutto nell’ambito della tutela civilistica dei consumatori. La varietà delle fattispecie ha impegnato la giurisprudenza in una considerevole attività di selezione e di differenziazione che non ha tuttavia alterato i profili fondamentali della questione relativa alla tutela degli interessi collettivi dinanzi al giudice amministrativo.

4. Il fondamento teorico della cd. collettivizzazione dell’interesse diffuso a mezzo della sua entificazione risiede, come già accennato, nella individuazione di interessi che sono riferibili ad una collettività o a una categoria più o meno ampia di soggetti (fruitori dell’ambiente, consumatori, utenti, etc.) o in generale a una formazione sociale, senza alcuna differenziazione tra i singoli che quella collettività o categoria compongono, e ciò in ragione del carattere sociale e non esclusivo del godimento o dell’utilità che dal bene materiale o immateriale, a quell’interesse correlato, i singoli possono trarre (sul punto, Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554, cit.).

4.1. E’ evidente da questa definizione, che il *discrimen*più complesso da stabilire sia, non quello sul versante dell’interesse legittimo individuale (caratterizzato dall’esclusività del godimento o dell’utilità riconoscibile in capo ai singoli) ma, piuttosto, sul diverso e più generale versante dell’interesse pubblico vero e proprio, la cui cura è rimessa, secondo la tradizionale impostazione, unicamente all’amministrazione sulla base del principio di legalità.

La circostanza che la cura dell’interesse pubblico generale (ad es. all’ambiente) sia rimessa all’amministrazione non toglie, tuttavia, che essa sia soggettivamente riferibile, sia pur indistintamente, a formazioni sociali, e che queste ultime, nella loro dimensione associata, rappresentino gli effettivi e finali fruitori del bene comune della cui cura trattasi. Le situazioni sono infatti diverse ed eterogenee: l’amministrazione ha il dovere di curare l’interesse pubblico e dunque gode di una situazione giuridica capace di incidere sulle collettività e sulle categorie (potestà); le associazioni rappresentative delle collettività o delle categorie invece incarnano l’interesse sostanziale, ne sono fruitrici, e dunque la situazione giuridica della quale sono titolari è quella propria dell’interesse legittimo, *id est*, quella pertinente alla sfera soggettiva dell’associazione, correlata a un potere pubblico, che, sul versante processuale, si pone in senso strumentale ad ottenere tutela in ordine a beni della vita, toccati dal potere riconosciuto all’amministrazione.

4.2. Del resto, che possano esservi situazioni soggettive di natura diffusa e collettiva è confermato dal legislatore, il quale, all’art. 2 del codice del consumo, espressamente prevede che “*sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa*”; o ancora, dallo Statuto delle imprese (l. 11 novembre 2011, n. 180) che all’art. 4, co. 2, riconosce alle associazioni di categoria maggiormente rappresentative ai diversi livelli territoriali la legittimazione a impugnare gli atti amministrativi “*lesivi di interessi diffusi*”; finanche, e soprattutto, dalla legge generale sul procedimento amministrativo, la quale, all’art. 9 prevede che “*qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento*”.

5. Tale ricostruzione è stata da ultimo sottoposta a critica con dovizia di argomenti dalla Sezione VI, con sentenza del 21 luglio 2016 n.3303, la quale dubita, in radice, della tenuta attuale della tradizionale impostazione basata sulla collettivizzazione dell’interesse diffuso a mezzo dell’associazionismo spontaneo.

5.1. Il primo argomento, di carattere sistematico, utilizzato, è teso a mettere in dubbio la persistente validità e attualità dell’elaborazione giurisprudenziale attraverso la quale si è ammessa la tutela degli interessi legittimi collettivi dinanzi al giudice amministrativo, a prescindere da una specifica previsione di legge (tesi del doppio binario). Secondo tale impostazione, “*in una prima fase, a fronte di un ordinamento ancora non adeguato alle emergenti istanze di tutela degli interessi meta-individuali, il ruolo degli enti esponenziali è stato….determinante e meritorio, perché ha consentito a questi interessi di assumere una dimensione giuridica e di avere un centro soggettivo di riferimento. Successivamente, tuttavia, nel corso del tempo l’esigenza di supplire alla carenza di un sistema istituzionale di tutela si è via via attenuata, perché il legislatore ha progressivamente preso atto dei cambiamenti in corso e ha iniziato a prevedere – introducendole per legge – forme e modalità specifiche di tutela. Si è avuta così la progressiva istituzionalizzazione di quella tutela che prima, pretoriamente, era affidata, o lasciata, all’iniziativa dei gruppi e delle associazioni private.*

*Sempre più spesso, quindi, la legittimazione ad agire degli enti esponenziali trova espresso riconoscimento in una puntuale disciplina normativa, che si preoccupa però anche di stabilire chi può agire e, soprattutto, il tipo di azione che può essere esercitata. Si riscontra, in sostanza, l’affermazione di una nuova e più matura “tassatività” delle azioni esperibili (sia sul piano soggettivo, sia su quello oggettivo) nei predetti ambiti*”.

5.2. Come può evincersi dalla parte finale del riportato brano della sentenza, la tesi sostenuta fonde, in un’unica considerazione, legittimazione ad agire e tipologia delle azioni esperibili, per limitarne il riconoscimento in capo ai soggetti, e limitatamente agli oggetti, specificamente previsti per legge.

L’Adunanza plenaria non condivide una siffatta lettura interpretativa della descritta evoluzione e ritiene che il percorso compiuto dal legislatore sia stato piuttosto contraddistinto dalla consapevolezza dell’esistenza di un diritto vivente che, secondo una linea di progressivo innalzamento della tutela, ha dato protezione giuridica ad interessi sostanziali diffusi (ossia condivisi e non esclusivi) riconoscendone il rilievo per il tramite di un ente esponenziale che ne assume statutariamente e non occasionalmente la rappresentanza. In altri termini, secondo questa Adunanza plenaria, l’evoluzione del dato normativo positivo non può certamente essere letto in una chiave che si risolva nella diminuzione della tutela.

5.2.1. Tralasciando per il momento la materia consumeristica, il legislatore è infatti intervenuto dopo oltre un decennio dall’emersione giurisprudenziale degli interessi collettivi a mezzo dell’articolo 18, comma 5, della legge n. 349 del 1986 (comma sopravvissuto all’abrogazione disposta dall’art. 318 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), istitutiva del Ministero dell’Ambiente, consentendo alle associazioni ambientaliste individuate in base all’art. 13 di “*intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l’annullamento di atti illegittimi*”, e così dando veste positiva ad un fenomeno che, come si è detto, scinde la titolarità della funzione di cura dell’ambiente imputata al neo costituito Ministero dell’Ambiente dalla titolarità dell’interesse sostanziale collettivo, invece riconosciuto alle associazioni, quali organismi rappresentativi dei fruitori ultimi.

A questa ipotesi, speciale *ratione materiae*, si aggiunge la previsione generale di cui all’art. 4, co. 2, l. 11 novembre 2011, n. 180, che riconosce alle associazioni di imprenditori maggiormente rappresentative ai diversi livelli territoriali la legittimazione a impugnare gli atti amministrativi lesivi di interessi diffusi.

5.2.2. Questi interventi normativi non devono essere letti nel senso di previsioni che scindono, in via straordinaria, la legittimazione, dalla lesione di una situazione giuridica, ma quale emersione positiva dell’esigenza di protezione giuridica di interessi diffusi, secondo lo schema già delineato in via generale dalla giurisprudenza, e in linea con il ruolo che l’art. 2 Cost. assegna alle formazioni sociali, oltre che con la più attenta ed evoluta impostazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118 Cost..

5.2.3. Ma ciò che forse è ancora più significativo è il silenzio del legislatore sul generale tema della tutela degli interessi collettivi, che testimonia più di ogni altro elemento, soprattutto in epoca di iperproduzione legislativa come quella attuale, la stabilità e la profonda condivisione di un orientamento che da ormai un cinquantennio caratterizza l’approccio giurisprudenziale, e che è del tutto incompatibile con l’affermazione di un opposto principio di tipizzazione *ex lege*, soggettiva o oggettiva, della legittimazione a ricorrere o delle azioni esperibili, in controtendenza con l’orientamento “storico” della giurisdizione amministrativa di selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, e perciò necessariamente tutelabili, nel confronto dinamico con il potere pubblico.

6. Il secondo argomento critico, utilizzato al fine di trarre indizi in relazione al preteso affermarsi di un principio di necessaria tipizzazione della legittimazione straordinaria delle associazioni, è ricavato da una norma processuale impeditiva, sostanziantesi nel generale divieto di sostituzione processuale sancito dall’art. 81 del Codice di procedura civile: a mente del quale “*fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui*”.

“*È ben vero*” – secondo l’impostazione in commento – “*che uno dei risultati raggiunti attraverso la sopra richiamata teoria dell’interesse collettivo è stato quello di trasformare l’interesse diffuso dei singoli in interesse collettivo proprio dell’ente esponenziale; è altrettanto vero, tuttavia, che tale trasformazione sia stato il frutto di una fictio iuris, che non altera il connotato sostanziale del rapporto sottostante e non riesce, quindi, a superare il dato ontologico rappresentato dalla oggettiva alterità esistente tra la effettiva titolarità dell’interesse (il singolo) e il soggetto che lo fa valere (l’ente). Tale fictio iuris, pertanto, non può tradursi in una non consentita forma di legittimazione processuale straordinaria e generalizzata, priva di base legislativa (in contrasto con la regola sancita dall’art. 81 c.p.c.); giacché ogni affermazione di legittimazione ad agire, per avere fondamento, deve trovare in ogni singolo caso una base normativa positiva*”.

Su tale argomento occorre soffermarsi.

6.1. L’interesse diffuso del quale si sta discorrendo è un interesse sostanziale che eccede la sfera dei singoli per assumere una connotazione condivisa e non esclusiva, quale interesse di “tutti” in relazione ad un bene dal cui godimento individuale nessuno può essere escluso, ed il cui godimento non esclude quello di tutti gli altri.

Ciò chiarito, l’interesse sostanziale del singolo, inteso quale componente individuale del più ampio interesse diffuso, non assurge ad una situazione sostanziale “personale” suscettibile di tutela giurisdizionale (non è cioè protetto da un diritto o un interesse legittimo) posto che l’ordinamento non può offrire protezione giuridica ad un interesse sostanziale individuale che non è in tutto o in parte esclusivo o suscettibile di appropriazione individuale.

6.2. E’ solo proiettato nella dimensione collettiva che l’interesse diviene suscettibile di tutela, quale sintesi e non sommatoria dell’interesse di tutti gli appartenenti alla collettività o alla categoria, e che dunque si dota della protezione propria dell’interesse legittimo, sicché - per tornare alla critica mossa dall’orientamento giurisprudenziale citato, incentrata sull’asserita violazione dell’art. 81 cpc - seppur è lecito opinare circa l’esistenza o meno, allo stato dell’attuale evoluzione sociale e ordinamentale, di un interesse legittimo collettivo, deve invece recisamente escludersi che le associazioni, nel richiedere in nome proprio la tutela giurisdizionale, azionino un “diritto” di altri. La situazione giuridica azionata è la propria. Essa è relativa ad interessi diffusi nella comunità o nella categoria, i quali vivono sprovvisti di protezione sino a quando un soggetto collettivo, strutturato e rappresentativo, non li incarni. Non in forza di una *fictio* ma di un giudizio di individuazione e selezione degli interessi da proteggere, nonché della rigorosa verifica della rappresentatività del soggetto collettivo che ne promuove la tutela.

Sin qui la ricostruzione della tutela dell’interesse diffuso, da ritenersi ancora pienamente attuale.

7. La concreta questione portata all’attenzione dell’Adunanza, riguarda, tuttavia, un caso concernente la tutela consumeristica che richiede ulteriori approfondimenti in considerazione della sussistenza di peculiari norme di settore.

Tali norme di settore, secondo la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione VI, 21 luglio 2016 n. 3303, più volte citata quale caposaldo dell’orientamento contrario a quello prevalente, escluderebbero l’esperibilità dell’azione di annullamento.

L’art. 32-bis del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico della finanza) prevede testualmente che: “*Le associazioni dei consumatori inserite nell’elenco di cui all’articolo 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, sono legittimate ad agire per la tutela degli interessi collettivi degli investitori, connessi alla prestazione di servizi e attività di investimento e di servizi accessori e di gestione collettiva del risparmio, nelle forme previste dagli articoli 139 e 140 del predetto decreto legislativo*”.

Dallo specifico riferimento alle “*forme previste dagli articoli 139 e 140*” deriverebbe – secondo la ricostruzione giurisprudenziale citata - che le uniche azioni possibili sono quelle proponibili dinanzi al giudice ordinario, tese a: *a) inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; b) adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; c) ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate*” (così l’art. 140 cit.)

Dunque mancherebbe, nell’attuale ordinamento, nella materia *de qua*, una norma che abiliti le associazioni ad agire dinanzi al giudice amministrativo a mezzo dell’azione di annullamento.

7.1. Ritiene questa Adunanza plenaria che nemmeno questo argomento, specificatamente riferito alla tutela consumeristica, sia in grado di incidere sull’attualità e validità della lunga elaborazione giurisprudenziale assolutamente prevalente, e in effetti consolidata. Ciò, non solo per le generali e dirimenti considerazioni di cui al § 1.2. ma anche per quanto ci si appresta ad argomentare.

7.2. Le disposizioni citate, a ben vedere, riguardano il diritto civile e il relativo processo. La circostanza che il legislatore sia intervenuto espressamente a disciplinare, in ambito processual-civilistico, un caso di legittimazione straordinaria per la tutela di interessi collettivi non può certamente leggersi come l’epilogo di un generale percorso di delimitazione soggettiva della legittimazione degli enti associativi e di tipizzazione delle azioni esperibili in ogni e qualsiasi altro ambito processuale, come, nello specifico, quello amministrativo. Piuttosto essa rappresenta il definitivo riconoscimento della rilevanza giuridica degli interessi nella loro dimensione collettiva, persino in un ambito, quello civilistico, in cui non viene in rilievo l’esercizio di un potere suscettibile di concretizzarsi in atti autoritativi generali lesivi, impugnabili a mezzo dell’azione demolitoria secondo la traiettoria già tracciata dalla giurisprudenza amministrativa, ma in cui piuttosto assumono importanza anche i temi della disparità di forza contrattuale, dell’asimmetria informativa, dell’abuso di posizione dominante. Temi, questi ultimi, connotati da una dimensione eccedente la sfera giuridica del singolo e da situazioni giuridiche omogenee e seriali di una vasta platea di consumatori, espressamente qualificate come “diritti fondamentali” dalla legge, anche nella loro dimensione collettiva (art. 2 codice dei consumatori).

Questo processo di espansione delle posizioni giuridiche verso una dimensione collettiva in ambito civilistico consente di spostare avanti la soglia di tutela, affrancandola dal vincolo contrattuale individuale, e di conferire alla stessa una caratteristica inibitoria idonea a paralizzare, ad un livello generale, gli atti e i comportamenti del soggetto privato “forte” suscettibili di ripercuotersi pregiudizievolemente sui diritti collettivi fondamentali dei consumatori.

Interessando posizioni giuridiche paritarie, seppur asimmetriche, è chiaro che tale processo non avrebbe potuto inverarsi senza l’emersione positiva di situazioni giuridiche collettive e la tipizzazione delle azioni giuridiche esperibili da parte di un soggetto – quello a base associativa e con funzioni rappresentative, come anche il Codancos incluso nell’elenco citato – che non sia parte dei rapporti giuridici instaurandi e instauratisi tra il soggetto “forte” e i singoli consumatori.

7.3. Non è così nei rapporti di diritto pubblico, in cui le posizioni non sono connesse a negozi giuridici, e trovano piuttosto genesi nell’esercizio non corretto del potere amministrativo, tutte le volte che esso impatti su interessi sostanziali (cd. “beni della vita”) meritevoli di protezione secondo l’apprezzamento che ne fa il giudice amministrativo sulla base dell’ordinamento positivo.

La cura dell’interesse pubblico, cui l’attribuzione del potere è strumentale, non solo caratterizza, qualifica e giustifica, nel diritto amministrativo, la dimensione unilaterale e autoritativa del potere rispetto agli atti e ai comportamenti dell’imprenditore o del professionista -nel diritto civile invece subordinati al principio consensualistico - ma vale anche a dare rilievo, a prescindere da espliciti riconoscimenti normativi, a posizioni giuridiche che eccedono la sfera del singolo e attengono invece a beni della vita a fruizione collettiva della cui tutela un’associazione si faccia promotrice sulla base dei criteri giurisprudenziali della rappresentatività, del collegamento territoriale e della non occasionalità.

8. In conclusione, la tenuta del diritto vivente sulla tutela degli interessi diffusi non è messa in dubbio nemmeno dagli articoli 139 e 140 del codice del consumo (oggi trasposti nel nuovo titolo VIII-bis del libro quarto del codice di procedura civile, in materia di azione di classe dalla L. 12/04/2019, n. 31), che riguardano altro ambito processuale, e che di certo non possono essere letti nell’ottica di un ridimensionamento della tutela degli interessi collettivi nel giudizio amministrativo, nei termini sin qui chiariti dalla giurisprudenza amministrativa.

Deve quindi ritenersi che un’associazione di utenti o consumatori, iscritta nello speciale elenco previsto dal codice del consumo oppure che sia munita dei requisiti individuati dalla giurisprudenza per riconoscere la legittimazione delle associazioni non iscritte, sia abilitata a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità.

La legittimazione, in altri termini, si ricava o dal riconoscimento del legislatore quale deriva dall’iscrizione negli speciali elenchi o dal possesso dei requisiti a tal fine individuati dalla giurisprudenza. Una volta “legittimata”, l’associazione è abilitata a esperire tutte le azioni eventualmente indicate nel disposto legislativo e comunque l’azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità.

9. Alla luce di quanto sino ad ora argomentato può pertanto formularsi il seguente principio di diritto, in relazione al quesito prospettato:

“*Gli enti associativi esponenziali, iscritti nello speciale elenco delle associazioni rappresentative di utenti o consumatori oppure in possesso dei requisiti individuati dalla giurisprudenza, sono legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, e in particolare l’azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, indipendentemente da un’espressa previsione di legge in tal senso*”.

## 3.2 Consiglio di Stato, Ad. Plen., sent. 9 dicemnbre 2021, n. 22

DIRITTO

1. Le numerose questioni sollevate dal Consiglio di giustizia sottopongono all’esame dell’Adunanza plenaria il tema della tutela del terzo a fronte di atti ampliativi della sfera di altri soggetti, nel caso di specie al cospetto di un titolo edilizio espresso che, nella legislazione della Regione Siciliana, ancora recava alla data del 2011, vigente la l.r. 71/1978, la “vecchia” denominazione di concessione edilizia mutuata dalla “storica” [legge (statale) 10/1977](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2087818&idUnitaDoc=6323745&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza).

Quello dell’interesse, oppositivo, ad impedire o comunque a contrastare un atto ampliativo della sfera di altri soggetti costituisce una delle tre principali figure più comunemente discusse nello studio della legittimazione al ricorso nel processo amministrativo, per differenziare la posizione dei soggetti legittimati da quella della generalità dei consociati.

Limitando il discorso alla tutela dell’interesse legittimo e data in premessa la distinzione tra interessi oppositivi e interessi pretensivi, le altre due figure corrispondono, come noto, all’interesse, oppositivo, ad impedire un atto restrittivo nella propria sfera giuridica (esempio paradigmatico quello dei provvedimenti ablatori) e all’interesse, in questo caso pretensivo, a contestare il diniego ovvero il rifiuto di un atto ampliativo della propria sfera vanamente richiesto dallo stesso interessato (ad esempio il rifiuto di un’autorizzazione o di una concessione).

Nella seconda e nella terza figura l’individuazione di un interesse differenziato, e con essa il riconoscimento della legittimazione a ricorrere, è certamente agevolata dall’essere il soggetto “legittimato” destinatario di un provvedimento che - privandolo di un bene che prima aveva o negandogli un bene che non aveva e che aveva richiesto - lo lede direttamente e, prima ancora, parte necessaria del procedimento amministrativo che l’ha preceduto. Nel primo caso invece, laddove procedimento e provvedimento non contemplino il soggetto terzo, il problema che da sempre si pone è quello di stabilire se l’interesse di costui a contrastare un atto ampliativo della sfera altrui sia effettivamente qualificato e differenziato, rispetto all’interesse della generalità, e in base a quali criteri.

Nella casistica giurisprudenziale i criteri della qualificazione e della differenziazione, utilizzati per distinguere gli interessi legittimi dagli interessi di fatto e da quelli cd. semplici (nozioni invero non coincidenti, ricevendo i secondi protezione in via amministrativa come evidenziato da CGA, n. 851/2007), sono peraltro strettamente collegati, sebbene nell’impostazione più teorica la qualificazione discenderebbe dalla norma attributiva del potere mentre la differenziazione si coglierebbe sulla base di criteri materiali o caratteri fattuali.

Nella realtà delle cose è raro che la norma attributiva del potere, occupata a definire presupposti, forme e modi dell’esercizio del potere amministrativo, menzioni (tutti) gli interessi privati qualificabili come legittimi; sicché il criterio materiale, incentrato sulla dinamica procedimentale e sull’evidenza provvedimentale, svolge un ruolo determinante ed è quello più comunemente praticato.

2. Dove procedimento e provvedimento non siano di particolare ausilio, in quanto il terzo non vi ha partecipato e l’atto finale di lui non fa menzione, può essere rilevante l’elemento fisico-spaziale della vicinitas, intesa quale stabile collegamento tra un determinato soggetto e il territorio o l’area sul quale sono destinati a prodursi gli effetti dell’atto contestato.

Tale criterio di differenziazione - che la giurisprudenza applica, anche, in materia urbanistica, ambientale, nelle attività economiche (con particolare riguardo alle autorizzazioni di commercio), con una serie di specificità - si è andato affermando in primo luogo in ambito edilizio, all’indomani della [legge 765 del 1967](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2058923&idUnitaDoc=6267490&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), cd. legge ponte, che come noto rappresentò - naufragati progetti più ambizioni di riforma complessiva del sistema, che avevano suscitato fortissime resistenze - il primo tentativo legislativo di porre rimedio al dilagare del fenomeno dell’abusivismo edilizio che nel secondo dopoguerra aveva deturpato le principali città italiane (su tutte Roma, Napoli e Palermo) e che proprio l’anno prima, con la spaventosa frana di Agrigento, aveva reso non più eludibile, agli occhi della comunità nazionale e di quella internazionale, il problema della speculazione edilizia nel nostro Paese.

È in questo quadro storico - al quale non dovette evidentemente giovare la Plenaria n. 1 del 1966 con cui si era affermato il principio per cui fosse inammissibile il ricorso contro una licenza edilizia (altrui), per violazione delle prescrizioni del piano regolatore che vincola la zona a verde pubblico, ove l’attuazione della prescrizione fosse in linea di fatto divenuta impossibile - che si colloca (e si deve leggere) l’art. 10, comma 9, della legge ponte, che novellava l’[art. 31 della legge urbanistica1150/1942](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949199&idUnitaDoc=20155727&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), prevedendo che: “Chiunque può prendere visione presso gli uffici comunali, della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione”.

Leggendo tale disposizione si era autorizzati a ritenere che in luogo del nessuno, di prima del 1967, la legge avesse ora previsto che davvero chiunque potesse ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia altrui, quando in contrasto con leggi, regolamenti e prescrizioni urbanistiche; e che il legislatore avesse inteso introdurre un’azione popolare a tutela, rafforzata, di una legalità (e di una “giustizia nell’amministrazione”) che molti comuni sino a quel momento non avevano voluto o saputo garantire.

L’azione popolare, che ha origini antichissime risalenti al diritto romano, per quanto scarsamente impiegata dal legislatore (praticamente solo nel giudizio elettorale e nella legislazione comunale), ha sempre suscitato attenzione e curiosità in dottrina, sia quando ad essa si era riconosciuta negli anni 30 del secolo scorso una forte impronta pubblicistica, giungendo ad identificare l’attore popolare addirittura in un organo dello Stato; sia quando in epoca repubblicana, in chiave diversa, è stata posta in relazione con la sovranità popolare recuperando la visione più liberale di chi già nei primi anni del Novecento aveva osservato che può essere esercitata “solo quando coincide con interessi individuali o quando sia mossa da particolari passioni”.

Neppure va dimenticato come, sempre all’alba del Novecento, la distanza tra l’azione popolare e il ricorso al giudice amministrativo potesse sembrare meno netta e profonda di oggi, se è vero che nel sistema di giustizia amministrativa francese il ricorrente pour excès de pouvoir era visto allora come una sorta di “ministère public poursuivant la répression d’une infraction”, ovvero un “collaborateur de la légalité”.

Fosse o meno questo il vero disegno del legislatore del 1967 - l’introduzione di una nuova ipotesi di azione popolare - è noto come la giurisprudenza della disposizione diede ben presto una lettura diversa, escludendo che potesse rinvenirsi nella disposizione citata un’azione popolare e richiedendo che i soggetti ricorrenti potessero considerarsi toccati in un proprio interesse all’insediamento abitativo, ossia alla “radicazione in loco” dei propri “interessi di vita”, familiari, economici o relativi ad altri “qualificati e consolidati rapporti sociali” (Cons. St., V, n. 523/1970, posizione poi consolidatasi con Cons. St., Ad. plen. n. 23/1977). Sicché dall’esclusione dell’azione popolare emergeva sin da allora un criterio o concetto, quello della vicinitas, piuttosto elastico, la cui concreta individuazione era (e sarebbe stata in seguito) rimessa al prudente apprezzamento giurisprudenziale.

Un criterio, certamente meno totalizzante di un ricorso popolare, ma pur sempre potenzialmente molto espansivo e che si sarebbe rivelato come una sorta di cerniera tra il piano sostanziale degli interessi, più o meno differenziati, e quello processuale della loro tutela, peraltro in questi ambiti essenzialmente di tipo demolitorio - ripristinatorio, in ragione della loro natura oppositiva.

Un criterio flessibile, da misurare ogni volta sulla base della situazione di fatto, del tipo di provvedimento contestato e dei suoi concreti contenuti, dell’ampiezza e della rilevanza delle aree coinvolte, e che dunque poco si presta a teorizzazioni astratte e generali, quali quelle che riguardano il tema delle condizioni dell’azione e la distinzione o il confine tra la legittimazione al ricorso e l’interesse al ricorso, sul quale a breve si tornerà.

3. È al lume di queste premesse che la Plenaria reputa che debba esaminarsi la completa ricostruzione del quadro giurisprudenziale offerta nella sentenza del CGA, dove si dà atto (al punto 39 della motivazione) di un orientamento maggioritario, per cui la vicinitas quale criterio idoneo a legittimare l’impugnazione di singoli titoli edilizi assorbe in sé anche il profilo dell’interesse al ricorso; e di un secondo indirizzo per cui la vicinitas da sola non basta a fondare anche l’interesse, dovendo il ricorrente fornire la prova concreta di un pregiudizio sofferto.

Del primo orientamento, in un panorama giurisprudenziale vastissimo, si rinvengono precedenti pressoché in tutte le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato che si occupano della materia (v. ad esempio, II, n. 2056/2021; IV, 4387/2021; VI, 6500/2021) e conferme anche nella giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione (18493 e 21740/2021). Ma anche l’altro orientamento trova seguito, per quanto forse meno frequentemente, nelle varie sezioni del Consiglio di Stato (v., per un esempio particolarmente efficace, [Cons. St., IV, n. 962/2020](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=8457570&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), oltre a V, [4650/2021](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=9400245&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), VI, [4830/2017](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7245178&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), CGA, 488/2020 e 62/2012, in quest’ultimo si legge che “l’interesse al ricorso del vicino contro provvedimenti ampliativi della posizione giuridica dei terzi in materia urbanistico/edilizia presuppone l’allegazione e la dimostrazione di un concreto pregiudizio che quel provvedimento reca alle facoltà dominicali del ricorrente”), sicché il contrasto sembrerebbe attraversare, per così dire, internamente le diverse sezioni.

Un contrasto probabilmente meno acuto, e quindi meno problematico, di quanto si potrebbe a prima vista ritenere, nella misura in cui, da un lato, in molti casi l’adesione al primo indirizzo fa velo della (riconosciuta o riconoscibile) presenza, nei fatti, anche del pregiudizio (come si ricava, ad esempio, dalla lettura della sentenza sopra ricordata 2056/2021); e, dall’altro, anche i precedenti più qualificanti ascrivibili al secondo indirizzo “scontano” situazioni nelle quali a mancare potrebbe essere già la stessa legittimazione (è il caso della richiamata sentenza 962/2020 in cui i ricorrenti non erano proprietari di edifici immediatamente contigui all’area oggetto dell’intervento). Quanto ai richiami alle pronunce della Suprema Corte bisogna considerare come abbiano ad oggetto giudizi di impugnazione nei confronti delle sentenze in unico grado del Tribunale superiore delle acque pubbliche e, dunque per definizione, vertano su cause che non sono di edilizia in senso stretto e in cui i temi della protezione ambientale ricevono preminente attenzione.

Si vuole quindi sottolineare come nella realtà dei fatti e nella dinamica dei giudizi la riflessione sulla legittimazione proceda non disgiunta da quella sull’interesse, e siano entrambe fortemente condizionate dalla situazione concreta allegata dalle parti e ricavabile dagli atti di causa.

4. Questa prevalenza (questa “ipoteca”) delle situazioni di fatto sugli schemi concettuali può forse spiegare quel “singolare regime di liquidità” che, a giudizio di una dottrina più recente, caratterizzerebbe la materia delle condizioni dell’azione nel processo amministrativo. Una materia che ha registrato negli ultimi anni il fiorire di nuovi studi dottrinali, soprattutto in tema di legittimazione a ricorrere.

Di questa categoria gli studiosi sono tornati ad indagare le differenze con il suo omologo nel processo civile, interrogandosi se sia ancora giustificato da parte della giurisprudenza amministrativa impostare il problema nei termini tradizionali di una effettiva titolarità di tale posizione anziché di semplice affermazione della stessa, come avviene nel giudizio civile. Sono state poi evidenziate le tendenze in atto nella legislazione degli ultimi dieci anni a costruire legittimazioni speciali, in capo a talune Amministrazioni indipendenti (quali AGCM, ART. e ANAC), a presidio di determinati beni pubblici (in particolare la tutela della concorrenza), tendenze che si legano e seguono i casi, divenuti più frequenti nello Stato policentrico delle autonomie, in cui a proporre ricorso davanti al giudice amministrativo siano soggetti pubblici (i comuni in particolare) nella loro veste di enti esponenziali che si contrappongono ad altri livelli di governo. Su un piano diverso, e si direbbe anzi opposto, la legittimazione a ricorrere è da altri messa in relazione con il principio di sussidiarietà in senso orizzontale di cui all’[art. 118, comma 4, Cost.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843375&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), trovandovi il fondamento per nuovi “diritti civici” sui quali costruire una cittadinanza attiva che nella tutela dinanzi al giudice amministrativo troverebbe una delle sue possibili forme di espressione e manifestazione. Nella stessa direzione la legittimazione al ricorso “rivisitata” è collegata alla teoria dei cd. beni comuni e diventerebbe uno strumento per controllare, anche in forme giurisdizionali, i governanti e i poteri pubblici, come in parte sembrerebbe confermare la recente disciplina sull’accesso civico di cui al [d.lgs. 33/2013 dove all’art. 5,](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3948640&idUnitaDoc=20141470&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) comma 2 riappare, a distanza di molti decenni, la parola “chiunque”. Ancora, sempre nel quadro della tutela degli interessi meta-individuali, si invoca una sorta di “liberazione” della vicinitas dal suo perimetro originario, sino a ritenerla esistente anche quando la relazione di prossimità tra il soggetto ed il bene protetto non sia fisica ma assiologica.

Molte di queste riflessioni hanno riguardo naturalmente alla legittimazione delle associazioni e dei gruppi, oltre che a quella molecolare dei singoli, e al ruolo “suppletivo” che associazioni portatrici di interessi super-individuali, in questo agevolate anche dalle norme di derivazione europea, sono venute svolgendo, prima nella giurisprudenza e in seguito nella legislazione nazionali (nei termini, di complementarietà e non di alternatività, già posti in luce da questa Plenaria nella recente sentenza n. 6/2020).

L’insieme di queste tendenze per così dire espansive, sul terreno della legittimazione al ricorso, denunciano la (o muovono dalla denuncia della) “crisi” dei controlli amministrativi e i limiti sempre maggiori, di tempo e di spazio, che incontra l’autotutela amministrativa, nella convinzione che molto spesso, complice anche l’oblio dei ricorsi amministrativi e l’assenza di validi rimedi alternativi, la sola via per rimediare agli errori, anche gravi, delle amministrazioni pubbliche sia quella giurisdizionale.

Si potrebbe allora osservare che non a caso, dove l’amministrazione pubblica è considerata più efficace ed efficiente, come ad esempio in Germania, si registra da sempre un approccio assai più cauto al tema della legittimazione ad agire nel processo. Se non fosse che nell’esperienza francese, del pari contrassegnata da un’amministrazione pubblica tradizionalmente di buona qualità, la legittimazione ad agire è stata invece riconosciuta con maggiore larghezza, per quanto nel quadro di una concezione in origine fortemente oggettiva del sindacato giurisdizionale e che progressivamente è poi venuta modificandosi, come dimostra, a proposito dell’interesse ad impugnare un permesso di costruire, la pronuncia del Conseil d’État, 17 marzo 2017, n. 396362.

L’analisi comparata dei principali sistemi nazionali di giustizia amministrativa registra piuttosto da qualche tempo, sotto l’influenza del diritto europeo, una convergenza su talune linee di fondo; si possono fare gli esempi dell’estensione della legittimazione ad agire in materia ambientale, realizzatasi un po’ ovunque, come anche del riconoscimento, nel contenzioso sui contratti pubblici e sotto l’influenza della Corte di giustizia UE, di interessi meritevoli di tutela diversi ed ulteriori rispetto a quello, cd. finale, più direttamente preordinato all’aggiudicazione della procedura.

5. Sempre nella riflessione dottrinale sulle condizioni dell’azione l’autonomia della nozione dell’interesse al ricorso, rispetto a quella della legittimazione, è un dato oramai acquisito, nonostante i dubbi di carattere teorico sollevati in passato (quando l’interesse ad agire era stato definito persino come “la quinta ruota del carro” o considerato, nel processo amministrativo, “ridondante”). Il suo fondamento è rinvenuto, come noto, nell’[art. 100 c.p.c.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20113757&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno di cui all’[art. 39 c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595339&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)., ed è caratterizzato dalla “prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall’effettiva utilità che potrebbe derivare a quest’ultimo dall’eventuale annullamento dell’atto impugnato” (v. [Cons. St., Ad. plen. n. 4/2018](#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=4&idDocMaster=7092601&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), al punto 16.8).

Su tale nozione riposa, anche (se non soprattutto), la concezione soggettiva della tutela propria anche del processo amministrativo (sulla quale v. soprattutto [Cons. St. Ad. plen. n. 4/2011](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=497156&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) e più di recente [Corte cost., n. 271/2019](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=8349742&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)), e ad esso è attribuita una funzione di filtro processuale, sino a farne (ma il tema è tra i più sensibili) uno strumento di selezione degli interessi che chiedono tutela secondo la loro “meritevolezza” (per uno spunto, in questo senso, v. Cons. St. Ad. plen. 9/2014, al punto 8.3.4), in una logica non lontana da quella che fonda il divieto degli atti emulativi nel [codice civile (art. 833](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=827506&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

Il [codice del processo amministrativo](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595280&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) fa più volte riferimento, direttamente o indirettamente, all’interesse a ricorrere: all’art. 35, primo comma, lett. b) e c), all’art. 34, comma 3, all’art. 13, comma 4-bis e, in modo più sfumato, all’art. 31, primo comma, sembrando confermare, con l’accentuazione della dimensione sostanziale dell’interesse legittimo e l’arricchimento delle tecniche di tutela, la necessità di una verifica delle condizioni dell’azione (più) rigorosa. Verifica tuttavia da condurre pur sempre sulla base degli elementi desumibili dal ricorso, e al lume delle eventuali eccezioni di controparte o dei rilievi ex officio, prescindendo dall’accertamento effettivo della (sussistenza della situazione giuridica e della) lesione che il ricorrente afferma di aver subito. Nel senso che, come è stato osservato, va verificato che “la situazione giuridica soggettiva affermata possa aver subito una lesione” ma non anche che “abbia subito” una lesione, poiché questo secondo accertamento attiene al merito della lite.

6. Con specifico riferimento alla vicinitas, in ambito edilizio-urbanistico, dove la “qualificazione” dell’interesse del terzo può farsi discendere in ultimo dall’[art. 872 c.c.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=827577&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), dopo l’abrogazione dell’[art. 31 della legge urbanistica](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949199&idUnitaDoc=20155727&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) ad opera dell’art. 136, comma 1, lett. a) del d.p.r. 380/2001, il discorso va ora ricondotto entro gli schemi generali ricavabili dal [c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595280&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)..

Il ragionamento intorno all’interesse al ricorso, inteso come uno stato di fatto, si lega quindi necessariamente all’utilità ricavabile dalla tutela di annullamento e dall’effetto ripristinatorio; utilità che a sua volta è in funzione e specchio del pregiudizio sofferto. Tale pregiudizio, riprendendo quanto in precedenza accennato al punto 2, a fronte di un intervento edilizio contra legem è rinvenuto in giurisprudenza, non senza una serie di varianti, nel possibile deprezzamento dell’immobile, confinante o comunque contiguo, ovvero nella compromissione dei beni della salute e dell’ambiente in danno di coloro che sono in durevole rapporto con la zona interessata. Si può discutere se tali beni siano il risultato della scomposizione di un unico interesse per così dire riassuntivo, quello alla qualità dell’insediamento abitativo (espressione presente già nella ricordata sentenza 523/1970), o se debbano essere considerati per forza atomisticamente, sull’assunto che non sarebbe dato un interesse inerente all’insediamento abitativo come tale.

Il riferimento al godimento dell’immobile in uno con il richiamo a salute e ambiente è peraltro un piano di indagine già sufficientemente ampio ed è su di esso che la giurisprudenza ha fatto leva per ravvisare il pregiudizio sofferto dal terzo non solo ad esempio nella diminuzione di aria, luce, visuale o panorama, ma anche nelle menomazioni di valori urbanistici e nelle degradazioni dell’ambiente in conseguenza dell’aumentato carico urbanistico in termini di riduzione dei servizi pubblici, sovraffollamento, aumento del traffico (v., ancora da ultimo, [Cons. St., IV, n. 6130/2021](#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=4&idDocMaster=9335947&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

Un’indagine naturalmente strettamente legata - va detto una volta di più - al tipo di provvedimento contestato e all’entità e alla destinazione dell’immobile edificando o edificato, come dimostra il peculiare caso dal quale ha tratto origine l’odierna remissione.

È questo un caso nel quale la vicinitas è in termini di stretto collegamento tra la (proprietà di) parte ricorrente e l’area oggetto dell’intervento edilizio, trattandosi di immobili direttamente e immediatamente confinanti, sebbene la violazione, ossia il mancato rispetto delle distanze, come ricordato in premessa, si abbia non nei confronti dell’edificio di parte ricorrente ma di quello di chi a sua volta confina dall’altro lato con quello confinante. Non di meno si deve anche considerare come la costruzione del signor O si è andata incastonando tra quella di parte ricorrente e quella dei signori G e C, dove in precedenza non c’era nulla, inserendosi per così dire “tra di loro”, diminuendone aria e luce, visuale e panorama.

Se poi dal pregiudizio passiamo all’utilità, si deve considerare ancora come l’accoglimento del ricorso dei signori B condurrebbe all’annullamento, almeno in parte, della concessione edilizia del 2011, il che produrrebbe oltre all’effetto giuridico legato al venir meno retroattivamente del titolo, conseguenze conformative al momento non prevedibili poiché legate all’applicazione, a valle dell’annullamento giurisdizionale, dell’art. 38 del t.u. 380/2021 che come noto contempla diversi scenari possibili quali la rimozione dei vizi amministrativi, la riduzione in pristino, l’applicazione di una sanzione pecuniaria alternativa (ma alle condizioni ribadite da ultimo da [Cons. St., Ad. plen. n. 17/2020](#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=4&idDocMaster=8343833&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)); e dove quanto meno la riduzione in pristino, anche solo parziale, sarebbe misura certamente utile e vantaggiosa nella prospettiva demolitoria-ripristinatoria di parte ricorrente.

7. Tornando a ragionare sul piano generale, l’interesse ad agire dovrebbe ad esempio escludersi nei casi in cui il titolo edilizio impugnato fosse affetto da vizi solamente formali o procedurali, sicuramente emendabili, quand’anche ne fosse possibile l’annullamento, quindi senza che a tale annullamento possa seguire l’applicazione di una qualunque sanzione; o, ancora più in radice, laddove al rilascio illegittimo del titolo edilizio non fosse poi seguita alcuna attività e nel frattempo fosse maturato il termine di decadenza del permesso.

Ulteriori esempi sono prospettabili, magari più legati al tipo di violazione denunciato e alla sua concreta incidenza, in una materia nella quale l’estrema varietà dei casi rende pressoché impossibile fornirne una classificazione o anche solo una ricognizione appena soddisfacente. Con riferimento all’impugnazione di titoli edilizi correlati ad autorizzazioni commerciali, assume rilevanza anche la nozione di bacino d’utenza, che deve essere ricostruita tenendo conto della natura e delle dimensioni dell’opera.

8. Tirando le fila di tutto questo ragionamento, ricostruite le linee generali della materia, questa Adunanza ritiene che al primo dei quesiti (di cui alla lettera a) debba rispondersi nel senso che, riaffermata la distinzione e l’autonomia tra legittimazione e interesse al ricorso quali condizioni dell’azione, è necessario in via di principio che ricorrano entrambi e non può affermarsi che il criterio della vicinitas, quale elemento di differenziazione, valga da solo ed in automatico a soddisfare anche l’interesse al ricorso.

Dopodiché, ai quesiti di cui alle lettere b) e c), si deve rispondere nel senso che lo specifico pregiudizio derivante dall’intervento edilizio che si assume illegittimo, e che è necessario sussista, può comunque ricavarsi, in termini di prospettazione, dall’insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso, suscettibili di essere precisate e comprovate laddove il pregiudizio fosse posto in dubbio dalle controparti o dai rilievi del giudicante, essendo questione rilevabile d’ufficio nel rispetto dell’[art. 73, comma 3, c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595385&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza). e quindi nel contraddittorio tra le parti.

Venendo poi al (sotto)tema della violazione delle distanze, posto con il quesito di cui alla lettera d), si ritiene che, traendo anche spunto dalla vicenda che ha originato la rimessione, non solo la violazione della distanza legale con l’immobile confinante ma anche quella tra detto immobile e una terza costruzione possa essere rilevante, tutte le volte in cui da tale violazione possa discendere con l’annullamento del titolo edilizio un effetto di ripristino concretamente utile, per il ricorrente, e non meramente emulativo.

9. Sulla base di tutto quanto finora considerato possono quindi essere formulati i principi di diritto sulle questioni deferite ai sensi dell’[art. 99, comma 1, cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595421&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) all’Adunanza plenaria dal Consiglio di giustizia, al quale la causa va restituita ai sensi del comma 4 della medesima disposizione:

a) Nei casi di impugnazione di un titolo autorizzatorio edilizio, riaffermata la distinzione e l’autonomia tra la legittimazione e l’interesse al ricorso quali condizioni dell’azione, è necessario che il giudice accerti, anche d’ufficio, la sussistenza di entrambi e non può affermarsi che il criterio della vicinitas, quale elemento di individuazione della legittimazione, valga da solo ed in automatico a dimostrare la sussistenza dell’interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall’atto impugnato;

b) L’interesse al ricorso correlato allo specifico pregiudizio derivante dall’intervento previsto dal titolo autorizzatorio edilizio che si assume illegittimo può comunque ricavarsi dall’insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso;

c) L’interesse al ricorso è suscettibile di essere precisato e comprovato dal ricorrente nel corso del processo, laddove il pregiudizio fosse posto in dubbio dalle controparti o la questione rilevata d’ufficio dal giudicante, nel rispetto dell’[art. 73, comma 3, c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595385&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza).;

d) Nelle cause in cui si lamenti l’illegittimità del titolo autorizzatorio edilizio per contrasto con le norme sulle distanze tra le costruzioni imposte da leggi, regolamenti o strumenti urbanistici, non solo la violazione della distanza legale con l’immobile confinante con quello del ricorrente, ma anche quella tra detto immobile e una terza costruzione può essere rilevante ai fini dell’accertamento dell’interesse al ricorso, tutte le volte in cui da tale violazione possa discendere con l’annullamento del titolo edilizio un effetto di ripristino concretamente utile, per il ricorrente, e non meramente emulativo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull’appello come in epigrafe proposto, afferma i principi di diritto di cui in motivazione e restituisce per il resto al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

## 3. 3. Consiglio di Stato, sez. IV, 13 febbraio 2020 n. 1159

FATTO e DIRITTO

L’appellante è un’industria petrolchimica, la quale gestisce per quanto qui interessa un impianto che si trova a Brindisi, è soggetto a valutazione di impatto ambientale - VIA e ad autorizzazione integrata ambientale - AIA, ed è compreso nel relativo sito di interesse nazionale, dichiarato area ad elevato rischio di crisi ambientale con deliberazione del Consiglio dei Ministri 30 novembre 1990 (v. sentenza di I grado pp. 2-3).

La società ha impugnato in questa sede gli atti meglio indicati in epigrafe, ritenendosi pregiudicata dagli adempimenti da essi programmati in tema di valutazione del danno sanitario-VDS, nei termini che seguono.

2. Gli adempimenti in questione derivano dalla normativa che ora si espone.

2.1. In primo luogo, la Regione Puglia ha approvato la [l.r. 24 luglio 2012, n. 21](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=9&idDocMaster=3285325&idUnitaDoc=11227559&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), recante “Norme a tutela della salute, dell’ambiente e del territorio sulle emissioni industriali inquinanti per le aree pugliesi già dichiarate a elevato rischio ambientale”, al dichiarato scopo - come afferma il comma 1 dell’art. 1 di essa- di “prevenire ed evitare un pericolo grave, immediato o differito, per la salute degli esseri viventi e per il territorio regionale”.

La legge in questione, come previsto dal successivo comma 2 dell’art. 1, interessa poi le “aree di Brindisi e Taranto, già dichiarate aree a elevato rischio di crisi ambientale” e all’interno di esse gli stabilimenti i quali “presentano almeno una delle seguenti caratteristiche: a) sono fonte di emissioni di idrocarburi policiclici aromatici (IPA); b) scaricano in mare o nei corpi idrici del bacino regionale reflui di processo e acque di raffreddamento e di trattamento rivenienti da attività lavorative; c) impiegano per le loro attività materiali e composti polverulenti” con date caratteristiche ivi indicate; fra essi, vi è anche quello della appellante, che appunto si assume emettere IPA.

2.2. La legge regionale prevede all’art. 2 che per tali aree e stabilimenti l’autorità sanitaria e l’autorità ambientale regionali debbano redigere ogni anno un rapporto di valutazione del danno sanitario - VDS, ovvero una stima, basata ovviamente su criteri scientifici, della specifica incidenza dell’attività degli stabilimenti in questione su determinate malattie e determinate cause di morte che si riscontrano nella Regione; prevede poi ai successivi artt. 3, 4 e 5 che - ove il rapporto VDS evidenzi criticità - le aziende interessate debbano attivarsi per ridurre le emissioni reputate dannose, con possibilità, in caso di inadempimento, di vedere sospesa la propria attività.

2.3 In attuazione della legge, la Regione ha emanato anche l’atto impugnato, ovvero il [regolamento 3 ottobre 2012, n. 24](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=11&idDocMaster=2923285&idUnitaDoc=8467391&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), che prevede la metodologia di valutazione da impiegare e, all’allegato C, indica espressamente l’appellante come azienda alla quale si applica la normativa.

3. Con la sentenza indicata in epigrafe, il TAR ha dichiarato inammissibile per difetto di interesse il ricorso proposto dall’azienda contro tali atti, previo rituale rilievo d’ufficio della questione.

Omisssis

9. L’appello è infondato e va respinto, per le ragioni di seguito esposte.

10. È infondato il primo motivo, che critica la sentenza impugnata per avere ritenuto inammissibile, come si è visto per originario difetto di interesse, il ricorso di primo grado.

10.1 Condividendo sul punto quanto già affermato dal Giudice di primo grado, il Collegio richiama il costante e risalente orientamento giurisprudenziale secondo il quale i regolamenti e gli atti amministrativi generali sono impugnabili in via diretta solo ove contengano disposizioni in grado di ledere in via diretta ed immediata le posizioni giuridiche soggettive dei destinatari; negli altri casi, divengono impugnabili solo quando sorge l’interesse a ricorrere, ovvero assieme all’atto applicativo che produca una lesione effettiva, e non solo ipotetica o futura: in tali termini, per tutte [C.d.S.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3948490&idUnitaDoc=20124874&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), sez. V, 7 ottobre 2016, n. 4130, e 6 maggio 2015, n. 2260, nonché sez. VI, 29 marzo 1996, n. 512.

10.2. Ciò posto, applicando il principio delineato al caso di specie, il Collegio osserva, anche qui condividendo quanto affermato dal Giudice di primo grado, che nel regolamento impugnato disposizioni immediatamente lesive non ve ne sono.

Il regolamento stesso dà applicazione all’art. 2 della l.r. 21/2014, che prevede che le autorità sanitaria ed ambientale regionali debbano almeno ogni anno redigere un “rapporto di valutazione del danno sanitario (VDS) anche sulla base del registro tumori regionale e mappe epidemiologiche sulle principali malattie a carattere ambientale”, senza peraltro che, per il solo fatto di questa redazione, vengano imposti a qualunque privato oneri particolari.

Gli esiti possibili sono poi dettagliati nell’art. 6 del regolamento stesso, per cui le autorità competenti “provvedono a verificare preliminarmente la presenza di eventuali criticità sotto il profilo sanitario associate ai dati ambientali come sopra definiti, attraverso opportuni indicatori disponibili della descrizione dello stato di salute della popolazione”.

All’esito, vi sono tre possibilità: in primo luogo, “ove da tale esame non emergano criticità, il rapporto conclude per la non sussistenza di danno sanitario”, e quindi non impone alcuna prescrizione ad alcuno; può poi accadere che le criticità invece emergano, e in tal caso “si procede con le successive attività, di cui al ... diagramma di flusso” contenuto nell’allegato A del regolamento. Il diagramma in questione è in sostanza un riassunto, nelle forme dello schema a blocchi, della procedura nel suo complesso e prevede, nel caso in esame in cui le criticità vi siano, che si debba procedere ad un confronto con i dati sanitari ed epidemiologici, ovvero in sostanza ad un approfondimento istruttorio; all’esito di tale approfondimento, in sintesi estrema, si potrà concludere o non concludere per la sussistenza del danno sanitario.

10.3. Tanto premesso, si debbono fare due osservazioni.

In primo luogo, la procedura di valutazione delineata dal regolamento si svolge per così dire d’ufficio, nel senso che non impone alle aziende ad essa sottoposte alcun immediato specifico onere di collaborazione, ad esempio nel senso di un obbligo di formare una documentazione ovvero di raccogliere e mettere a disposizione determinati dati.

In secondo luogo, anche quando, a norma del regolamento, un danno sanitario venga ritenuto sussistente, non vi sono conseguenze dirette ed automatiche a carico delle imprese, perché per imporre loro le citate riduzioni di emissioni, di cui agli artt. 3 e ss. della legge, è necessario che il relativo rapporto, ai sensi dell’art. 6 della legge stessa, sia sottoposto alle interessate per le loro osservazioni è ‘validato’ dalla Giunta regionale tramite una presa d’atto.

Si deve quindi concordare con il Giudice di primo grado nel senso che il regolamento impugnato non contiene alcuna disposizione immediatamente lesiva.

11. La difesa della appellante ha contestato la pronuncia di inammissibilità sulla base dei seguenti argomenti, che il Collegio ritiene non condivisibili.

11.1 Omissis.

11.2. Sul punto, la difesa dell’appellante ha sostenuto (appello, p. 10 § 11) che il regolamento impugnato sarebbe immediatamente lesivo, in quanto sarebbe un ‘regolamento provvedimento’ che identifica già i propri destinatari, e in quanto il proprio assoggettamento alla valutazione annuale sarebbe già attuale, non ipotetico o futuro, e produrrebbe “ricadute negative” in termini, come si è detto, di oneri e costi per studi e consulenze da effettuare per rispondere ai rilievi dell’amministrazione e di immagine, come rischio di veder danneggiata la propria reputazione nel caso in cui fossero resi noti gli esiti sfavorevoli della procedura, che si deduce viziata sin dai presupposti, e quindi per definizione produttiva di risultati erronei.

11.3 Si risponde sul primo punto che l’identificazione dei destinatari di un regolamento non comporta ancora che a loro carico sussistano conseguenze sfavorevoli che ne legittimano l’immediata impugnazione: se ciò fosse vero, ad esempio i regolamenti che si rivolgono alla generalità dei cittadini, ad esempio di un Comune, dovrebbero essere immediatamente impugnabili da ciascuno di loro,

Entrambe le sentenze che la difesa dell’appellante cita a sostegno della propria tesi (ovvero [C.d.S.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3948490&idUnitaDoc=20124874&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451, e 16 febbraio 2012, n. 812) tengono per fermo il principio che per impugnare immediatamente un regolamento deve sussistere l’interesse attuale ad agire nei termini sin qui esposti, a prescindere dall’individuazione dei destinatari.

Sul secondo punto, si risponde che dall’assoggettamento dell’azienda alla procedura di VDS non deriva alcun immediato onere, neanche nelle forme di una necessaria collaborazione al procedimento.

La tesi per cui l’azienda sarebbe obbligata ad effettuare studi particolari quindi non risponde al vero, mentre il paventato danno all’immagine che deriverebbe dalla diffusione di notizie false è configurato dalla stessa parte come “rischio”, e quindi ancora una volta come solo futuro ed eventuale, e comunque non riconducibile come effetto tipico degli atti impugnati.

11.4. La difesa dell’appellante ha infine sostenuto ([appello, pp. 11-12](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=3881367&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) §§ 12-14) che il regolamento in questione sarebbe immediatamente impugnabile anche se lo si qualificasse non come ‘regolamento provvedimento’, ma come ‘regolamento volizione preliminare’, ovvero che necessita di atti applicativi.

Essa sostiene infatti in sintesi che si tratterebbe di un ‘regolamento di scontata attuazione’, di carattere sostanzialmente sanzionatorio, e quindi ancora una volta immediatamente lesivo.

Si risponde che la “scontata attuazione” del regolamento in parola è innanzi tutto una supposizione della parte, che non è suffragata da alcun indizio contenuto nella legge o nel regolamento, e nemmeno dai fatti, dato che, come affermato dalla sentenza di primo grado, ad alcuni anni di distanza dall’approvazione della legge, nulla di concretamente incidente sull’attività delle imprese è seguito.

Inoltre, quand’anche il regolamento contenga previsioni attributive di poteri di natura vincolata o caratterizzati dalla discrezionalità tecnica, in ogni caso la loro lesività diventerà attuale solo nel caso di emanazione degli atti applicativi, che abbiano riscontrato la sussistenza delle relative circostanze di fatto giustificative.

In altri termini, la ‘regola della doppia impugnazione’ - della disposizione regolamentare e dell’atto applicativo, quando questo sia emanato - si applica anche quando la disposizione regolamentare imponga di emanare un provvedimento avente un contenuto predeterminato, a seguito del riscontro di specifiche circostanze di fatto.

11.5. Omissis

12. L’infondatezza del primo motivo comporta l’improcedibilità di tutti i restanti, che presuppongono la sussistenza delle condizioni di trattabilità nel merito del ricorso originario.

13. In definitiva, l’appello va respinto e rimane ferma la dichiarazione di inammissibilità per difetto di interesse del ricorso di primo grado.

14. La particolarità del caso deciso, sul quale non constano precedenti editi negli esatti termini, è giusto motivo per compensare le spese.

## 3.4. Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2020 n. 1867

FATTO

Omissis.

Con il ricorso in primo grado la Cooperativa artigiana di garanzia aveva impugnato l’avviso con riguardo al requisito sub a), cui veniva subordinata la presentazione della domanda, in quanto preclusivo della sua partecipazione alla concessione dei contributi e comunque sproporzionato.

2. - La sentenza appellata ha dichiarato inammissibile il ricorso nella considerazione che la cooperativa non aveva presentato domanda di partecipazione alla procedura selettiva contestata, essendo conseguenzialmente priva di interesse a censurare la clausola del bando.

3.- Con l’appello la Cooperativa artigiana di garanzia della Provincia di Foggia ha criticato la sentenza, allegando la non necessarietà della presentazione della domanda di partecipazione per radicare l’interesse al ricorso avverso il bando, in quanto, prescrivendo lo stesso requisiti non posseduti, si sarebbe tradotto in un adempimento inutile; ha dunque reiterato i sei motivi di primo grado assorbiti dalla pronuncia in rito.

4. - Si sono costituiti in resistenza il Ministero dell’Economia e delle Finanze, nonché la Regione Puglia chiedendo la reiezione dell’appello.

5. - All’udienza pubblica del 3 ottobre 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Con il primo motivo di gravame l’appellante censura la pronuncia di inammissibilità, nella considerazione che sussiste il suo interesse al ricorso avverso la lex specialis del procedimento anche senza avere presentato la domanda di partecipazione, che sarebbe stata adempimento inutile in mancanza dei requisiti prescritti, seppure in violazione della legge.

Il motivo è fondato.

Secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, formatosi specialmente in materia di gare pubbliche, ma estensibile, per identità di ratio, a tutti i procedimenti di evidenza pubblica, è onere dell’interessato procedere all’immediata impugnazione della clausole del bando che prescrivano il possesso di requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara la cui carenza determina immediatamente l’effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta; solo il carattere ambiguo della clausola, che non rende immediatamente percepibile l’effetto preclusivo alla partecipazione per chi sia privo di un requisito soggettivo richiesto dal bando, ne esclude l’immediata lesività e ne consente l’impugnazione unitamente all’atto di esclusione, applicativo della clausola stessa suscettibile di diverse interpretazioni ([Cons. Stato, V, 12 aprile 2019, n. 2387](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=8045259&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

Detto in termini più generali, in tema di impugnazione di bandi di gara vige il principio per cui l’onere di immediata impugnazione del bando è circoscritto al caso di contestazione di clausole escludenti, cioè di clausole riguardanti requisiti di partecipazione, le quali siano ex se ostative alla partecipazione dell’interessato, mentre le clausole che non rivestono portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall’operatore economico che abbia partecipato alla gara o comunque manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura ([Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4](#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=4&idDocMaster=7092601&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); VI, 25 febbraio 2019, n. 1266).

Nel caso di specie è indubbio che la contestata clausola contenuta nel punto 4.1 della deliberazione n. 250 del 26 febbraio 2009 (rubricata “soggetti beneficiari” e richiedente il possesso, da parte dei confidi, di più di 3.000 soci operativi con sede legale in Puglia, ovvero, in alternativa, che abbiano in corso operazioni di garanzia superiori a 10 milioni di euro relative a finanziamenti bancari concessi a PMI con sede legale e/o operativa in Puglia) abbia natura escludente, in quanto tale da precludere all’appellante, la quale non possedeva (circostanza incontestata) detti requisiti, la partecipazione al procedimento di evidenza pubblica, o comunque da giustificare una prognosi, avente carattere di ragionevole certezza, di esito infausto della sua eventuale partecipazione.

Tale opinamento sulla natura escludente della clausola non è destinato a mutare in considerazione del fatto che l’avviso pubblico consentiva di accedere ai benefici anche ai confidi che avessero in corso procedimenti di fusione (all’esito dei quali raggiungere o migliorare i requisiti prescritti) non foss’altro per l’assorbente considerazione che i procedimenti di fusione od aggregazione dovevano essere in corso al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda di contributo e dunque costituivano obiettivo non perseguibile con uno sforzo di normale od anche professionale diligenza.

2. - L’accoglimento del motivo scrutinato comporta, in riforma della sentenza appellata, che il ricorso di primo grado deve essere ritenuto ammissibile.

Ne consegue che occorre ora procedere alla disamina delle censure svolte in primo grado e riproposte in appello.

Omissis

## 3.5. T.A.R. Puglia sez. III - Bari, 08/01/2020, n. 17

La ricorrente ditta è proprietaria di un complesso immobiliare prospiciente la S.P. 231, posto a confine tra i Comuni di Corato e di Ruvo di Puglia.

Espone, in fatto, di:

- avere appreso dalla stampa locale che, su iniziativa dell’ANAS, era in corso l’approvazione di un progetto di opera pubblica denominata “Terzo Anello - Variante ad Est dell’abitato di Corato” che avrebbe creato un collegamento tra la S.P. 231 e la S.P. 238;

- avere ottenuto, in seguito a istanza di accesso agli atti della procedura - formulata in data -OMISSIS-- la documentazione tecnico-amministrativa riguardante l’opera pubblica dal cui esame si avvedeva che l’opera in questione, approvata a livello di progetto preliminare, avrebbe comportato l’esproprio della quasi totalità del terreno di sua proprietà, tipizzato quale “Zona E/3 Rurale Vincolata di valore ambientale ambito C”;

Omissis

DIRITTO

I - La prima censura posta a sostegno dell’impugnazione riguarda il Verbale di Riunione Preliminare del -OMISSIS-, con il quale è stato approvato il progetto preliminare dell’opera viaria in esame.

Il ricorrente, dopo avere sostenuto la tesi della immediata lesività dell’atto di approvazione del progetto preliminare di opera pubblica, avallata dalla giurisprudenza amministrativa - che perviene a questa conclusione quando il progetto preliminare contiene statuizioni direttamente lesive della sfera giuridica dei soggetti interessati (cfr: [Tar Genova, Sez I, 08/04/2013, n. 585](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=3887527&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)) - assume che:

- il Verbale di Riunione Preliminare del -OMISSIS-è illegittimo perché gli Enti intervenuti hanno scelto, in via definitiva, una tra le tre soluzioni progettuali alternative elaborate dall’Anas s.p.a., senza coinvolgere la Regione Puglia, sebbene la viabilità in questione costituisse variante al Piano Regionale dei Trasporti - come risulterebbe anche da nota del -OMISSIS-del Comune di Corato - consumando la violazione delle competenze affidate alla Regione in materia urbanistica, ai sensi degli artt. 117 comma 3 e 118; a nulla rilevando il fatto che la stessa Regione Puglia fosse stata chiamata a pronunciarsi a consuntivo sulla scelta progettuale già assunta da altri Enti;

- lo stesso Verbale del -OMISSIS-è privo di motivazione, anche con riferimento ai pareri espressi dagli Enti che hanno partecipato alla riunione, in ordine alle ragioni che hanno indotto gli Enti partecipanti a preferire la soluzione progettuale implicante l’esproprio del suolo del ricorrente, in rapporto alla più efficace rispondenza all’interesse pubblico da soddisfare; ciò - a dire del ricorrente - rivelerebbe l’eccesso di potere per carenza di motivazione e difetto di istruttoria.

Il motivo su esposto è da ritenersi inammissibile e, comunque, infondato.

È infatti inammissibile l’impugnativa del progetto preliminare di un’opera pubblica.

Lo stesso [art. 93 del d.lgs. 163 del 2006](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3948605&idUnitaDoc=20131960&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), del quale il ricorrente lamenta la violazione, prevede che l’attività di progettazione per la esecuzione di lavori pubblici si articola secondo tre livelli di approfondimento tecnico in progetto preliminare, progetto definitivo e progetto esecutivo.

Si osserva, in proposito, che il progetto preliminare definisce le caratteristiche qualitative e funzionali dell’opera, nonché il quadro delle esigenze da soddisfare e consiste in una relazione illustrativa delle ragioni della scelta della soluzione prospettata in base alle valutazioni delle eventuali soluzioni possibili tenendo conto tra l’altro dei profili ambientali, della fattibilità amministrativa e tecnica, accertate mediante indagini di prima approssimazione.

Il progetto definitivo raggiunge, invece, un livello di maggior dettaglio nella descrizione dell’opera pubblica da licenziare.

L’approvazione del progetto definitivo da parte di un’Amministrazione aggiudicatrice equivale, com’è noto, a dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza dell’opera.

Al progetto esecutivo è affidato il ruolo di ulteriore specificazione dei lavori da realizzare e del relativo costo, in modo tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, dimensione e prezzo.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che nell’ambito della serie procedimentale relativa all’iter di approvazione di un progetto per la realizzazione di un’opera pubblica devono considerarsi impugnabili solo gli atti effettivamente dotati di lesività, tra cui l’approvazione del progetto definitivo dei lavori da realizzare che, contenendo la dichiarazione di pubblica utilità dell’opera da realizzare, imprime al bene del privato quella particolare qualità che lo rende assoggettabile alla procedura espropriativa.

Si è, infatti, condivisibilmente chiarito che: “Il ricorso avverso la deliberazione con cui il Comune ha approvato un progetto preliminare (nella specie: per l’ampliamento di una via e per la realizzazione di un innesto di essa con una strada statale) è inammissibile per carenza di interesse attuale e concreto: infatti, solo dal momento dell’approvazione del progetto definitivo si concretizza l’interesse all’impugnazione del progetto, in quanto solo con il progetto definitivo l’opera pubblica assume una stabile connotazione che consente di valutare appieno i profili di interferenza, e quindi di lesività, con le posizioni giuridiche dei confinanti o vicini, mentre al livello di progettazione preliminare la stessa è ancora ad uno stadio iniziale, abbozzato, e, come tale, insuscettibile di radicare un interesse concreto ed attuale all’impugnazione: alla luce dell’[*art. 93, commi 3 e 4, d.lgs. n. 163 del 2006*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3948605&idUnitaDoc=20131960&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), dal confronto dell’oggetto dei due livelli di progettazione emerge come solo con il progetto definitivo vengono individuati compiutamente i lavori da realizzare, dovendo quest’ultimo contenere tutti gli elementi necessari per il rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni” (cfr.: [T.A.R. Venezia - Veneto sez. I, 01/08/2014, n. 1114](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4401082&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

Omissis

## 3.6. T.A.R. Calabria, sez. I, 18 dicembre 2020, n. 2077

Fatto

Con ordinanza contingibile e urgente del 9 novembre 2020, n. 496, il Sindaco del Comune di Paola ha disposto che, *“dal 10 novembre 2020 e fino a tutto il 21 novembre, le attività didattiche delle scuole dell’infanzia, delle primarie e delle secondarie di primo grado, sia pubbliche che private ricadenti nel territorio del Comune di Paola, si svolg*(essero) *esclusivamente – ove possibile e con organizzazione integralmente demandata all’autonomia delle istituzioni scolastiche – con modalità a distanza”*.

Omissis.

3. – I ricorrenti, genitori di minori iscritti e frequentanti gli istituti scolastici ricadenti nel territorio del Comune di Paola, hanno impugnato l’ordinanza d’innanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale, domandandone l’annullamento.

A sostegno della loro domanda hanno dedotto un unico, articolato motivo di ricorso, con cui hanno denunciato la violazione degli artt. 1 e 2 d.l. 25 marzo 2020, n. 19, conv. con l. 22 maggio 2020, n. 35, e successive modificazioni; la violazione dell’art. 50 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; nonché la violazione dell’art. 34 Cost.; ed inoltre l’eccesso di potere, manifestato dal difetto di istruttoria e di motivazione, dalla carenza dei presupposti, dal travisamento dei fatti, dalla contraddittorietà e dal difetto di proporzionalità.

In particolare, la decisione del Sindaco di Paola si porrebbe in contrasto con le determinazioni assunte dal Presidente del Consiglio dei Ministri con d.P.C.M. del 3 novembre 2020, in base alle quali, pur in un contesto di stringenti restrizioni alla libertà personale, è stato assicurato ai più giovani il diritto allo studio e alla didattia in presenza, nel rispetto delle misure di sicurezza stabilite dal Ministero dell’Istruzione, le quali non prevedono la chiusura indiscriminata degli istituti scolastici in caso di accertamento di positività al SARS-CoV-2 tra la popolazione scolastica.

Sotto altro profilo, gli istituti scolastici presenti nel territorio di Paola non presenterebbero particolari profili di problematicità, e anzi si caratterizzerebbero per l’assenza di alunni positivi al virus SARS-CoV-2.

Da ciò si evincerebbe il palese difetto di istruttoria che caratterizza l’ordinanza impugnata, difetto peraltro ammesso laddove si parla di *“assenza di dati precisi”*. Non meno rilevante sarebbe il fatto che tutti gli elementi fattuali su cui si basa la decisione del Sindaco di Paola sarebbero già stati presi in considerazione dal Governo, che proprio per le criticità del sistema sanitario regionale ha sottoposto la Regione Calabria al regime più restrittivo riservato alle c.d. Regioni rosse, nondimeno confermando la didattica in presenza per le scuole primarie e per la prima classe della scuola secondaria inferiore.

4. – Con decreto del 14 novembre 2020, il Presidente di questo Tribunale Amministrativo Regionale ha assicurato tutela cautelare interinale, sospendendo l’efficacia del provvedimento impugnato in considerazione della sussistenza del *fumus* del vizio del difetto di istruttorio e del possibile grave pregiudizio per il diritto all’istruzione dei minori.

5. – Il Comune di Paola si è costituito con comparsa meramente formale.

Ha però prodotto l’ordinanza del 19 novembre 2020, n. 601, con cui il Sindaco, preso atto del decreto cautelare monocratico, preso atto altresì che con ordinanza del 14 novembre 2020, n. 87, il Presidente facente funzioni della Regione Calabria ha disposto la sospensione delle attività scolastiche in presenza sull’intero territorio regionale, ha revocato il provvedimento impugnato.

6. – Il ricorso è stato trattato ai sensi dell’art. 25, comma 2 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, in data 16 dicembre 2020 e trattenuto in decisione ai sensi dell’art. 60 c.p.a.

DIRITTO

7. – I ricorrenti insistono perché, non essendo più utile una decisione cautelare, il Tribunale si pronunci con sentenza breve accogliendo il loro ricorso, per il quale sussisterebbe ancora interesse benché il provvedimento impugnato fosse destinato a produrre effetti per un arco temporale già trascorso al momento della trattazione del ricorso in camera di consiglio e sia stato comunque revocato dopo l’emanazione del decreto cautelare monocratico del Presidente di questo Tribunale.

Il Tribunale ritiene, da un lato, che sussista tuttora l’interesse dei ricorrente a una pronuncia nel merito, per come sarà *ultra* illustrato; e, dall’altro lato, che sia opportuno rendere sin d’ora sentenza ai sensi dell’art. 60 c.p.a.

D’altra parte, la possibilità che il giudice amministrativo chiuda il processo con sentenza immediata presuppone, a ben vedere, solo la proposizione dell’istanza cautelare, ma non anche la permanenza dell’interesse della parte (o delle parti) alla decisione di tale domanda. (cfr., tra le tantissime, Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2015, n. 3718; TAR Calabria - Reggio Calabria, 2 ottobre 2018, n. 589; TAR Veneto, Sez. III, 23 luglio 2018, n. 799; TAR Puglia - Bari, Sez. III, 13 gennaio 2012, n. 178)

7.1. – Quanto alla persistenza dell’interesse alla decisione del ricorso, si osserva che, se è vero che di regola l’interesse al ricorso viene meno allorché l’atto impugnato abbia esaurito i suoi effetti, ciò non toglie che la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante alla decisione del ricorso debba essere apprezzata caso per caso.

In effetti, in una recente pronuncia relativa al calendario venatorio (TAR Calabria – Catanzaro, Sez. I, 24 settembre 2020, n. 1470), nella quale il ricorso è stato spedito in decisione in data successiva allo spirare dell’efficacia del calendario, il Tribunale ha ritenuto che i ricorrenti, alcune associazioni ambientaliste, avessero mantenuto l’interesse ad affermare la sua illegittimità, anche allo scopo di orientare per il futuro l’operato dell’amministrazione regionale (cfr. anche TAR Toscana, Sez. II, 20 giugno 2020, n. 848).

Non si tratta, è stato precisato, di svolgere un inammissibile sindacato giurisdizionale su poteri non ancora esercitati dall’amministrazione, in quanto è evidente che il Tribunale può solo sindacare la legittimità del provvedimento impugnato; piuttosto, si tratta di riscontrare l’eventuale sussistenza di profili di illegittimità lamentati, di modo che l’amministrazione ne possa tenere conto, nel futuro, nell’esercizio del potere pubblico.

7.2. – Tale conclusione, in effetti, si pone in armonia con la giurisprudenza che si è venuta a formare a proposito dell’impugnativa di atti suscettibili di essere reiterati nel tempo.

Infatti, si è detto che in tali casi l’effetto della sentenza del giudice amministrativo non si esaurisce nel solo annullamento dell’atto riscontrato illegittimo, ma contiene anche la regola alla quale l’amministrazione deve attenersi nel futuro (cfr. tra le altre, Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 1993, n. 891; Cons. Stato, Sez. IV, 1 febbraio 2001, n. 398).

7.3. – Peraltro, proprio nella pronuncia di questo Tribunale sul calendario venatorio (la già citata sentenza n. 1470 del 2020), si è osservato che, *“tenuto conto dei fisiologici tempi del processo e della limitata efficacia temporale dei calendari venatori, ritenere che venga meno l’interesse al ricorso una volta che questi ultimi abbiano cessato di produrre effetti significherebbe rendere claudicante, in una materia sensibile quale quella della tutela dell’ambiente, il diritto a ottenere una decisione sul merito del ricorso, diritto che verrebbe condizionato al dato contingente del carico sul ruolo del Tribunale Amministrativo Regionale competente e all’eventuale scelta, tuttavia non sempre possibile o auspicabile, da parte del giudice di decidere il ricorso con sentenza breve ai sensi dell’art. 60 c.p.a.”*.

7.4. – Le riflessioni svolte in quella sede valgono a maggior ragione nella presente vicenda, in cui la limitata efficacia temporale del provvedimento impugnato, incidente sul diritto costituzionalmente tutelato all’istruzione, ha addirittura impedito che il ricorso fosse trattato collegialmente prima che il provvedimento cessasse di produrre i suoi effetti. È evidente che solo una pronuncia, sia pure postuma, sul merito del ricorso possa soddisfare il diritto alla difesa avverso gli atti della pubblica amministrazione, di cui agli artt. 24 e 113 Cost.

7.5. – Va infine osservato che l’intervenuta revoca dell’ordinanza impugnata nemmeno esclude l’interesse alla decisione.

Tale provvedimento di secondo grado, infatti, non è dovuto a una rimeditazione, da parte del Sindaco di Paola, della situazione di fatto rilevante alla luce delle norme applicabili. Piuttosto, con il provvedimento di revoca ci si limita a prendere atto dalla pronuncia cautelare interinale e della coeva emanazione, da parte del Presidente facente funzioni della Regione Calabria, di altra ordinanza (anch’essa poi impugnata e oggetto di sospensione degli effetti con decreto cautelare monocratico del 23 novembre 2020, n. 609), con cui la sospensione della didattica in presenza è stata disposta per tutte le scuole ricadenti nel territorio della Regione Calabria.

Non a caso, con successive ordinanze contingibili e urgenti del 24 novembre 2020, n. 633, e del 29 novembre 2020, n. 663, il Sindaco del Comune di Paola ha ulteriormente sospeso, dapprima sino al 28 novembre, quindi sino al 3 dicembre 2020, lo svolgimento dell’attività didattica in presenza sull’intero territorio comunale.

Su tali più recenti provvedimenti il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria è chiamato a pronunciarsi con nuovo ricorso iscritto al n. 1441/2020 R.G., nell’ambito del quale ancora una volta è stata disposta, con decreto cautelare monocratico del 2 dicembre 2020, n. 632, la sospensione degli effetti dell’ordinanza sindacale.

Ma non può sfuggire come l’operato dell’amministrazione renda evidente la persistenza dell’interesse alla decisione anche sul presente ricorso.

*Nel merito il ricorso è fondato.* Omissis

Il fondamento normativo del potere sindacale di ordinanza, in caso di emergenza sanitaria, è da individuare nell’art. 32, comma 3, l. 23 dicembre 1978, n. 833, e nell’art. 50 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

In via generale, il ricorso all’ordinanza contingibile e urgente è stato ritenuto dalla giurisprudenza (cfr. da ultimo e tra le molte, Cons. Stato, Sez. II, 11 luglio 2020, n. 4474) ammissibile unicamente al fine di fronteggiare con immediatezza sia una situazione di natura eccezionale ed imprevedibile, sia una condizione di pericolo imminente al momento dell’adozione dell’ordinanza.

12.3. – Nel contesto dell’epidemia in corso, dove è stato già messo in atto un articolato sistema di risposta all’emergenza, con l’adozione di misure di mitigazione del rischio epidemico via via più restrittive a seconda della concreta situazione del territorio regionale, il potere di ordinanza sindacale è quindi limitato ai casi in cui sia necessaria una risposta urgente – che vada al di là delle misure adottate dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dai Ministri competenti ed, eventualmente, dalle singole Regioni – a specifiche situazioni che interessino il territorio comunale.

12.4. – In altre parole, il Sindaco non può sostituire il proprio apprezzamento, per quanto prudente e ponderato, alla valutazione epidemiologica e al bilanciamento degli interessi operato dall’Autorità governativa ed, eventualmente, dalle singole Regioni.

Innanzitutto perché, contrariamente opinando, la naturale pluralità di misure adottate dai sindaci minerebbe la risposta unitaria e organica a una crisi sanitaria di carattere planetaria; non a caso, proprio con riferimento all’emergenza sanitaria attualmente in atto, il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che *“in presenza di emergenze di carattere nazionale* (...)*, pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell’emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali”* (Cons. Stato, Sez. I, parere 7 aprile 2020, n. 735) .Ma soprattutto perché, sul piano strettamente normativo, non sussistono quegli ambiti di *“vuoto ordinamentale”* nel contesto del quale è ammissibile l’esercizio di poteri contingibili e urgenti.

Invero, come è stato acutamente osservato dalla dottrina costituzionalistica, nell’odierno contesto emergenziale, una volta intervenuti i decreti governativi, non è preclusa l’adozione di ordinanze sindacali, ma il potere di ordinanza non può sovrapporsi ai campi già regolati dalla normazione emergenziale dello Stato, restando libero di intervenire solo in quelli lasciati scoperti (ancorché con il limite del necessario rispetto del bilanciamento tra principi e diritti costituzionali diversi operato in sede centrale) e in presenza di specifiche esigenze locali

12.5. – In sintesi, nel contesto dell’emergenza derivante dall’epidemia di Covid- 19, l’ordinanza contingibile e urgente è adottabile dal sindaco a fronte di situazione proprie del territorio comunale, che, per la loro specificità o per la loro improvvisa manifestazione non sono state considerate in sede di adozione delle misure a carattere nazionale o regionale.

Va da sé che a monte dell’adozione di tale provvedimento *extra ordinem* vi deve essere un’istruttoria adeguata, basata su dati oggettivi e scientificamente attendibili, e una motivazione congrua (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2019, n. 3580).

12.6. – Ciò è ancor più vero con riferimento alle modalità di istruzione scolastica, laddove vi è a monte la decisione, contenuta del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di continuare a consentire lo svolgimento in presenza della scuola dell’infanzia, della scuola primaria, dei servizi educativi per l’infanzia, del primo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado, anche nelle Regioni con il più alto rischio epidemiologico. E laddove vi è una puntigliosa regolamentazione delle modalità di svolgimento delle lezioni, intesa a minimizzare il rischio di contagi.

In questa materia, dunque, i vari interessi coinvolti, quello alla salute, quello all’istruzione, quello allo svolgimento della personalità dei minori e degli adolescenti in un contesto di socialità, sono stati bilanciati e ricomposti a livello nazionale, peraltro con modalità tali da garantire una flessibile risposta ai diversi gradi di emergenza epidemiologica.

12.7. – In proposto, il Tribunale deve ricordare che, se è innegabile che il diritto alla salute è al vertice dei diritti sociali, perché consente all’individuo di godere delle libertà e degli altri diritti che la Repubblica riconosce, nondimeno il diritto all’istruzione si colloca poco dietro.

Esso è il principale strumento con cui lo Stato provvede, ai sensi dell’art. 3, comma 2, a rimuovere, specie nei territori più svantaggiati, gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Attraverso l’istruzione, inoltre, si hanno più ampie prospettive di accesso al lavoro su cui la Repubblica è fondata.

12.8. – Dunque, il bilanciamento tra i due diritti in un contesto di epidemia non può essere demandato all’intervento, per sua natura episodico e frammentario, dei Sindaci, i quali avranno potere di emettere ordinanza contingibile e urgente negli scarsi *“spazi liberi”* la sciati dalla regolamentazione nazionale e con i limiti già sottolineati.

12.9. – Peraltro, non si può omettere di ricordare che il principio di precauzione, cui pure questo Tribunale ha riconosciuto un rilievo primario (cfr. la già citata sentenza del maggio 2020, n. 841), non può essere invocato oltre ogni limite, ma secondo il principio di proporzionalità, come ricordato tanto dall’insegnamento, nelle materie di competenza dell’Unione europea, dalla Corte di Giustizia (cfr. CGUE, Sez. I, 9 giugno 2016, in causa C-78/2016, *Pesce*), tanto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, sul bilanciamento tra valori dell’ambiente e della salute da un lato e della libertà di iniziativa economica e del diritto al lavoro dall’altro).

Dunque, la doverosa necessità di tutelare la salute non può risolversi in una tirannia di questo diritto rispetto alle altre libertà e agli altri diritti fondamentali, dovendosi ricordare che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri (ancora Corte cost. n. 85 del 2013).

13. – Venendo al caso di specie, l’ordinanza oggetto di impugnativa, per come denunciato dai ricorrenti, si pone al di fuori dei limiti delineati ai §§ che precedono.

13.1. – Come già sottolineato in sede di decreto monocratico, il provvedimento contingibile sconta un evidentissimo difetto di istruttoria, riconosciuto peraltro nella stessa sua motivazione, con la quale si ammette l’*”assenza di dati precisi”*. L’amministrazione, invero, non ha riscontrato focolai di infezione negli istituti scolastici con sede nel territorio di Paola, né un’incidenza del contagio nella popolazione locale, o un incremento dello stesso, maggiore della media nazionale.

La debolezza del sistema sanitario regionale, le difficoltà del tracciamento, l’eventuale (ma allo stato notoriamente oggetto di discussione nella comunità scientifica) ruolo degli studenti nella diffusione del virus, d’altro canto, sono elementi che in parte sono comuni all’intera comunità nazionale, e che, in quanto specificamente accentuati nella Regione Calabria, sono stati presi in considerazione allorché al territorio regionale sono state applicate le misure di contenimento dell’epidemia previste per le c.d. Regioni rosse.

13.2. – Il difetto di istruttoria ridonda sull’insufficiente motivazione, dalla quale non è possibile individuare elementi seri e scientificamente attendibili circa la necessità e l’urgenza di disporre, in ossequio al principio di precauzione, per come delineato al § 12.9, la sospensione delle attività scolastica in presenza nel territorio del Comune di Paola, in difformità dalle regole di gestione dell’emergenza epidemiologica applicabili sul territorio calabrese.

14. – Per tale ragione, il ricorso deve essere accolto, con annullamento del provvedimento impugnato.

Le spese di lite sono regolate secondo il principio della soccombenza, con distrazione in favore dei costituiti procuratori.

# 4. L’azione di annullamento

## 4. 1. Consiglio Di Stato, Ad. pl., 13 Aprile 2015, n. 4

FATTO

Con ordinanza di remissione alla Adunanza Plenaria n. 284 del 2015 la Sezione remittente rappresentava quanto segue.

La dottoressa Lo.Gi., attuale appellante, partecipava a concorso pubblico per titoli ed esami avente ad oggetto la copertura di tre posti di funzionario tecnico di ragioneria (all’epoca VIII qualifica funzionale, ai sensi del [d.P.R. 25 giugno 1983 n.347](http://bdpa24.ilsole24ore.com/utility/Auth.aspx?view=provlink&iddoctype=1&idFonte=1&idProvv=10379)), dei quali uno riservato al personale interno, indetto dal Comune de L’Aquila, con deliberazione della Giunta Comunale n.1363 del 26 agosto 1997.

Nel bando di concorso era previsto, tra le altre cose, all’art. 6 il programma di esami, stabilendo che sarebbero state svolte due prove scritte, una in materia di legislazione amministrativa e tributaria concernente gli enti locali, e la seconda in materia di diritto amministrativo e tributario con particolare riferimento agli enti locali.

In relazione alla nomina della commissione esaminatrice, l’art. 8 del bando rinviava alla normativa vigente; l’art. 9 del bando precisava che avrebbero conseguito l’ammissione al colloquio orale i candidati che avessero riportato in ciascuna prova scritta la valutazione di almeno 7/10.

Con nota del 28 aprile 1999 del presidente della commissione esaminatrice, la signora Gi. veniva informata di avere ottenuto il punteggio di 4/10 per il suo elaborato relativo alla prima prova scritta e di 6/10 per l’elaborato relativo alla seconda prova scritta e quindi di non essere stata ammessa a sostenere la prova orale.

L’attuale appellante riferiva di avere chiesto in data 15 maggio 1999 accesso alla documentazione amministrativa relativa al concorso e di avere constatato che la votazione insufficiente le era stata attribuita da una commissione d’esame da lei ritenuta non costituita secondo la disciplina prevista dall’art. 37 del Regolamento organico del personale del Comune e che, in violazione dell’art. 46 dello stesso regolamento, la commissione non aveva provveduto alla previa determinazione dei criteri e delle modalità di valutazione delle prove sostenute.

Proponeva quindi ricorso sub. R.G.N. 469 del 1999 innanzi al T.A.R. per l’Abruzzo, sede de L’Aquila, chiedendo l’annullamento del provvedimento recante la sua mancata ammissione alle prove orali, nonché delle deliberazioni della Giunta Comunale n.565 del 21 maggio 1998 e n. 979 del 14 luglio 1998, recanti la nomina della commissione esaminatrice, nonché degli atti della procedura concorsuale e, segnatamente, dei verbali della commissione esaminatrice n. 1 del 30 settembre 1998, n.2 del 7 ottobre 1998 e n. 8 del 28 aprile 1999.

Con il ricorso di primo grado venivano dedotte le seguenti censure: 1) violazione dell’art. 37 del Regolamento organico del Personale in vigore presso il Comune de L’Aquila, degli artt. 1 e 8 del bando, per illegittimità della composizione della commissione, in quanto il funzionario “esperto” componente della commissione, prescelto tra i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, non apparteneva, come invece prescritto, alla qualifica funzionale superiore rispetto a quella relativa al posto messo a concorso, non essendo un dirigente; 2) violazione dell’art. 46 del regolamento non avendo la commissione previamente stabilito, nella prima riunione, i criteri di valutazione delle prove scritte; 3) eccesso di potere per illogicità manifesta e contraddittorietà.

La ricorrente concludeva per l’accoglimento del ricorso, con ogni consequenziale statuizione in ordine alle spese ed onorari del giudizio; si costituivano i controinteressati El.Si. e Pa.Co., eccependo preliminarmente l’inammissibilità del ricorso e chiedendo la sua reiezione; non si costituiva il Comune.

Con la sentenza di primo grado n. 69 depositata in data 5 marzo 2002, l’adito Tribunale respingeva il ricorso. OMISSIS

Con l’appello proposto r.g.n. 9166 del 2002 l’appellante chiedeva la riforma della sentenza appellata, riproponendo anche nel presente grado le prime due censure sopra descritte e riferendo le sue censure anche alle considerazioni argomentative contenute nella sentenza di rigetto.

Si sono costituiti i signori Co.Pa. e Si.El., replicando ai motivi avversari e chiedendo il rigetto dell’appello. OMISSIS

Alla udienza pubblica del 9 luglio 2014 la causa veniva decisa.

La Sezione rimettente respingeva, con valenza di sentenza parziale ai sensi dell’art. 36, comma 2 cod. proc. amm., il primo motivo di appello relativo alla asserita violazione dell’art. 37 del Regolamento su citato, condividendo quanto statuito dal primo giudice in relazione alla “qualifica funzionale superiore rispetto a quella relativa messa a concorso”, che può dirsi concretata anche per coloro che non sono inquadrati in tale qualifica, ma ne svolgono interinalmente le funzioni su formale incarico, valendo l’aspetto sostanziale della esperienza maturata al fine di legittimare la nomina a componente della commissione.

In ordine al secondo motivo, la Sezione affermava che il principio della previa fissazione dei criteri di valutazione delle prove concorsuali che devono essere stabiliti dalla commissione esaminatrice, nella sua prima riunione - o tutt’al più prima della correzione delle prove scritte - deve essere inquadrato nella ottica della trasparenza dell’attività amministrativa perseguita dal legislatore, che pone l’accento sulla necessità della determinazione e della verbalizzazione dei criteri stessi in un momento nel quale non possa sorgere il sospetto che questi ultimi siano volti a favorire o sfavorire alcuni concorrenti; e tra la necessaria fissazione dei criteri anzidetti e la legittimità dell’attribuzione del voto numerico che legittimamente sintetizza la valutazione della commissione sussiste un nesso indissolubile, poiché - se mancano criteri di massima e precisi parametri di riferimento cui raccordare il punteggio assegnato - risulta illegittima la valutazione dei titoli in forma numerica.

Pertanto, differentemente dal primo giudice, la Sezione remittente riteneva che “la illegittimità degli atti risulta effettivamente sussistente, non essendo stati fissati i criteri di valutazione da parte della commissione d’esame”.

La Sezione riteneva di sottoporre alla Adunanza Plenaria la questione se il giudice amministrativo - in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa ovvero in applicazione dell’art. 34, comma 3, c.p.a. - possa non disporre l’annullamento della graduatoria di un concorso, risultata illegittima per un vizio non imputabile ad alcun candidato, e disporre che al ricorrente spetti un risarcimento del danno (malgrado questi abbia chiesto soltanto l’annullamento degli atti risultati illegittimi), quando la pronuncia giurisdizionale - in materia di concorsi per la instaurazione di rapporti di lavoro dipendente - sopraggiunga a distanza di moltissimi anni dalla approvazione della graduatoria e dalla nomina dei vincitori (circa quindici anni sono trascorsi dalla assunzione in servizio dei vincitori incolpevoli e la rilevazione dei vizi, con la pronuncia di remissione), e cioè quando questi abbiano consolidato le scelte di vita e l’annullamento comporti un impatto devastante sulla vita loro e delle loro famiglie.

L’ordinanza di remissione ritiene che, pur avendo la parte formalmente impugnato gli atti della procedura concorsuale chiedendone l’annullamento, l’adito giudice amministrativo potrebbe, basandosi su una valutazione di tutte le circostanze, mutando d’ufficio la domanda, disporre unicamente il risarcimento del danno, senza il previo annullamento degli atti illegittimi; in tal senso varrebbero i principi di giustizia richiamati dalla sentenza del Consiglio di Stato sezione sesta n. 2755 del 2011 che, pure in controversia in materia ambientale e in applicazione di principi del diritto europeo, ha statuito il potere del giudice amministrativo di non disporre l’annullamento dell’atto illegittimo, quando nessun vantaggio arrechi al ricorrente né ne derivi alcun beneficio agli interessi pubblici; in tale senso varrebbero anche i principi di proporzionalità, equità e giustizia, che debbono permeare anche la giustizia amministrativa, oltre che l’attività della pubblica amministrazione.

L’ordinanza di rimessione aggiunge che, se l’appellante avesse formulato espressa domanda di risarcimento derivante dalla illegittimità della procedura concorsuale conclusasi nell’anno 1999, il giudizio avrebbe potuto concludersi con l’accoglimento della domanda risarcitoria, senza necessità di provvedere all’annullamento degli atti impugnati, potendo il giudice “modulare” la tutela, in considerazione del danno sociale che deriverebbe da un eventuale annullamento.

E’ vero, osserva l’ordinanza di rimessione, che il lungo tempo trascorso non costituisce in sé una giusta ragione per non disporre l’annullamento; tuttavia, ciò sarebbe possibile su questioni che riguardano le persone fisiche e le loro attività lavorative (si direbbe l’esistenza libera e dignitosa di cui all’art. [**36 Cost.**](http://bdpa24.ilsole24ore.com/utility/Auth.aspx?view=document&documentType=1&documentId=153874)), valutando che l’annullamento, mentre sottrarrebbe un bene della vita essenziale ad uno o più controinteressati incolpevoli, neppure attribuirebbe al ricorrente se non una chance o una mera possibilità di rinnovazione procedimentale.

A tal fine menziona giurisprudenza che legge il comma 3 dell’art. 34 del cod. proc. amm. - che prevede che “quando nel corso del giudizio, l’annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l’illegittimità dell’atto se sussiste l’interesse a fini risarcitori” - nel senso che non debba esservi una espressa richiesta dell’interessato (così Cons. Stato, V, 12 maggio 2011, n.2817) perché vi è sempre un quid di accertamento, perché il più comprende il meno, perché la norma utilizza una espressione vincolante e quindi la sussistenza dell’interesse può essere compiuta d’ufficio anche in assenza di domanda, a fronte di contrari precedenti (così Cons. Stato, V, 14 dicembre 2011, n.6539 e 6 dicembre 2010, n.8550) secondo i quali incombe sempre sulla parte istante l’onere di allegare i presupposti per la successiva azione risarcitoria (così, Cons. Stato, V, 28 dicembre 2012, n.6703) e quindi di proporre espressamente, se pure non formalisticamente ma in sostanza, la domanda di accertamento dell’illegittimità o di manifestare un interesse al solo accertamento, a successivi fini risarcitori.

Alla udienza di discussione del 25 marzo 2015 la causa, previa discussione, è stata trattenuta in decisione.

In sede di discussione l’avvocato di parte appellante ha ribadito le sue conclusioni e l’interesse della parte assistita all’annullamento degli atti impugnati; la difesa dei controinteressati ha concluso nel senso che siano condivise le conclusioni proposte dalla ordinanza di rimessione.

DIRITTO

1. La parte ha chiesto e continuato a chiedere l’annullamento degli atti della procedura concorsuale, comprensivi del giudizio negativo nei suoi confronti e della graduatoria pubblicata; nelle conclusioni dell’appello ha espresso tale richiesta di annullamento (“che la sentenza appellata venga annullata o quantomeno riformata, disponendosi in accoglimento del ricorso al Tar la rinnovazione degli atti della procedura concorsuale con ogni consequenziale statuizione anche in ordine al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio”), chiedendo, come visto, anche, nel petitum, la “rinnovazione” della procedura concorsuale; nella memoria depositata in data 8 gennaio 2014, la parte appellante afferma che il lungo tempo trascorso dalla proposizione dell’appello non ha inciso negativamente sulla posizione, sussistendo ancora interesse alla decisione di merito e all’annullamento dei provvedimenti impugnati.

Tale posizione è stata ribadita in sede di udienza di discussione.

A fronte di detta domanda, l’ordinanza di rimessione pone la questione se, ritenuta la fondatezza del gravame, sia dato al giudice amministrativo emettere ex officio una pronuncia di risarcimento del danno anziché di annullamento, tenuto conto degli effetti particolarmente pregiudizievoli di quest’ultimo nei confronti delle altre parti interessate, anche in relazione al tempo trascorso dalla emanazione degli atti impugnati.

2. L’Adunanza plenaria ritiene che la tesi contenuta nell’ordinanza di rimessione non può essere condivisa e ciò: a) sulla base del principio della domanda, che regola anche il processo amministrativo; b) sulla base della natura della giustizia amministrativa quale giurisdizione soggettiva, pur con talune peculiarità - di stretta interpretazione - di tipo oggettivo; c) per la non mutabilità ex officio del giudizio di annullamento una volta azionato; d) per la non pertinenza degli argomenti e dei precedenti richiamati.

3.Con riguardo agli argomenti testuali, vale quanto previsto dal [codice del processo amministrativo](http://bdpa24.ilsole24ore.com/utility/Auth.aspx?view=provlink&iddoctype=1&idFonte=1&idProvv=177344) e, in virtù del rinvio esterno ai sensi dell’art. [39 cod. proc. amm., anche quanto prevede il codice di procedura civile](http://bdpa24.ilsole24ore.com/utility/Auth.aspx?view=document&documentType=1&documentId=29261).

L’articolo 29 c.p.a., proseguendo nella tradizione delle precedenti leggi processuali (T.U. Consiglio di Stato e legge TAR), dispone che la sanzione per i vizi di violazione di legge, eccesso di potere ed incompetenza sia l’annullamento ad opera del giudice, la cui azione deve proporsi nel termine di sessanta giorni.

L’illegittimità determina l’annullabilità (in potenza); l’azione di annullamento determina, su pronuncia del giudice, l’annullamento (in atto) degli atti impugnati.

In caso di accoglimento del ricorso di annullamento (art. 34, comma 1, c.p.a. lettera a) il giudice quindi annulla (necessariamente) in tutto o in parte il provvedimento impugnato.

A sua volta l’art. 34 esprime il principio dispositivo del processo amministrativo in relazione all’ambito della domanda di parte; si tratta, nel caso della giurisdizione amministrativa di legittimità, come noto, di una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo (ma che si manifestano in precisi, limitati ambiti come, per esempio, nella estensione della legittimazione ovvero nella valutazione sostitutiva dell’interesse pubblico in sede di giudizio di ottemperanza o in sede cautelare, ovvero ancora nella esistenza di regole speciali, quali quelle contenute negli artt. 121 e 122 c.p.a., che, riguardo alle controversie in materia di contratti pubblici, consentono al giudice di modulare gli effetti della inefficacia del contratto).

Del resto la regola secondo la quale nel processo amministrativo debba darsi al ricorrente vittorioso tutto quello e soltanto quello che abbia chiesto ed a cui abbia titolo, è stata ribadita dalle pronunce di questa stessa Adunanza plenaria n. 4 del 7 aprile 2011 e n. 30 del 26 luglio 2012.

4. Ora, proprio in virtù di detto principio della domanda. non può ammettersi che in presenza di un atto illegittimo (causa petendi) per il quale sia stata proposta una domanda demolitoria (petitum), potrebbe non conseguirne l’effetto distruttivo dell’atto per valutazione o iniziativa ex officio del giudice.

L’azione di annullamento si distingue, infatti, dalla domanda di risarcimento per gli elementi della domanda, in quanto nella prima la causa petendi è l’illegittimità, mentre nella seconda è l’illiceità del fatto; il petitum nella prima azione è l’annullamento degli atti o provvedimenti impugnati, mentre nella seconda è la condanna al risarcimento in forma generica o specifica.

Inoltre il risarcimento è disposto su “ordine” del giudice ed è diretto a restaurare la legalità violata dell’ordinamento, costituendo una situazione quanto più possibile pari o equivalente (monetariamente) o il più possibile identica a quella che ci sarebbe stata in assenza del fatto illecito; l’annullamento invece è una restaurazione dell’ordine violato “ad opera” del giudice.

Al massimo, il giudice può non già “modulare” la forma di tutela sostituendola a quella richiesta, ma determinare, in relazione ai motivi sollevati e riscontrati e all’interesse del ricorrente, la portata dell’annullamento, con formule ben note alla prassi giurisprudenziale, come l’annullamento parziale, “nella parte in cui prevede” o “non prevede”, oppure “nei limiti di interesse del ricorrente” e così via.

Se poi la domanda di annullamento, con il suo effetto tipico di eliminazione dell’atto impugnato dal mondo giuridico non dovesse soddisfare l’interesse del ricorrente e anzi dovesse lederlo (in realtà l’ordinanza di rimessione riconosce che non si verte in tale ipotesi), la pronuncia del giudice non potrebbe che essere di accertamento, ma nell’altro senso, cioè della sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente che aveva proposto domanda di annullamento.

Cosa diversa dall’accertamento del sopravvenuto difetto di interesse è, come proporrebbe invece l’ordinanza di rimessione, che sia il giudice ex officio a preferire la forma di tutela, facendo recedere l’interesse, a suo dire, indebolito del ricorrente, sulla base di altre valutazioni di interessi (gli interessi dei controinteressati, l’interesse pubblico, il tempo, l’opportunità e così via).

E’ vero che la pronuncia di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse è basata sull’accertamento della esistenza delle condizioni per l’adozione della decisione giurisdizionale domandata dal ricorrente a tutela di una concreta situazione giuridica di vantaggio, accertamento che deve essere compiuto dal giudice, anche di ufficio, in ogni stato e grado del giudizio (tra varie, Cons. Stato, IV, 22 marzo 2007, n.1407).

Non è però consentito al giudice, in presenza della acclarata, obiettiva esistenza dell’interesse all’annullamento richiesto, derogare, sulla base di invocate ragioni di opportunità, giustizia, equità, proporzionalità, al principio della domanda (si tratterebbe di una omessa pronuncia, di una violazione della domanda previsto dall’art. 99 [c.p.c. e del principio della corrispondenza previsto dall’art. 112](http://bdpa24.ilsole24ore.com/utility/Auth.aspx?view=document&documentType=1&documentId=29334) c.p.c. tra chiesto e pronunciato secondo cui “il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa”, applicabili ai sensi del rinvio esterno di cui all’art. [**39**](http://bdpa24.ilsole24ore.com/utility/Auth.aspx?view=document&documentType=1&documentId=29261) cod. proc. amm. anche al processo amministrativo) e trasformarne il petitum o la causa petendi, incorrendo altrimenti nel vizio di extrapetizione.

Non può neppure valere il richiamo, contenuto nell’ordinanza di rimessione, al c.d. principio di continenza, in quanto, se è vero che l’accertamento è compreso nell’annullamento (il più comprende il meno), l’accertamento a fini risarcitori è qualcosa di più o comunque di diverso dalla domanda di annullamento.

5. Nella specie ad opinione del Collegio deve ritenersi persistente tale interesse all’annullamento, nella forma di interesse strumentale (su tale nozione Ad. Pl. n. 11 del 10 novembre 2008) ad ottenere la rinnovazione della procedura concorsuale, sia perché tale persistenza è stata manifestamente ribadita nella memoria del gennaio 2014 dell’appellante e in sede di discussione orale, sia perché, in esito del motivo di appello ritenuto fondato e per incidenza degli effetti del suo accoglimento sull’intero procedimento, per la ritenuta esigenza di predeterminazione dei criteri di valutazione degli esami, non può non procedersi alla rinnovazione dell’attività viziata (contemperando con il principio dell’utile per inutile non vitiatur).

Non rileva, a tal fine, il tempo trascorso. Infatti la durata occorrente per il giudizio, a maggior ragione quando essa sia prolungata e inaccettabile nelle sue dimensioni, non può andare a danno del ricorrente che ha ragione e pregiudicargli la sua pretesa, se non a costo di infliggergli un doppio danno (sul principio del diritto al giusto processo in tempi ragionevoli, si veda l’art. 6 CEDU e, in campo nazionale, la [legge c.d. Pinto n. 89 del 24 marzo 2001](http://bdpa24.ilsole24ore.com/utility/Auth.aspx?view=provlink&iddoctype=1&idFonte=1&idProvv=38489), sulla durata ragionevole dei giudizi).

Non rileva, d’altro canto, neppure l’utilità più o meno ampia, che l’appellante possa ricevere da un eventuale annullamento, né possono avere rilievo le ragioni di inopportunità, in tale sede e fase, per i disagi causati ai controinteressati incolpevoli o la valutazione preminente dell’interesse pubblico, il quale coincide, in tale momento, con l’annullamento degli atti illegittimi impugnati.

6. In sede di giurisdizione generale di legittimità e in caso di azione di annullamento, non appare utile il richiamo operato dall’ordinanza di rimessione ai poteri di cui all’art. 21 nonies L. 241 del 1990, attenendo essi specificamente (ed esclusivamente, stante la loro natura eccezionale) all’attività amministrativa propriamente detta; così come non appare utile il richiamo alle disposizioni in materia di appalti (artt. 121 e 122 c.p.a.), in cui viene riconosciuta la possibilità al giudice di disporre un rimedio piuttosto che un altro, sulla base della inefficacia, con un potere valutativo che tenga conto del tempo trascorso, della effettiva possibilità di subentrare, delle situazioni contrapposte, dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e così via: trattasi, infatti, di fattispecie esclusive la cui disciplina non è estensibile in via analogica né tanto meno può essere assunta come espressiva di principi generali.

7. Non sono d’altra parte di ausilio alla soluzione prospettata dall’ordinanza di rimessione i precedenti giurisprudenziali da essa menzionati.

Quanto alla sentenza della VI Sezione n. 2755 del 2011, essa ha riconosciuto la potestà del giudice amministrativo, in presenza di determinati presupposti attinenti all’interesse del ricorrente, di fissare una determinata posteriore decorrenza degli effetti della pronuncia di annullamento. Si tratta, dunque, di una questione ben diversa da quella posta nella presente fattispecie, nella quale, come si è più volte rimarcato, si controverte sulla possibilità per il giudice di sostituire integralmente ex officio la domanda proposta in giudizio.

Ugualmente non convincente è il richiamo alle sentenze che fanno riferimento alla possibilità che il giudice, di ufficio, ritenga che sussista un interesse al mero accertamento.

Al di là della considerazione che tale potere di ufficio di accertare l’illegittimità a soli fini risarcitori non è del tutto pacifico (l’ordinanza di rimessione cita anche giurisprudenza più rigorosa sul punto), esso va necessariamente coniugato, se viene spiegata azione risarcitoria in quella sede (anche se in vero, essa potrebbe solo essere annunciata e proposta in sede successiva), con il principio dispositivo in ordine alla proposizione della domanda di risarcimento, sicchè la parte attrice deve sempre provarne gli elementi costitutivi (artt. [2043 e 2697 cod. civ.](http://bdpa24.ilsole24ore.com/utility/Auth.aspx?view=document&documentType=1,28893;1&documentId=28190)).

Soprattutto, le pronunce richiamate riguardano una fattispecie ben diversa dalla invocata possibilità del giudice di modificare la domanda.

Esse ritengono che ope iudicis si possa accertare l’illegittimità di un atto impugnato anche quando la parte, che non ha più interesse all’annullamento, non lo chieda espressamente.

Tali pronunce si riferiscono alla situazione in cui, accertata in modo incontestabile, per mutamenti di fatto o di diritto la sopravvenuta carenza di interesse, si debba decidere se, per la pronuncia di mero accertamento, sia necessaria oppure no una apposita istanza della parte.

Tali pronunce, come visto, tuttavia non incidono né sulla esigenza di previamente accertare se tale interesse a ricorrere o bisogno di tutela giurisdizionale (Rechtsschutzbedürfnis) continui a persistere anche dopo molto tempo, né sul potere, tipico del processo dispositivo, della parte di decidere, essa soltanto, e non il giudice di ufficio, se proseguire nella richiesta di annullamento di atti illegittimi sia pure a distanza di tempo, vantando ancora un meritevole bene della vita.

8. La modificazione degli effetti della domanda di annullamento non può essere neanche giustificata con il richiamo alla disciplina del processo dinanzi alla Corte di Giustizia (l’art. 264 del Trattato).

L’art. 1 del c.p.a. afferma che la “giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della costituzione e del diritto europeo”, ma ciò avviene sulla base della specifica disciplina del processo amministrativo, non necessariamente dandosi applicazione alle regole processuali comunitarie.

Non si tratterebbe qui di recepire principi del diritto comunitario sostanziale o processuale (la proporzionalità, l’affidamento, il mutuo riconoscimento, il giusto processo, il contraddittorio etc.), ma di applicare una disposizione dettata per il giudizio europeo al giudizio (di tutt’altra natura) nazionale.

La problematica della limitazione degli effetti dell’annullamento, sorta e applicata in via eccezionale in quella sede soprattutto per i regolamenti, non è sufficiente a portare ad un parallelo con la giustizia amministrativa italiana, trattandosi di modelli giurisdizionali del tutto differenti (basti pensare alla serie di atti scrutinati dalla Corte di Giustizia, che possono essere atti del Parlamento piuttosto che della Commissione europea, della BCE, del Consiglio).

Per completezza, si osserva che tale problematica, a prescindere dalle regole codicistiche, è stata affrontata in quel sistema dal Conseil d’Etat francese (Conseil d’Etat, 11 maggio 2004, Association AC), che ha fatto riferimento alle conseguenze manifestamente eccessive, ma limitando il potere officioso del giudice in casi del tutto eccezionali “à titre exceptionnel” e solo nei casi di atti di tale importanza da mettere in crisi il sistema di un settore dell’ordinamento, quindi tenendo conto degli effetti della “securité juridique”.

9. Ai sensi dell’art. 99, comma 4 c.p.a., l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, investita della questione sopra esposta, in omaggio al principio di economia processuale e per esigenze di celerità, di regola decide la controversia anche nel merito, salva la presenza di ulteriori esigenze istruttorie, nel caso di specie insussistenti (così Consiglio di Stato, ad. Plen. 13 giugno 2012, n. 22).

D’altra parte, la questione sollevata dalla Sezione remittente di eventualmente non annullare per le ragioni sopra esposte, pur non rappresentata alla udienza precedente alle parti ai sensi dell’art. 73 comma 3, ove ritenuta questione “rilevata d’ufficio” perché riguardante gli eventuali poteri officiosi del giudice, è stata compiutamente rappresentata con la ordinanza di deferimento e quindi adeguatamente trattata dalle varie parti in sede di discussione dinanzi a questa Adunanza Plenaria.

Avendo la Sezione rimettente già accertato l’illegittimità degli atti impugnati pronunciandosi con sentenza parziale ai sensi dell’art. 36 secondo comma cod. proc. amm., sia respingendo il primo motivo sia esprimendosi anche sulla seconda “questione” (il motivo della violazione della regola della previa determinazione dei criteri delle prove), non può che concludersi nel senso dell’accoglimento dell’appello e, in conseguenza, in riforma dell’appellata sentenza, per l’accoglimento del ricorso originario e l’annullamento degli atti impugnati ai sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Ritenendo pertanto di decidere nel merito la controversia sottoposta all’esame, sulla base delle sopra esposte considerazioni, va accolto l’appello proposto dall’appellante e, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso originario, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, con la enunciazione del seguente principio di diritto: “Sulla base del principio della domanda che regola il processo amministrativo, il giudice amministrativo, ritenuta la fondatezza del ricorso, non può ex officio limitarsi a condannare l’amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati anziché procedere al loro annullamento, che abbia formato oggetto della domanda dell’istante ed in ordine al quale persista il suo interesse, ancorché la pronuncia possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati, anche per il lungo tempo trascorso dall’adozione degli atti, e ad essa debba seguire il mero rinnovo, in tutto o in parte, della procedura esperita”.

La particolare complessità della vicenda, la sua risalenza nel tempo rispetto all’affermazione giurisprudenziale in modo chiaro della regola dell’esigenza della predeterminazione dei criteri delle prove rispetto alla amministrazione comunale e la mancanza di qualsivoglia imputabilità di comportamento in capo ai controinteressati (seppure essi fossero, naturalmente, a conoscenza della impugnativa del concorso già dalla proposizione avvenuta nel corso dell’anno 1999), giustificano la compensazione totale delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi di cui in motivazione e, in conseguenza, in riforma dell’appellata sentenza, accoglie il ricorso originario ai sensi e nei limiti di cui in motivazione, annullando gli atti impugnati.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

## 4.2. Consiglio di Stato, Ad. pl., 27 aprile 2015, n. 5

FATTO E DIRITTO

1. LA PROCEDURA OGGETTO DEL PRESENTE GIUDIZIO.

1.1. Oggetto del presente giudizio è la procedura di evidenza pubblica indetta dal Comune di Belluno per l’affidamento del servizio sperimentale di corrispondenza nell’ambito della Valbelluna.

1.2. Alla gara hanno partecipato due sole imprese: il consorzio Hibripost (che si è classificato al primo posto) e la Postest s.a.s. di Sottile Cervini Gianantonio &amp;amp; C. (in prosieguo ditta Postest, classificatasi al secondo posto).

1.3. La gara è stata aggiudicata al consorzio Hibripost (determinazione dirigenziale n. 597 del 26 ottobre 2012).

1.4. Con provvedimento dirigenziale in data 28 dicembre 2012, sollecitato dalla ditta Postest, è stato rifiutato l’esercizio dell’autotutela rispetto al contratto di affidamento.

2. IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO.

2.1. La ditta Postest ha adito il T.a.r. per il Veneto proponendo sia la domanda di annullamento dell’aggiudicazione e del diniego di autotutela, sia la domanda di risarcimento di tutti i danni subiti per la mancata aggiudicazione del servizio.

2.2. Questi, in sintesi, i motivi posti a sostegno dell’impugnativa, come elencati in primo grado dalla parte ricorrente, ma non anche espressamente graduati:

a) Violazione di legge e di regolamento - Violazione o falsa applicazione degli artt. 41, 42, 46, 121, 125 e 233 del d.lgs. 163/2006 e dell’art. 334 d.P.R. 207/2010 - Impossibilità della prestazione - Nullità del contratto per mancanza del requisito di cui all’art. 1346 del Codice Civile.

Il consorzio affidatario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara per non aver documentato nella propria domanda di partecipazione di essere in possesso dei dipendenti necessari a svolgere il servizio di corrispondenza in esame;

b) Violazione del principio di pubblicità nell’esame delle offerte e del principio generale di trasparenza.

La stazione appaltante non avrebbe comunicato alle due ditte concorrenti il luogo e la data di apertura ed esame delle offerte;

c) Violazione dei principi in materia di efficacia e di esecutività del provvedimento e di sua revoca (artt. 21-quater e 21-quinquies della legge 241/1990).

L’amministrazione avrebbe dovuto esercitare l’autotutela perché il Consorzio aggiudicatario non risulterebbe in possesso della necessaria autorizzazione ministeriale a svolgere il servizio di corrispondenza oggetto di gara.

2.3. Radicatosi il contraddittorio nei confronti della sola amministrazione comunale, l’impugnata sentenza:

a) ha respinto l’eccezione di tardività del ricorso sollevata dal comune di Belluno (tale capo non è stato impugnato ed è coperto dalla forza del giudicato interno);

b) in considerazione della natura assorbente del vizio lamentato con il secondo motivo di ricorso - consistente nella violazione di una regola riconducibile direttamente ai principi generali di imparzialità e buon andamento di cui all’art. 97 Cost., capace di travolgere l’intera procedura di gara - lo ha esaminato ed accolto annullando gli atti impugnati;

c) ha respinto la domanda di risarcimento del danno atteso che all’esito dell’annullamento integrale della procedura selettiva, Parte ricorrente vanta al più una mera chance di aggiudicazione in cui verrà integralmente reintegrata in forma specifica qualora la Stazione appaltante procederà all’indizione di una nuova gara.

d) ha compensato le spese di lite.

3. IL GIUDIZIO DI APPELLO DAVANTI ALLA V SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO.

3.1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato la ditta Postest ha interposto appello affidato, nella sostanza, ai seguenti quattro autonomi motivi:

a) con il primo mezzo ha dedotto, sotto diversi profili, l’erroneità della sentenza che avrebbe dovuto esaminare i motivi nell’ordine in cui erano stati formulati nel ricorso introduttivo; il primo giudice avrebbe fatto un cattivo uso della tecnica dell’assorbimento dei motivi, che, specie all’indomani dell’introduzione dell’azione risarcitoria nel giudizio amministrativo, sarebbe utilizzabile soltanto quando sia evidente che anche sotto il profilo risarcitorio nessuna utilità deriverebbe al ricorrente dall’esame di tutte le censure prospettate; nella specie, pertanto, il primo motivo del ricorso introduttivo avrebbe dovuto essere esaminato prioritariamente dal T.a.r. per il Veneto, essendo la censura in questione maggiormente satisfattiva, tanto che al suo accertamento sarebbe seguito il risarcimento del danno non della perdita di chance, ma del mancato guadagno e della lesione curriculare, considerato che si era in presenza di una gara partecipata da due soli concorrenti;

b) con il secondo mezzo ha evidenziato che, dall’accoglimento del primo motivo del ricorso, il T.a.r. avrebbe dovuto desumere l’assorbimento del secondo motivo, e la verifica della sussistenza del terzo vizio (posto a base del corrispondente motivo), solo per qualificare a fini risarcitori come illecita la condotta serbata dalla stazione appaltante;

c) con il terzo mezzo ha rilevato che il T.a.r., se anche si dovesse ritenere che abbia esaminato nell’ordine corretto i motivi di ricorso, sarebbe dovuto giungere a conclusioni differenti sotto il profilo della richiesta risarcitoria per il danno da perdita di chance, non solo per la necessità di riconoscere a quest’ultima la valenza di bene giuridico, ma anche per la circostanza fattuale che al momento della decisione non vi erano più i presupposti per la riedizione della gara, essendo già stato svolto il servizio oggetto della stessa;

d) con il quarto e ultimo mezzo, infine, ha dedotto che il T.a.r. avrebbe fatto mal governo della disciplina delle spese di giudizio in quanto, nonostante la soccombenza dell’amministrazione comunale e l’assenza di gravi ed eccezionali ragioni, le ha compensate integralmente.

3.2. Si è costituita in giudizio l’amministrazione comunale di Belluno, che ha evidenziato la correttezza della pronuncia impugnata, stante i principi secondo cui sarebbe tutt’ora attuale, da un lato, l’obbligo del giudice di graduare l’esame dei motivi principiando da quello che denota la più radicale delle illegittimità denunciate, dall’altro, la regola per cui l’accoglimento di una doglianza, allorquando determini la caducazione dell’atto, comporta la perdita di interesse del ricorrente all’esame delle altre.

4. L’ORDINANZA DI RIMESSIONE DELLA CAUSA ALL’ADUNANZA PLENARIA.

4. *L’ORDINANZA DI RIMESSIONE DELLA CAUSA ALL’ADUNANZA PLENARIA*.

Con ordinanza n. 6204 del 22 dicembre 2014, la V Sezione del Consiglio di Stato, dopo aver diffusamente illustrato, in chiave storica e sistematica, gli istituti giuridici applicabili nella presente vicenda contenziosa, ha sottoposto all’Adunanza plenaria le seguenti cinque questioni:

*a) 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;*

*b) 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;*

*c) 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;*

*d) 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;*

*e) 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.*

5. *LA DELIMITAZIONE DELL’AMBITO DI INTERVENTO DELL’ADUNANZA PLENARIA.*

OMISSIS

6. UNICITA’O PLURALITA’DI DOMANDE DI ANNULLAMENTO.

6.1. Per stabilire se un unico ricorso (corredato da eventuali motivi aggiunti ovvero contrastato da ricorso incidentale), introduca(no) nella singola causa, una o più domande di annullamento, ancorché il provvedimento impugnato sia unico ma molteplici e distinti i vizi – motivi articolati nei confronti del medesimo, non si deve fare applicazione del c.d. criterio della maggiore satisfattività dell’interesse.

Come ben evidenziato dall’ordinanza di rimessione *<<… utilizzando lo schema tradizionale che individua i tre elementi costitutivi della domanda (soggetti, causa petendi e petitum), potrebbe dirsi che la domanda sia unica e fondata su più ragioni, poiché a fronte di un unico interesse legittimo che si assume essere leso, si invoca l’eliminazione dal mondo giuridico dell’atto impugnato>>*.

6.1.1. L’apprezzamento delle diverse declinazioni dell’interesse materiale (o bene della vita) avuto di mira dal ricorrente (principale o incidentale) può rilevare, anche in relazione alle singole censure, ai fini della valutazione della sussistenza delle condizioni dell’azione o degli effetti rinnovatori e conformativi del giudicato, ma non assume valore dirimente per individuare se si è in presenza di una o più domande di annullamento: in questo caso, infatti, ciò che conta è l’effetto cassatorio avuto di mira, che è unico, se si dispiega nei confronti di singoli e ben individuati atti (ciascuno espressione di autonoma volontà provvedimentale dell’amministrazione), ovvero plurimo, se aggredisce distinti provvedimenti.

Nel processo amministrativo impugnatorio, infatti, la regola generale è che il ricorso abbia ad oggetto un solo provvedimento e che i vizi – motivi si correlino strettamente a quest’ultimo, salvo che tra gli atti impugnati esista una connessione procedimentale o funzionale (da accertarsi in modo rigoroso onde evitare la confusione di controversie con conseguente aggravio dei tempi del processo, ovvero l’abuso dello strumento processuale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato), tale da giustificare la proposizione di un ricorso cumulativo (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4277; Sez. V, 27 gennaio 2014, n. 398; Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537).

6.1.1. L’apprezzamento delle diverse declinazioni dell’interesse materiale (o bene della vita) avuto di mira dal ricorrente (principale o incidentale) può rilevare, anche in relazione alle singole censure, ai fini della valutazione della sussistenza delle condizioni dell’azione o degli effetti rinnovatori e conformativi del giudicato, ma non assume valore dirimente per individuare se si è in presenza di una o più domande di annullamento: in questo caso, infatti, ciò che conta è l’effetto cassatorio avuto di mira, che è unico, se si dispiega nei confronti di singoli e ben individuati atti (ciascuno espressione di autonoma volontà provvedimentale dell’amministrazione), ovvero plurimo, se aggredisce distinti provvedimenti.

Nel processo amministrativo impugnatorio, infatti, la regola generale è che il ricorso abbia ad oggetto un solo provvedimento e che i vizi – motivi si correlino strettamente a quest’ultimo, salvo che tra gli atti impugnati esista una connessione procedimentale o funzionale (da accertarsi in modo rigoroso onde evitare la confusione di controversie con conseguente aggravio dei tempi del processo, ovvero l’abuso dello strumento processuale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato), tale da giustificare la proposizione di un ricorso cumulativo (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4277; Sez. V, 27 gennaio 2014, n. 398; Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537).

6.1.2. E’ questa l’impostazione tradizionale che la Plenaria intende ribadire e che riposa su dati testuali eloquenti rinvenibili dal tenore letterale delle disposizioni codicistiche di riferimento ricondotte a sistema:

a) art. 40, co. 1, lett. b), e art. 42, co. 2, che, nell’individuare il contenuto del ricorso (principale e incidentale), correlano l’oggetto della domanda al singolo provvedimento impugnato;

b) art. 43, co.1, che, nel recepire la giustapposizione fra motivi aggiunti propri e impropri, fonda la distinzione a seconda che sia o meno impugnato un provvedimento ulteriore e diverso rispetto a quello(i) oggetto del ricorso introduttivo e dell’eventuale ricorso incidentale;

c) art. 104, co. 3, che circoscrive rigorosamente la proposizione dei motivi aggiunti in appello esclusivamente nei confronti del medesimo atto (o dei medesimi atti) che hanno costituito l’oggetto delle domande proposte in primo grado;

d) art. 120, co. 7, che, eccezionalmente per le sole controversie disciplinate dal c.d. rito appalti, impone il ricorso ai motivi aggiunti c.d. impropri allorquando si debbano impugnare nuovi provvedimenti attinenti alla medesima procedura di gara.

6.1.3 Del resto, nella visione d’insieme che ha correttamente ispirato l’ordinanza di rimessione, ciò che effettivamente rileva, è stabilire se sia possibile o meno che la parte gradui i motivi posti a sostegno dell’unica domanda di annullamento proposta ovvero gradui le diverse domande di annullamento proposte avverso una pluralità di autonomi provvedimenti (di solito costitutivi di una complessa fattispecie procedimentale).

L’esempio classico, cui ha avuto riguardo l’ordinanza di rimessione, è quello delle procedure selettive scindibili in più sub procedimenti, ciascuno dotato del proprio grado di autonomia e culminante in un distinto provvedimento amministrativo (determinazione a indire la gara e relativo bando, nomina dei componenti della commissione, esclusione, aggiudicazione o approvazione della graduatoria, e così via): dal punto di vista delle conseguenze sui poteri esercitabili *ex officio* dal giudice amministrativo è irrilevante che si sia in presenza di una sola o di più domande di annullamento.

6.1.4. E’ appena il caso di rammentare che, ovviamente, tali conclusioni non possono estendersi alla diversa situazione in cui la parte ricorrente, nelle forme e con le modalità sancite dal codice, proponga domande diverse rispetto a quella di annullamento (ovvero di accertamento, di condanna, di adempimento, di esecuzione, di interpretazione); in tal caso, infatti, il giudice amministrativo è sempre vincolato dalla prospettazione delle parti.

6.2. Omissis

6.3. In conclusione, avuto riguardo alla prima questione sottoposta all’Adunanza plenaria, deve enunciarsi il seguente principio di diritto: *<<nel giudizio impugnatorio di legittimità, l’unicità o pluralità di domande proposte dalle parti, mediante ricorso principale motivi aggiunti o ricorso incidentale, si determina esclusivamente in funzione della richiesta di annullamento di uno o più provvedimenti>>.*

7. IL DOVERE DEL GIUDICE DI PRONUNCIARE SU TUTTA LA DOMANDA E LE SUE DEROGHE.

7.1. Il principio della domanda, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il principio della rilevabilità d’ufficio di talune “grandi” questioni afferenti al rito o al merito, sono enunciati nel c.p.c. (artt. 99 e 112) e nel c.c. (art. 2907, al quale l’art. 99 c.p.c. è strettamente collegato, perché sancisce che alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l’autorità giudiziaria su domanda di parte), ma non riprodotti espressamente e singolarmente nel codice del processo amministrativo, anche se l’art. 34, co. 1, del medesimo codice stabilisce, in perfetta consonanza con essi, che in caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti, della domanda…., eroga le varie forme di tutela ivi disciplinate (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4).

In ogni caso, trattandosi di principi generali, devono intendersi compresi nella clausola di rinvio esterno divisata dall’art. 39, co. 1, c.p.a. non rinvenendosi su tali aspetti nel processo amministrativo una sufficiente ed esaustiva declinazione regolatoria (Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 33; Ad. plen. n. 4 del 2015 cit.).

Questa soluzione, del resto, era largamente condivisa anche prima della vigenza del codice.

7.2. Da qui la ricorrente affermazione che il processo amministrativo è certamente un processo di parte governato, in linea generale e salvo quanto si dirà in prosieguo, dal principio della domanda nella duplice accezione di principio dispositivo sostanziale - inteso quale espressione del potere esclusivo della parte di disporre del suo interesse materiale sotto ogni aspetto compresa la scelta di richiedere o meno la tutela giurisdizionale - e di principio dispositivo istruttorio (sia pure con i temperamenti enucleabili dagli artt. 63 e 64 c.p.a., in relazione al processo impugnatorio, ed ispirati al c.d. sistema dispositivo con metodo acquisitivo).

Sul punto non può che ribadirsi quanto più volte enunciato da questa stessa Adunanza plenaria (cfr. da ultimo n. 4 del 2015; n. 9 del 2014, n. 7 del 2013, n. 4 del 2011), in ordine all’impossibilità di considerare quella amministrativa una giurisdizione di diritto oggettivo e su come tale approdo sia coerente con il significato che assume il principio della domanda nel dettato dell’art. 24, co. 1, Cost. che affianca, sia pure prendendo atto per ciò solo della loro diversità, le due situazioni soggettive attive del diritto soggettivo e dell’interesse legittimo quali presupposti per l’esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale intesa come principio fondamentale costitutivo dell’ordine pubblico costituzionale (cfr. da ultimo le fondamentali conclusioni cui è pervenuta Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238).

È assodato, pertanto, che il principio della domanda e quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, hanno dignità di Generalklausel nel processo civile (cfr. Sez. un., nn. 26242 e 26243 del 2014 cit.) ed in quello amministrativo (cfr. Ad. plen. n. 4 del 2015, n. 9 del 2014 e n. 4 del 2011).

A queste prime conclusioni si saldano le ulteriori considerazioni - che contribuiscono alla migliore comprensione del fenomeno nella sua portata teorica e nelle conseguenti soluzioni operative - sul ruolo del giudice amministrativo come giudice naturale degli interessi legittimi in virtù di diretta attribuzione costituzionale di tale competenza (art. 103 co. 1, Cost.); sulle peculiari modalità di erogazione della tutela giurisdizionale dell’interesse legittimo attraverso il controllo necessario sull’esercizio (o il mancato esercizio) della funzione pubblica financo all’interno dell’amministrazione (art. 100, co. 1, Cost.); sull’importanza strategica dell’iniziativa della persona che agisce in giudizio, nella logica del private enforcement, perché, sia pure nei limiti della domanda, concorre a (e rende possibile la) tutela dell’interesse pubblico mediante il ripristino della legalità violata.

7.3. Sempre in linea generale è bene precisare sin da ora che l’obbligo del giudice amministrativo di pronunciare su tutti i vizi - motivi e le domande di annullamento non è però incondizionato (cfr., sul principio generale, Ad. plen. n. 4 del 2015 cit.).

Il punto di equilibrio fra la tutela dell’interesse pubblico e la tutela degli interessi privati, nel processo amministrativo dominato dal principio della domanda, si coglie, infatti, in primo luogo nelle norme e nei principi che ne rappresentano il punto di emersione a livello positivo (infra ∫∫ 8.3. e 9.3.); al di fuori di tali casi, però, non è possibile sostenere una esegesi della disciplina processuale che dia vita ad una derogatoria giurisdizione di diritto oggettivo, contraria all’ordinamento ed al principio di legalità (Ad. plen., n. 4 del 2015 e n. 9 del 2014 cit.); al tempo stesso, il principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato comporta il divieto di attribuire un bene della vita non richiesto o comunque di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda, ed è da ritenersi violato ogni qual volta il giudice, interferendo nel potere dispositivo delle parti, alteri uno degli elementi identificativi dell’azione, cioè il petitum e la causa petendi, attribuendo quindi un bene della vita diverso da quello richiesto ovvero ponga a fondamento della propria decisione fatti o situazioni estranei alla materia del contendere, ma non anche quando procede alla qualificazione giuridica dei fatti e della domanda giudiziale ovvero alla sua interpretazione (Ad. plen. n. 7 del 2013 cit.).

Entro questi limiti è chiamato ad esercitare il suo munus il giudice amministrativo che, giova ribadirlo, non è però sempre e incondizionatamente tenuto a scrutinare, in caso di accoglimento del ricorso, tutti i vizi - motivi e le correlate domande di annullamento.

8. LA GRADUAZIONE DEI MOTIVI E DELLE DOMANDE COME DEROGA ALL’OBBLIGO DEL GIUDICE DI PRONUNCIARE SU TUTTA LA MATERIA DEL CONTENDERE.

8.1. Nozione di graduazione.

La graduazione è un ordine dato dalla parte ai vizi - motivi (o alle domande di annullamento), in funzione del proprio interesse; serve a segnalare che l’esame e l’accoglimento di alcuni motivi (o domande di annullamento) ha, per la parte, importanza prioritaria, e che i motivi (o le domande) indicati come subordinati o graduati per ultimi, hanno minore importanza e se ne chiede l’esame esclusivamente in caso di mancato accoglimento di quelli prioritari; la graduazione impedisce, pertanto, al giudice di passare all’esame dei vizi - motivi subordinati perché tale volizione equivale ad una dichiarazione di carenza di interesse alla loro coltivazione una volta accolta una o più delle preminenti doglianze.

La graduazione dei motivi o delle domande diventa allora un limite al dovere del giudice di pronunciare per intero sopra di esse, prescindendo dall’ordine logico delle medesime o dalla loro pregnanza. Tale limitazione è coerente con il canone logico di non contraddizione: come il più contiene il meno, se alla parte è dato di delimitare ineludibilmente il perimetro del thema decidendum (perché al giudice non è consentito di cercare vizi di legittimità sua sponte), così deve ammettersi che la parte possa imporre a quest’ultimo la tassonomia dell’esame dei vizi di legittimità e delle eventuali plurime correlate domande di annullamento.

Siffatta conclusione, inoltre, non è in contrasto con il codice del processo amministrativo: in relazione al contenuto del ricorso, il c.p.a., come già la previgente disciplina, si limita ad indicare il contenuto necessario, non anche quello eventuale. Esige la specificità dei motivi, non anche la loro graduazione, che resta una facoltà della parte non vietata dalla disciplina processuale.

La graduazione dei motivi, pertanto, vincola il giudice amministrativo sebbene la sua osservanza possa portare, in concreto, ad un risultato non in linea con la tutela piena dell’interesse pubblico e della legalità; tale fenomeno, come bene evidenziato dalla ordinanza di rimessione, si manifesta in particolare nelle controversie aventi ad oggetto procedure competitive o selettive, allorquando il ricorrente anteponga l’esame delle censure che gli permettono di conseguire il bene della vita finale (l’aggiudicazione di una gara d’appalto, la nomina ad un pubblico ufficio, l’inserimento in un graduatoria), rispetto a quelle il cui accoglimento implicherebbe l’eliminazione di tutta o parte della sequenza procedurale attraverso la rimozione di tutti i vizi riscontrati.

In definitiva, da un esame complessivo del sistema si evince il principio per cui nei processi connotati da parità delle parti e principio dispositivo, l’ordine dei motivi vincola il giudice, laddove nei processi connotati da un primato assoluto dell’interesse pubblico l’ordine dei motivi non è vincolante per il giudice: nei giudizi di costituzionalità, ad esempio, secondo il costante insegnamento della Corte costituzionale, a fronte del denunciato contrasto delle norme impugnate con uno o più parametri costituzionali, rientra nella discrezionalità della Corte la scelta dell’ordine di esame dei differenti parametri, e, inoltre, dichiarata l’incostituzionalità della norma alla luce di un determinato parametro, la Corte può dichiarare assorbiti gli altri, per difetto di rilevanza, e per ragioni di economia processuale (cfr. fra le tante Corte cost., 19 ottobre 2009 n. 262).

Risulta, pertanto, definitivamente superato il tradizionale e più risalente orientamento giurisprudenziale - maggiormente preoccupato di assicurare una coerente tutela all’interesse pubblico, sembrando incoerente e paradossale che il ricorrente vittorioso consegua il bene della vita finale sulla scorta di una procedura viziata molto spesso ab imis - secondo cui spetta sempre e comunque al giudice amministrativo individuare l’ordine di esame dei motivi dedotti dal ricorrente, sulla base della loro consistenza oggettiva, e del rapporto fra gli stessi esistente sul piano logico giuridico, non alterabile dalla mera richiesta della parte.

8.2. Modalità della graduazione.

La graduazione dei vizi - motivi, consistendo in una eccezione all’obbligo del giudice di esaminare tendenzialmente tutti i vizi di legittimità costitutivi del thema decidendum (siano essi articolati in un’unica o in più domande di annullamento proposte in via principale o incidentale), e trovando fondamento nella disponibilità degli interessi dei soggetti che agiscono in giudizio, richiede una puntuale ed esplicita esternazione da parte di questi ultimi; tanto, sia per ragioni di certezza dei rapporti processuali, che per evitare che sia il giudice a sostituirsi alle parti nella ricerca, per ciò solo arbitraria, della maggiore satisfattività dell’interesse concreto perseguito da queste ultime. In tale contesto, non può considerarsi menomato il principio di pienezza ed effettività della tutela sancito dal codice del processo amministrativo (art. 1), in quanto lo sforzo collaborativo richiesto alle parti ha un contenuto minimo, è di pronta esecuzione ed è coerente con l’obbligo di queste ultime di cooperare c. 1 giudice per la realizzazione del giusto processo (art. 2).

In questa prospettiva risulta confermata la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha sempre richiesto, ai fini della rituale ed effettiva subordinazione dei motivi (ovvero delle domande di annullamento), che questa sia espressa e non desumibile implicitamente dalla semplice enumerazione delle censure o dal mero ordine di prospettazione delle stesse (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1662; Cons. giust. amm., 7 marzo 2014, n. 98; Cons. Stato, Sez. III, 24 maggio 2013, n. 2837).

8.3. Limiti al potere della parte di graduare i motivi e le domande.

8.3.1. La situazione precedente il codice del processo amministrativo.

L’art. 26, co. 2, l. T.a.r. imponeva, in caso di accoglimento del vizio di incompetenza, di rimettere l’affare all’autorità competente.

In ossequio al dettato legislativo, secondo un costante orientamento, il vizio di incompetenza doveva essere sempre scrutinato per primo, in quanto la valutazione del merito della controversia si sarebbe risolto in un giudizio meramente ipotetico sull’ulteriore attività amministrativa dell’organo competente cui spettava l’effettiva valutazione della vicenda e che avrebbe potuto emanare o meno l’atto in questione o comunque provvedere con un contenuto diverso. Diversamente opinando si sarebbe leso il principio del contraddittorio rispetto all’autorità competente dato che la regola di condotta giudiziale si sarebbe formata senza che questa abbia partecipato al giudizio; il che trovava positiva conferma nel menzionato art. 26, co. 2, primo periodo. Si era conseguentemente escluso che la parte potesse subordinare l’esame del vizio di incompetenza al rigetto di altri motivi di impugnazione.

L’indirizzo tradizionale che si era formato all’interno della giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. Sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143; Sez. V, 6 marzo 2001, n. 1253; Sez. IV, 1 agosto 2001, n. 4214; Sez. IV, 12 marzo 1996 n. 310), aveva in conclusione stabilito che:

a) nel conflitto fra ordine legale di esame dei motivi di ricorso - quanto al vizio di incompetenza ai sensi dell’art. 26, l. T.a.r. - e potere dispositivo della parte, la richiesta del ricorrente di previo esame degli altri motivi rispetto alla censura di incompetenza costituiva una condizione nulla, che come tale non soltanto era inutile, ma rendeva inammissibile per carenza di interesse il motivo di incompetenza proposto dalla parte subordinatamente agli altri motivi, con conseguente obbligo del giudice di esame con priorità degli altri motivi, cui la parte aveva interesse prevalente;

b) se il potere è stato esercitato da un’autorità incompetente, il giudice sul piano logico non può fare altro che rilevare il vizio di incompetenza, ma non può dettare le regole dell’azione amministrativa, posto che l’azione amministrativa non è ancora stata esercitata dall’organo preposto;

c) l’accoglimento del ricorso giurisdizionale per la riconosciuta sussistenza del vizio di incompetenza comporta l’assorbimento degli ulteriori motivi di impugnazione, in quanto la valutazione del merito della controversia si risolverebbe in un giudizio meramente ipotetico sull’ulteriore attività amministrativa dell’organo competente, cui spetta l’effettiva valutazione della vicenda e che potrebbe emanare, o non, l’atto in questione e comunque, provvedere con un contenuto diverso.

8.3.2. La situazione dopo il c.p.a.

Nonostante sia formalmente scomparsa la previsione dell’art. 26, co. 2, l. T.a.r., con il nuovo c.p.a. i termini del dibattito restano invariati e, anzi, si amplia il novero dei vizi che impediscono alla parte di graduare ad libitum i relativi motivi.

Invero l’art. 34, co. 2, c.p.a., dispone che in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati.

Una parte della giurisprudenza ha valorizzato tale disposizione in chiave di limite normativo espresso del potere di graduazione delle parti (cfr., oltre all’ordinanza di rimessione, Cons. Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 761).

Tale situazione, si badi, può riscontrarsi:

a) nella fase iniziale del procedimento (si pensi alla mancanza della proposta vincolante prevista ex lege come indefettibile);

b) nel corso del procedimento (si pensi alla mancata acquisizione di un parere obbligatorio per legge, ed alla complessa disciplina sostanziale sancita dagli artt. 16 e 17 l. n. 241 del 1990 per fronteggiare tale evenienza);

c) alla fine del procedimento (è questo il caso classico del provvedimento reso da un’autorità diversa da quella legalmente competente).

Secondo una lettura oggettiva, i poteri cui si riferisce l’art. 34, co. 2, c.p.a. sono quelli mai esercitati da alcuna autorità; secondo una opposta lettura, d’indole soggettiva, il riferimento è anche ai poteri non esercitati dall’autorità competente, ovvero quella chiamata a esplicare la propria volontà provvedimentale in base al micro ordinamento di settore.

È senza dubbio da preferirsi quest’ultima esegesi, più rispettosa del quadro sistematico e dei valori costituzionali che si correlano a tale norma: diversamente opinando, del resto, verrebbe leso il principio del contraddittorio rispetto all’autorità amministrativa competente nel senso dianzi precisato - sia essa appartenente al medesimo ente ovvero ad ente diverso ma comunque interessato alla materia - dato che la regola di condotta giudiziale si formerebbe senza che questa abbia partecipato, prima al procedimento, e poi al processo, in violazione di precise coordinate costituzionali: l’art. 97, co. 2 e 3 Cost., infatti, riserva alla legge l’ordinamento delle amministrazioni ed il riparto delle sfere di competenza ed attribuzione, impedendo all’autorità amministrativa di derogarvi a suo piacimento (cfr. Cons. Stato, n. 761 del 2013 cit.).

L’art. 34, co. 2, cit., è espressione del principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri (e di riserva di amministrazione) che, storicamente, nel disegno costituzionale, hanno giustificato e consolidato il sistema della Giustizia amministrativa (sul valore del principio e la sua declinazione avuto riguardo al potere giurisdizionale in generale, ed a quello esercitato dal giudice amministrativo in particolare, cfr. da ultimo Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85;

23 febbraio 2012, n. 40; Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312 e 2313; Ad. plen. n. 9 del 2014 cit.; Ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8).

Tale principio fondamentale è declinato nel codice del processo amministrativo in svariate disposizioni che si ricompongono armonicamente a sistema:

d) divieto assoluto del sindacato giurisdizionale sugli atti politici (art. 7, co. 1);

e) divieto del giudice di sostituirsi agli apprezzamenti discrezionali amministrativi e tecnici dell’amministrazione ancorché marginali (art. 30, co. 3);

f) tassatività ed eccezionalità dei casi di giurisdizione di merito (art. 134).

Pertanto, in tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio, si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell’azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo munus.

A ben vedere, nel disegno del codice tale tipologia di vizi è talmente radicale e assorbente che non ammette di essere graduata dalla parte.

A quest’ultima, se intende ottenere una pronuncia su tali peculiari modalità di (mancato) esercizio del potere amministrativo, si aprono perciò due strade: non sollevare la censura di incompetenza (e le altre assimilate), oppure sollevarla ma nella consapevolezza della impossibilità di graduarla.

Per concludere sul punto si osserva che bisogna prendere atto che taluni vizi di legittimità esprimono una così radicale alterazione dell’esercizio della funzione pubblica che il codice ha imposto al giudice amministrativo di non ritenersi vincolato, a tutela della legalità dell’azione amministrativa e degli interessi pubblici sottostanti, dalla prospettazione del ricorrente e dalla eventuale graduazione dei motivi da quest’ultimo effettuata. Tale impostazione produce, inoltre, effetti deflattivi sul contenzioso perché dissuade il ricorrente dalla proposizione di impugnative di procedimenti attinti da una pletora di motivi sostanzialmente di facciata e lo stimola a concentrarsi solo sull’interesse sostanziale effettivamente perseguibile; si evitano, per tale via, gli eccessi di tutela spesso forieri di veri abusi del processo (il cui divieto assume, ormai, rilevanza costituzionale ex articolo 54 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, in termini Sez. un., nn. 26242 e 26243 del 2014 cit.).

9. ASSENZA DELLA GRADUAZIONE E ASSORBIMENTO DEI MOTIVI E DELLE DOMANDE.

9.1. Conseguenze della mancata graduazione.

In mancanza di una espressa graduazione, si riespande nella sua pienezza l’obbligo del giudice di primo grado di pronunciare, salvo precise deroghe, su tutti i motivi e le domande (retro ∫ 7, infra ∫

9.3.).

In tal modo il giudice assicura un completo controllo di legalità su tutti gli aspetti dell’azione amministrativa a lui sottoposti; garantisce il diritto di difesa della parte (consistente nel diritto ad una pronuncia esaustiva, arg. ex art. 105, co. 1, c.p.a.); infine, rende effettivo il doppio grado di giudizio imposto dall’art. 125 Cost. (sia pure in senso solo ascendente) e declinato dagli artt. 4 - 6 c.p.a. come principio generale del processo amministrativo (specie per quello impugnatorio di legittimità): qui, infatti, come dianzi evidenziato, la tutela dell’interesse legittimo passa per il sindacato della funzione pubblica, il che spiega, attesa la delicatezza della materia, la costituzionalizzazione del doppio grado (cfr., in termini e da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2014, n. 401, ivi i richiami a Corte cost., n. 295 del 1988, n. 8 del 1982; n. 62 del 1981). Omissis

9.3. Assorbimento dei vizi - motivi e delle domande di annullamento.

In questo articolato contesto deve essere affrontato l’ultimo consustanziale aspetto della tematica dell’ordine di esame dei vizi - motivi e delle domande di annullamento, rappresentato dalla prassi giurisprudenziale denominata “assorbimento dei motivi”.

Invero, come illustrato in precedenza, in mancanza di una espressa graduazione dei vizi - motivi, si riespande il dovere del giudice amministrativo di vagliare, di regola, tutti i motivi e le domande, ma al contempo - potendo egli selezionare, in vista della completa tutela dell’interesse legittimo ed al contempo della legalità e dell’interesse pubblico, le censure da cui principiare secondo l’ordine dettato dalla maggior pregnanza del vizio di legittimità e dallo sviluppo logico e diacronico del procedimento - è possibile che, in taluni ben delimitati casi, l’esame del giudice si arresti prima di aver esaurito l’intero compendio delle censure (o delle domande) proposte.

Anticipando e sintetizzando gli argomenti più diffusamente esposti in prosieguo, deve ritenersi che nel processo amministrativo, la tecnica dell’assorbimento dei motivi deve ritenersi legittima quando è espressione consapevole del controllo esercitato dal giudice sull’esercizio della funzione pubblica e se è rigorosamente limitata ai soli casi disciplinati dalla legge ovvero quando sussista un rapporto di stretta e chiara continenza, pregiudizialità o implicazione logica tra la censura accolta e quella non esaminata.

Tale conclusione, strettamente collegata al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, espresso dall’art. 112, c.p.c., con disposizione avente il valore di principio generale di ogni processo, diventa inevitabile in un contesto sistematico diretto ad assicurare il più intenso e integrale accertamento del rapporto amministrativo controverso, in relazione ai profili ritualmente prospettati dalle parti interessate, anche per evitare lunghi e defatiganti contenziosi diretti a riproporre le stesse domande in seguito al rinnovo del provvedimento, affetto dagli stessi vizi non esaminati dal giudice.

9.3.1. Nozione di assorbimento.

Il riconoscimento in capo al giudice del potere di decidere l’ordine di esame dei vizi - motivi (e delle domande di annullamento), ha favorito in passato la diffusione di tale prassi: il giudice “sceglie” un motivo fondato di ricorso e sulla base di questo solo motivo, che accoglie, annulla il provvedimento, omettendo di esaminare le altre censure proposte dal ricorrente, che vengono, appunto, dichiarate assorbite.

La tecnica dell’assorbimento è stata in passato utilizzata in modo tale da condurre, in alcuni casi, alla pronuncia di sentenze di annullamento per vizi di mera forma che lasciavano, invece, impregiudicate le questioni d’ordine sostanziale.

Ne derivava che:

a) la pretesa del ricorrente, apparentemente soddisfatta dalla sentenza di accoglimento, poteva non esserlo nella sostanza, se l’amministrazione reiterava l’atto riproducendo i vizi dedotti dal ricorrente con i motivi assorbiti;

b) l’Amministrazione rimaneva nell’incertezza circa la fondatezza delle censure sostanziali e dunque sulle modalità di un eventuale riesercizio della funzione pubblica.

9.3.2. Critiche alla prassi dell’assorbimento.

Muovendo da tali evidenze, la prassi dell’assorbimento è stata criticata rilevandosi che:

a) l’assorbimento di alcune censure riduce il c.d. effetto conformativo della sentenza e l’effettività del giudizio di ottemperanza; conseguentemente frena l’ambizione del processo amministrativo ad atteggiarsi come processo a cognizione piena sul rapporto tra cittadino e amministrazione tutelando, in maniera tendenzialmente completa, l’interesse legittimo e la funzione pubblica;

b) la stessa esigenza di economia dei mezzi processuali, che viene talvolta posta a giustificazione dell’assorbimento può, in concreto, mancare del tutto, soprattutto se ci si colloca nell’ottica non del singolo processo, ma della definizione del rapporto sostanziale tra amministrazione e cittadino; è evidente, infatti, che accogliere un motivo di difetto di motivazione, e assorbire profili di eccesso di potere e censure di violazione di legge, rende possibile la reiterazione dell’atto con altra motivazione, cui può seguire un nuovo giudizio nel quale saranno riproposte le stesse censure che il giudice avrebbe potuto e dovuto esaminare proprio al fine di ridurre il rischio di una nuova impugnazione;

c) dopo che è stato ammesso il risarcimento del danno derivante dall’esercizio illegittimo dell’attività amministrativa, per assorbire un motivo, deve essere certo che dall’eventuale accoglimento della censura assorbita non possa derivare alcun vantaggio al ricorrente, neanche sotto il profilo risarcitorio;

d) il mancato esame di alcune censure, inoltre, non può mai essere giustificato da esigenze di carattere istruttorio, in quanto in alcun modo difficoltà istruttorie o esigenze di sollecita definizione della causa possono condurre ad una limitazione della tutela, salvi i casi di abuso del processo.

9.3.3. Divieto di assorbimento e nuovo codice del processo amministrativo.

Giova sul punto ricordare che lo schema originario del c.p.a., nel testo licenziato dalla commissione di studio istituita in seno al Consiglio di Stato, conteneva una disposizione espressa secondo cui quando accoglie il ricorso, il giudice deve comunque esaminare tutti i motivi, ad eccezione di quelli dal cui esame non possa con evidenza derivare alcuna ulteriore utilità al ricorrente.

Tanto, in linea con la considerazione che il giudice deve esaminare tutte le relative censure, in modo da orientare il futuro esercizio del potere amministrativo sia in relazione ai vizi che riscontri sussistenti, sia in relazione a quelli che consideri infondati. Non vi è dubbio, infatti, che l’effetto conformativo può derivare anche dall’accertamento della riscontrata legittimità dell’atto nella parte considerata. La previsione è stata espunta nel testo finale (forse non a torto, visto che vietava espressamente l’assorbimento solo in caso di accoglimento del ricorso, mentre il divieto avrebbe dovuto operare, e a fortiori, in caso di rigetto del ricorso), ma essa costituisce un principio tendenziale evincibile dal sistema del c.p.a. e senz’altro operante pur in difetto di espressa previsione. Da ultimo, come manifestazione di tale principio generale, può leggersi la norma sancita dall’art. 40, co. 1, lett. a), d.l. n. 90 del 2014 nella parte in cui, novellando l’art. 120, co. 6, c.p.a., ha previsto esplicitamente che il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti.

In conclusione, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e il conseguente dovere del giudice di pronunciarsi su tutta la domanda, unitamente alle esigenze di miglior cura dell’interesse pubblico e della legalità, comportano che il c.d. assorbimento dei motivi sia, in linea di principio, da considerarsi vietato.

9.3.4. Deroghe al divieto di assorbimento.

Limitate e ben circostanziate deroghe al divieto di assorbimento sono tuttavia ammissibili nelle seguenti ipotesi generali:

a) espressa previsione di legge;

b) evidenti e ineludibili ragioni di ordine logico - pregiudiziale;

c) ragioni di economia processuale, se comunque non risulti lesa l’effettività della tutela dell’interesse legittimo e della funzione pubblica.

OMISSIS

10. L’Adunanza plenaria restituisce gli atti alla V Sezione del Consiglio di Stato, ai sensi dell’art. 99, co. 1, ultimo periodo, e 4, c.p.a., affinché si pronunci sull’appello principale della società Postest nel rispetto dei seguenti principi di diritto:

a) *<<nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, l’unicità o pluralità di domande proposte dalle parti, mediante ricorso principale motivi aggiunti o ricorso incidentale, si determina esclusivamente in funzione della richiesta di annullamento di uno o più provvedimenti autonomamente lesivi>>;*

b) *<<nel giudizio impugnatorio di legittimitàin primo grado, la parte può graduare, esplicitamente e in modo vincolante per il giudice, i motivi e le domande di annullamento, ad eccezione dei casi in cui, ex art. 34, co. 2, c.p.a., il vizio si traduca nel mancato esercizio di poteri da parte dell’autorità per legge competente>>*;

c) *<<nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, non vale a graduare i motivi di ricorso o le domande di annullamento il mero ordine di prospettazione degli stessi>>;*

*d) <<nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, in mancanza di rituale graduazione dei motivi e delle domande di annullamento, il giudice amministrativo, in base al principio dispositivo e di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, è obbligato ad esaminarli tutti, salvo che non ricorrano i presupposti per disporne l’assorbimento nei casi ascrivibili alle tre tipologie precisate in motivazione (assorbimento per legge, per pregiudizialità necessaria e per ragioni di economia>>.*

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto:

a) formula i principi di diritto di cui in motivazione;

b) restituisce gli atti alla V Sezione del Consiglio di Stato per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito nonché sulle spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

## 4.3. Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 10 maggio 2011, n. 2755

Omissis

13. Per le ragioni che precedono, l’appello va in parte accolto, in ragione delle rilevate illegittimità del piano faunistico venatorio, approvato con la delibera n. 217 del 2009.

Quanto alle conseguenze del disposto accoglimento, ritiene il Collegio di dovere puntualizzare quanto segue.

14. Circa la portata conformativa della presente sentenza (che si può senz’altro precisare, ai sensi dell’art. 34, comma 1, lettera e), prima frase, del Codice del processo amministrativo), ritiene innanzitutto la Sezione che, in sede di emanazione degli atti ulteriori, la Regione debba dare applicazione alle disposizioni nazionali sulla VAS, contenute nel decreto legislativo n 4 del 2008.

Tali disposizioni più stringenti potevano non essere applicate nell’originario procedimento, in quanto la Regione avrebbe dovuto applicare unicamente le disposizioni sulla VAS di cui al decreto legislativo n. 152 del 2006 (come consentito dall’art. 35, comma 2 ter, introdotto con il d.lg. n. 4 del 2008).

In sede di rinnovazione del procedimento, essendo scaduto il termine previsto dal richiamato art. 35, al comma 1, si deve ritenere applicabile il *principio tempus regit actum*.

15. Inoltre, considerate le circostanze, ritiene la Sezione che la presente sentenza debba avere unicamente effetti conformativi del successivo esercizio della funzione pubblica, e non anche i consueti effetti *ex tunc* di annullamento, demolitori degli effetti degli atti impugnati, né quelli *ex nunc*

15.1. Di regola, in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa, l’accoglimento della azione di annullamento comporta l’annullamento con effetti *ex tunc* del provvedimento risultato illegittimo, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della autorità amministrativa, che può anche retroattivamente disporre con un atto avente effetti ‘ora per allora’.

Tale regola fondamentale è stata affermata *ab antiquo et antiquissimo tempore* da questo Consiglio (come ineluttabile corollario del principio di effettività della tutela), poiché la misura tipica dello Stato di diritto – come affermatosi con la legge fondamentale del 1889, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato – non può che essere quella della eliminazione integrale degli effetti dell’atto lesivo per il ricorrente, risultato difforme dal principio di legalità.

15.2. Tuttavia, quando la sua applicazione risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, ad avviso del Collegio la regola dell’annullamento con effetti *ex tunc* dell’atto impugnato a seconda delle circostanze deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti (Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488), o con la loro decorrenza *ex nunc* ovvero escludendo del tutto gli effetti dell’annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi.

La legislazione ordinaria non preclude al giudice amministrativo l’esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento.

Da un lato, la normativa sostanziale e quella processuale non dispongono l’inevitabilità della retroattività degli effetti dell’annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale (cfr. l’art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 e l’art. 34, comma 1, lettera a), del Codice del processo amministrativo).

D’altro lato, dagli articoli 121 e 122 del Codice emerge che la rilevata fondatezza di un ricorso d’annullamento può comportare l’esercizio di un potere valutativo del giudice, sulla determinazione dei concreti effetti della propria pronuncia.

Tale potere valutativo, attribuito per determinare la perduranza o meno degli effetti di un contratto, per le ragioni di seguito esposte, va riconosciuto al giudice amministrativo in termini generali, quando si tratti di determinare la perduranza o meno degli effetti di un provvedimento.

16. Il giudice amministrativo, nel determinare gli effetti delle proprie statuizioni, deve ispirarsi al criterio per cui esse, anche le più innovative, devono produrre conseguenze coerenti con il sistema (e cioè armoniche con i principi generali dell’ordinamento, e in particolare con quello di effettività della tutela) e congruenti (in quanto basate sui medesimi principi generali, da cui possa desumersi in via interpretativa la regula iuris in concreto enunciata).

17. Nel caso di specie (e con riferimento al criterio della coerenza col sistema e col principio di effettività della tutela da attuare nei confronti dell’appellante, vincitrice nel giudizio), si deve tenere conto di due decisive considerazioni:

a) il ricorso di primo grado è stato proposto da una associazione ambientalista, non a tutela della sua specifica sfera giuridica, bensì nella qualità di soggetto legittimato *ex lege* ad impugnare i provvedimenti di portata generale che in qualsiasi modo abbiano una negativa incidenza sull’ambiente e sulle sue singole componenti, ovvero non lo abbiano adeguatamente tutelato (v. l’art. 18 della legge n. 349 del 1986);

b) il medesimo ricorso di primo grado non ha mirato a far rimuovere in quanto tali gli atti generali impugnati, bensì a farne rilevare l’illegittimità per l’inadeguatezza della tutela prevista dal piano faunistico approvato dalla Regione Puglia, inadeguatezza da considerare *in re ipsa* per il fatto che non sia stato posto in essere il prescritto procedimento di valutazione ambientale strategica (così mancando le più compiute valutazioni di merito), la cui conclusione avrebbe potuto ragionevolmente indurre l’Autorità regionale ad emanare prescrizioni più restrittive, limitative dei comportamenti potenzialmente incidenti sull’ambiente e su alcune delle sue componenti.

Ove il Collegio annullasse *ex tunc* ovvero anche *ex nunc* il piano in ragione della mancata attivazione della VAS, sarebbero travolte tutte le prescrizioni del piano, e ciò sia in contrasto con la pretesa azionata col ricorso di primo grado, sia con la gravissima e paradossale conseguenza di privare il territorio pugliese di qualsiasi regolamentazione e di tutte le prescrizioni di tutela sostanziali contenute nel piano già approvato (retrospettivamente o a decorrere dalla pubblicazione della presente sentenza, nei casi rispettivamente di annullamento *ex tunc* o *ex nunc*).

In altri termini, l’annullamento *ex tunc* e anche quello *ex nunc* degli atti impugnati risulterebbero in palese contrasto sia con l’interesse posto a base dell’impugnazione, sia con le esigenze di tutela prese in considerazione dalla normativa di settore, e si ritorcerebbe a carico degli interessi pubblici di cui è portatrice ex lege l’associazione appellante.

18. Ritiene la Sezione che tali conclusioni paradossali possano essere agevolmente evitate, facendo applicazione dei principi nazionali sulla effettività della tutela giurisdizionale, nonché dei pacifici principi enunciati dalla Corte di Giustizia, e applicabili anche nel sistema nazionale, nei casi di constatata invalidità di un atto di portata generale.

18.1. Quanto al principio di effettività della tutela giurisdizionale, desumibile dagli articoli 6 e 13 della CEDU, dagli artt. 24, 111 e 113 della Costituzione e dal Codice del processo amministrativo, si deve ritenere che la funzione primaria ed essenziale del giudizio è quella di attribuire alla parte che risulti vittoriosa l’utilità che le compete in base all’ordinamento sostanziale.

La fondatezza delle censure della associazione appellante – legittimata ad impugnare gli atti generali comunque viziati e lesivi per l’ambiente - non può indurre il giudice amministrativo ad emettere statuizioni che vanifichino l’effettività della tutela o, addirittura, che si pongano in palese contrasto con le finalità poste a base della iniziativa processuale.

In applicazione del principio sancito dall’art. 1 del Codice del processo amministravo (sulla ‘tutela piena ed effettiva’), il giudice può emettere le statuizioni che risultino in concreto satisfattive dell’interesse fatto valere e deve interpretare coerentemente ogni disposizione processuale.

18.2. Quanto alla rilevanza nel sistema nazionale dei principi europei (anch’essi richiamati dall’art. 1 del Codice), va premesso che - per l’articolo 264 del Trattato sul funzionamento della Unione Europea – la Corte di Giustizia, ove lo reputi necessario, può precisare ‘gli effetti dell’atto annullato che devono essere considerati definitivi’.

La giurisprudenza comunitaria ha da tempo affermato che il principio dell’efficacia *ex tunc*dell’annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l’annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l’atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l’istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l’atto impugnato (Corte di Giustizia, 5 giugno 1973, Commissione c. Consiglio, in C-81/72; Corte di Giustizia, 25 febbraio 1999, Parlamento c. Consiglio, in C-164/97 e 165/97).

Tale potere valutativo prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona era previsto espressamente nel caso di riscontrata invalidità di un regolamento comunitario (v. l’art. 231 del Trattato istitutivo della Comunità Europea), ma era esercitabile – ad avviso della Corte - anche nei casi di impugnazione delle decisioni (Corte di Giustizia, 12 maggio 1998, Regno Unito c Commissione, in C-106/96), delle direttive e di ogni altro atto generale (Corte di Giustizia, 7 luglio 1992, Parlamento c. Consiglio, in C-295/90; 5 luglio 1995, Parlamento c Consiglio, in C-21-94).

La Corte di Giustizia è dunque titolare anche del potere di statuire la perduranza, in tutto o in parte, degli effetti dell’atto risultato illegittimo, per un periodo di tempo che può tenere conto non solo del principio di certezza del diritto e della posizione di chi ha vittoriosamente agito in giudizio, ma anche di ogni altra circostanza da considerare rilevante (Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, in C-178/03; 3 settembre 2008, in C-402/05 e 415/05; 22 dicembre 2008, in C-333/07).

Tale giurisprudenza, come sopra segnalato, ha ormai trovato un fondamento testuale nel secondo comma dell’art. 264 (ex 231) del Trattato di Lisbona sul funzionamento della Unione Europea, che non contiene più il riferimento delimitativo alla categoria dei regolamenti (“Se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell’Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l’atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell’atto annullato che devono essere considerati definitivi”).

18.3. Ciò posto, ritiene la Sezione che – nel rispetto del principio di congruenza, per il quale la propria statuizione deve fondarsi quanto meno su regole disciplinanti un caso analogo - anche il giudice amministrativo nazionale possa differire gli effetti di annullamento degli atti impugnati, risultati illegittimi, ovvero non disporli affatto, statuendo solo gli effetti conformativi, volti a far sostituire il provvedimento risultato illegittimo.

Da un lato il sopra richiamato principio di effettività della tutela impone di emettere una sentenza che sia del tutto coerente con le istanze di tutela e di giustizia.

Dall’altro, non può disconoscersi che – in una materia quale quella ambientale, per la quale vi è la competenza concorrente dell’Unione e degli Stati – gli standard della tutela giurisdizionale non possano essere diversi, a seconda che gli atti regolatori siano emessi in sede comunitaria o nazionale (e, dunque, che la controversia vada decisa o meno dal giudice dell’Unione).

Il giudice nazionale ove occorra può applicare le collaudate regole applicate dal giudice dell’Unione, spesso basate sul semplice buon senso, così come lo stesso giudice dell’Unione, nell’esercizio delle sue altissime funzioni, assicura “il rispetto dei principi generali comuni ai diritti degli Stati membri” (per l’art. 340 del medesimo Trattato sul funzionamento dell’Unione).

18.4. Tenuto conto di questo continuo processo di osmosi tra i principi applicabili dal giudice dell’Unione e quelli desumibili dagli ordinamenti degli Stati membri, nella fattispecie in esame la Sezione ritiene dunque che sia necessario:

- non statuire gli effetti di annullamento degli atti impugnati in primo grado e di disporre unicamente gli effetti conformativi delle statuizioni della presente sentenza;

- disporre che i medesimi atti conservino i propri effetti sino a che la Regione Puglia li modifichi o li sostituisca.

Sarebbe infatti contrario al buon senso, oltre che in contrasto con l’interesse fatto valere in giudizio, disporre l’annullamento *ex tunc* o *ex nunc* delle misure di tutela già introdotte, sol perché esse siano risultate insufficienti (non essendovi, né essendo stata prospettata, una normativa suppletiva di salvaguardia).

Per di più, nel caso di specie, lo strumento generale programmatorio e di regolamentazione è risultato privo di specifici vizi sostanziali (pur se – per il procedimento seguito – è ragionevole supporre che la mancanza della VAS abbia inciso sul suo contenuto, per l’assenza di valutazioni degli ulteriori profili di tutela prescritti dalla normativa di settore).

19. In conclusione, il Collegio ritiene dunque di statuire che l’accoglimento dell’appello in epigrafe, e del corrispondente ricorso di primo grado, comporta unicamente la produzione di effetti conformativi, in assenza di effetti caducatori e d’annullamento, in quanto la Regione Puglia deve emanare ulteriori provvedimenti, sostitutivi *ex nunc* di quelli risultati illegittimi e che tengano conto dei medesimi effetti conformativi e della sopravvenuta entrata in vigore del decreto legislativo n. 4 del 2008.

Inoltre, la Sezione ritiene di statuire che la Regione Puglia proceda alla approvazione dell’ulteriore piano faunistico venatorio, rilevante fino all’anno 2014, entro il termine di dieci mesi, decorrente dalla notificazione o dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza, nel rispetto delle precedenti considerazioni e anche esercitando i poteri sostitutivi che le spettano, nei tempi da essa determinati, nel caso di inadeguata collaborazione di altre pubbliche amministrazioni.

Qualora il termine di dieci mesi decorra in assenza di determinazioni regionali, nel caso di proposizione del giudizio di ottemperanza la Sezione potrà valutare tutte le circostanze ed esercitare i poteri previsti dal Codice del processo amministrativo, anche quelli riguardanti le misure dissuasorie della eventuale inottemperanza.

Resta comunque inteso che, in attesa della rinnovata emanazione (con effetti di per sé non retroattivi) del piano faunistico regionale, nel rispetto dei procedimenti previsti dalle leggi, rimangono ferme tutte le prescrizioni contenute nella deliberazione n. 217 del 21 luglio 2009 del consiglio regionale della Puglia, così come resta inteso che la presente sentenza non produce ulteriori conseguenze, sulla legittimità e sulla efficacia di qualsiasi atto o provvedimento che sia stato emesso in applicazione o a seguito della medesima deliberazione, ovvero che sia emesso fino a quando sia approvato il nuovo piano faunistico venatorio regionale efficace sino all’anno 2014.

20. Per le ragioni che precedono, l’appello in esame va accolto nei limiti sopra precisati e con le conseguenze conformative sopra determinate.

In ragione della reciproca soccombenza, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese dei due gradi del giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull’appello n. 1846 del 2010, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente nei termini di cui alla motivazione e, per l’effetto, in riforma dell’appellata sentenza:

- accoglie il ricorso di primo grado n. 1683 del 2009 e rileva che la delibera n. 217 del 2009 del Consiglio Regionale della Puglia è stata emanata in assenza dell’attivazione del procedimento sulla valutazione ambientale strategica, prescritto dalla legislazione di settore;

- mantiene fermi, come precisato in motivazione, tutti gli effetti dei provvedimenti impugnati in primo grado e, in particolare, della medesima delibera n. 217 del 21 luglio 2009, anche per la verifica della legittimità e della efficacia degli atti conseguenti;

- dichiara il dovere della Regione Puglia di procedere alla rinnovata emanazione – con effetti *ex nunc* - del piano faunistico venatorio regionale efficace fino all’anno 2014 e di concludere il relativo procedimento entro il termine di dieci mesi, decorrente dalla notificazione o dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza;

- compensa tra le parti le spese e gli onorari dei due gradi del giudizio;

- dispone che copia della presente sentenza sia comunicata, a cura della Segreteria, anche al Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

# 5. L’azione di condanna al risarcimento del danno

## 5.1. Corte di Cassazione, S. U., sent. 22 luglio 1999, n. 500

Svolgimento del processo

Con atto notificato il 1°.4.1996, Giorgio Vitali conveniva davanti al Tribunale di Firenze il Comune di Fiesole per sentirlo condannare al risarcimento dei danni conseguenti al mancato inserimento, nel piano regolatore generale adottato dal Comune con deliberazione del 16.7.1971, tra le zone edificabili, dell’area di proprietà dell’istante oggetto di convenzione di lottizzazione stipulata con l’ente locale il 3.6.1964. Deduceva che il detto P.R.G. era stato annullato dal Consiglio di Stato, con decisione del 22.1.1990, per difetto di motivazione circa le ragioni che avevano indotto l’amministrazione a disattendere la convenzione. Sosteneva che, pur essendo venuta meno, per effetto di successiva variante del P.R.G. adottata nel 1984, la possibilità di realizzare la convenzione, dovevano essere risarciti i pregiudizi economici subiti nel periodo di vigenza del piano originario, che aveva illegittimamente impedito la realizzazione della lottizzazione.

Il Comune resisteva ed eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

Nel corso del giudizio il Comune ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione.

Ha resistito con controricorso il Vitali. Entrambe le parti hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con l’istanza di regolamento preventivo deduce il ricorrente che la domanda di risarcimento del danno conseguente al mancato inserimento nel P.R.G. del Comune di Fiesole, adottato nel 1971, tra le zone edificabili, dell’area di proprietà del resistente oggetto di precedente convenzione di lottizzazione, stipulata nel 1964, è improponibile per difetto assoluto di giurisdizione.

Premette il ricorrente, in punto di fatto, che, giusta variante al P.R.G. approvata nel 1984, per l’area di proprietà del Vitali era stata prevista destinazione incompatibile con l’attuazione delle lottizzazione; che il P.R.G. del 1971 era stato riadottato dal Comune, per la parte annullata dal Consiglio di Stato, con deliberazione del 20.3.1990, con specifica motivazione relativa al mancato inserimento dell’area di proprietà del Vitali oggetto della convenzione di lottizzazione del 1964, in quanto destinata a verde agricolo; che il Consiglio di Stato, adito in sede di giudizio di ottemperanza della decisione del 22.1.1990, con decisione n. 800/95, aveva respinto il ricorso, sul rilievo che l’annullamento del P.R.G. del 1971 per difetto motivazione non precludeva all’Amministrazione la riproduzione dell’atto emendato del vizio accertato.

Tanto precisato, osserva che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, il privato che aspiri alla realizzazione di iniziative edificatorie è titolare, nei confronti della P.A., di una posizione di mero interesse legittimo, e non già di diritto soggettivo perfetto, poiché a fronte della posizione del privato vi sono le potestà pubblicistiche della P.A. in materia di disciplina dell’assetto del territorio. Tale posizione non muta neppure a seguito della stipula di convenzione di lottizzazione, poiché questa non determina la nascita di un diritto soggettivo nei confronti del Comune, che mantiene il potere di mutare la disciplina dell’assetto del territorio, e quindi di eliminare, con successive varianti dello strumento urbanistico generale, le possibilità edificatorie previste dalla convenzione di lottizzazione. Consegue che, anche dopo la stipula della convenzione di lottizzazione, l’aspettativa del privato ad edificare concretamente (previo rilascio della concessione edilizia) è sempre da qualificare in termini di interesse legittimo, sicché l’eventuale illegittimo esercizio del potere di pianificazione del territorio deve essere denunciato davanti al giudice amministrativo. In tal senso richiama le sentenze di questa S.C. n. 4587/76; n. 4833/80; n. 2951/81; n.

442/88; n. 1589/90.

Osserva ancora che non rileva l’avvenuto annullamento, da parte del Consiglio di Stato, del P.R.G. del 1971, nella parte in cui non recepiva la convenzione di lottizzazione, destinando la relativa area a verde agricolo, poiché, per giurisprudenza costante, l’annullamento dell’atto amministrativo, denunciato dal privato come lesivo di un interesse legittimo, non è di per sé idoneo a mutare la qualificazione della posizione del privato nei confronti del potere di cui l’atto è espressione, che, essendo all’origine di interesse legittimo, resta tale. In tale senso richiama le sentenze n. 4833/80; n. 2951/91; n. 442/88; n.

1589/90; n. 3963/94; 10800/94.

Sostiene, conclusivamente, che, avendo incontestabilmente natura di interesse legittimo la posizione giuridica soggettiva dedotta dell’attore a fondamento della domanda di risarcimento dei danni, in applicazione del remoto e costante orientamento della S.C., che esclude la risarcibilità degli interessi legittimi, deve negarsi la sussistenza di una posizione soggettiva tutelata dall’ordinamento e va dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione per improponibilità della domanda. In tal senso richiama le sentenze n.

442/88; n. 7213/86; n. 4944/91; n. 3963/94.

2. Il ricorso ripropone la questione della risarcibilità degli interessi legittimi, o meglio il problema della configurabilità della responsabilità civile, ai sensi dell’art. 2043 c.c., della P.A. per il risarcimento dei danni derivanti ai soggetti privati dalla emanazione di atti o di provvedimenti amministrativi illegittimi, lesivi di situazioni di interesse legittimo.

É noto che questa S.C., con giurisprudenza definita dalla dottrina “monolitica” o addirittura “pietrificata”, è costante da vari decenni nel fornire una risposta sostanzialmente negativa al quesito.

Ritengono tuttavia queste S.U. di dover riconsiderare il proprio orientamento. Non possono infatti essere ignorati: a) il radicale dissenso sempre manifestato dalla quasi unanime dottrina, che ha criticato i presupposti dell’affermazione, individuati nella tradizionale lettura dell’art. 2043 c.c. e denunciato come iniqua la sostanziale immunità della P.A. per l’esercizio illegittimo della funzione pubblica che essa determina; b) il progressivo formarsi di una giurisprudenza di legittimità volta ad ampliare l’area della risarcibilità ex art. 2043 c.c., sia nei rapporti tra privati, incrementando il novero delle posizioni tutelabili, che nei rapporti tra privati e P.A., valorizzando il nesso tra interesse legittimo ed interesse materiale sottostante (elevato ad interesse direttamente tutelato); c) le perplessità più volte espresse dalla Corte costituzionale circa l’adeguatezza della tradizionale soluzione fornita all’arduo problema (sent. n. 35/1980; ord. n. 165/1998); d) gli interventi legislativi di segno opposto alla irrisarcibilità, culminati nel d.lgs. n. 80 del 1998, che, nell’operare una cospicua ridistribuzione della competenza giurisdizionale tra giudice ordinario e giudice amministrativo in base al criterio della giurisdizione esclusiva per materia, ha attribuito in significativi settori al giudice amministrativo, investito di giurisdizione esclusiva (comprensiva, quindi, delle questioni concernenti interessi legittimi e diritti soggettivi), il potere di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del “danno ingiusto”.

3. Ripercorrendo la giurisprudenza di questa S.C., può constatarsi che il principio della irrisarcibilità degli interessi legittimi si é formato e consolidato con il concorso di due elementi, l’uno di carattere formale (o meglio processuale), l’altro di carattere sostanziale: a) il peculiare assetto del sistema di riparto della giurisdizione nei confronti degli atti della P.A. tra giudice ordinario e giudice amministrativo, incentrato sulla dicotomia diritto soggettivo - interesse legittimo e caratterizzato dall’attribuzione ai due giudici di diverse tecniche di tutela (il giudice amministrativo, che conosce degli interessi legittimi, può soltanto annullare l’atto lesivo dell’interesse legittimo, ma non può pronunciare condanna al risarcimento in relazione alle eventuali conseguenze patrimoniali dannose dell’esercizio illegittimo della funzione pubblica, mentre il giudice ordinario, che pur dispone del potere di pronunciare sentenze di condanna al risarcimento dei danni, non può conoscere degli interessi legittimi); b) la tradizionale interpretazione dell’art. 2043 c.c., nel senso che costituisce “danno ingiusto” soltanto la lesione di un diritto soggettivo, sul rilievo che l’ingiustizia del danno, che l’art. 2043 c.c. assume quale componente essenziale della fattispecie della responsabilità civile, va intesa nella duplice accezione di danno prodotto non iure e contra ius; non iure, nel senso che il fatto produttivo del danno non debba essere altrimenti giustificato dall’ordinamento giuridico; contra ius, nel senso che il fatto debba ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall’ordinamento medesimo nella forma del diritto soggettivo perfetto (sent. n. 4058/69; n. 2135/72; 5813/85; n. 8496/94; n. 1540/95).

3.1. Il tema della irrisarcibilità degli interessi legittimi è stato in primo luogo affrontato ed esaminato, da queste S.U., sotto il profilo del difetto di giurisdizione.

In relazione a fattispecie in cui il privato, ottenuto dal giudice amministrativo l’annullamento dell’atto lesivo di una posizione avente la originaria consistenza di interesse legittimo, aveva proposto davanti al giudice ordinario domanda di risarcimento dei danni conseguenti alla lesione di detta posizione giuridica soggettiva (rimasta immutata nel suo originario spessore malgrado l’annullamento del provvedimento negativo, poiché questo si limita a ripristinare la situazione antecedente), le S.U., in sede di regolamento preventivo, hanno costantemente dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione.

Hanno invero tratto argomento dall’avvenuto esaurimento della tutela erogabile in virtù dell’ordinamento, poiché il giudice amministrativo aveva ormai fornito la tutela rimessa la suo potere, mentre davanti al giudice ordinario non poteva essere proposta domanda di risarcimento del danno da lesione di posizione avente la consistenza dell’interesse legittimo, non essendo prevista dall’ordinamento, alla stregua del quale doveva essere vagliata la pretesa secondo il criterio del c.d. petitum sostanziale (costantemente applicato da questa S.C.), l’invocata tutela, perché riservata, ai sensi dell’art. 2043 c.c., ai soli diritti soggettivi (in tal senso: sent. n. 1484/81; n. 4204/82; n. 6776/83; n. 5255/84; n. 436/88; n. 2723/91; n. 4944/91; n. 7550/91; n. 1186/97).

In senso critico si è osservato, peraltro, che l’adozione di una pronuncia siffatta, e cioé di una decisione che afferma l’inesistenza del diritto azionato, resa in sede di regolamento preventivo determina, di fatto, una anticipata decisione sfavorevole sul merito.

Va ancora ricordato che, nella diversa ipotesi in cui la pretesa risarcitoria fosse stata azionata davanti al giudice ordinario prima di aver ottenuto dal giudice amministrativo l’annullamento dell’atto lesivo, la giurisprudenza di queste S.U. ha invece dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo, configurandosi di fronte al provvedimento autoritativo solo interessi legittimi (in tal senso: sent. n. 1917/90: n. 8586/91; n. 2857/92; n. 10800/94; n. 5520/96; n. 9478/97).

I noti limiti della giurisdizione amministrativa determinavano tuttavia la necessaria limitazione della successiva pronuncia del giudice amministrativo alla sola pronuncia di annullamento, con conseguente riproposizione della situazione dianzi illustrata.

5.2. Secondo un diverso indirizzo di queste S.U., manifestatosi in tempi più recenti, la questione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi non attiene propriamente alla giurisdizione, bensì costituisce questione di merito.

Si è infatti affermato che con la proposizione di una domanda di risarcimento la parte istante fa valere un diritto soggettivo, sicché bene la domanda è proposta davanti al giudice ordinario, che, in linea di principio, è giudice dei diritti (a parte i casi di giurisdizione esclusiva), al quale spetta stabilire, giudicando nel merito, sia se tale diritto esista e sia configurabile, sia se la situazione giuridica soggettiva dalla cui lesione la parte sostenga esserle derivato danno sia tale da determinare, a carico dell’autore del comportamento illecito, l’insorgere di una obbligazione risarcitoria (in tal senso: sent. n. 10453/97; n. 1096/98; ma già in precedenza, per l’affermazione che si tratta di questione di merito e non di giurisdizione, sent. n. 6667/92; n. 8836/94; n. 5477/95; n. 1030/96).

Va comunque rilevato che, in forza di tale indirizzo (che appare essenzialmente rivolto a delimitare, restringendoli, i confini del regolamento preventivo, e non già ad incidere sul tema di fondo della risarcibilità degli interessi legittimi), la decisione rimessa al giudice di merito risulta comunque vincolata (e di segno negativo), in ragione della persistente vigenza del principio che vuole limitata la risarcibilità ex art. 2043 c.c. al solo danno da lesione di diritti soggettivi (non espressamente contrastato dalle dette decisioni).

5.3 Può constatarsi, quindi, che i due menzionati orientamenti approdano entrambi al medesimo risultato negativo circa la questione della risarcibilità dei danni conseguenti alla lesione dell’interesse legittimo: a) nel primo caso, è la stessa S.C., in sede di regolamento preventivo, a negare (anticipatamente) l’accesso alla tutela; b) nel secondo, la decisione negativa è soltanto differita, essendo rimessa al giudice del merito l’adozione di una pronuncia dal contenuto già prefigurato.

Ed in entrambi i casi, in definitiva, l’ostacolo insormontabile è costituito da una ragione di ordine sostanziale, e cioé dalla tradizionale lettura dell’art. 2043 c.c., che identifica il “danno ingiusto” con la lesione di un diritto soggettivo.

Ora, non può negarsi che dal descritto stato della giurisprudenza deriva una notevole limitazione della responsabilità della P.A. nel caso di esercizio illegittimo della funzione pubblica che abbia determinato diminuzioni o pregiudizi alla sfera patrimoniale del privato. Ma una siffatta isola di immunità e di privilegio, va ancora rilevato, mal si concilia con le più elementari esigenze di giustizia.

Queste S.U. ritengono quindi di dover affrontare alla radice il problema, riconsiderando la tradizionale interpretazione dell’art. 2043 c.c., che identifica il “danno ingiusto” con la lesione di un diritto soggettivo.

Interpretazione che, è bene precisarlo subito, pur costantemente riaffermata in termini di principio, è stata poi frequentemente disattesa (o meglio aggirata) da una cospicua giurisprudenza, che ha realizzato, di fatto, un notevole ampliamento dell’area della risarcibilità dei danni ex art. 2043 c.c., ponendo così le premesse per il definitivo abbandono dell’interpretazione tradizionale.

Di tale percorso è opportuno ripercorrere i punti salienti.

4. È noto che la giurisprudenza di questa S.C. ha compiuto una progressiva erosione dell’assolutezza del principio che vuole risarcibile, ai sensi dell’art. 2043 c.c, soltanto la lesione del diritto soggettivo, procedendo ad un costante ampliamento dell’area della risarcibilità del danno aquiliano, quantomeno nei rapporti tra privati.

Un primo significativo passo in tale direzione è rappresentato dal riconoscimento della risarcibilità non soltanto dei diritti assoluti, come si riteneva tradizionalmente, ma anche dei diritti relativi (va ricordata anzitutto la sent. n. 174/71, alla quale si deve la prima affermazione del principio, successivamente ribadita da varie pronunce, che esprimono un orientamento ormai consolidato: sent. n. 2105/80; n. 555/84; n. 5699/86; n. 9407/87).

É quindi seguito il riconoscimento della risarcibilità di varie posizioni giuridiche, che del diritto soggettivo non avevano la consistenza, ma che la giurisprudenza di volta in volta elevava alla dignità di diritto soggettivo: è il caso del c.d. diritto all’integrità del patrimonio o alla libera determinazione negoziale, che ha avuto frequenti applicazioni (sent. n. 2765/82; n. 4755/86; n. 1147/92; n. 3903/95), ed in relazione al quale è stata affermata, tra l’altro, la risarcibilità del danno da perdita di chance, intesa come probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni (sent. n. 6506/85; n. 6657/91; n. 781/92; n. 4725/93).

Ma ancor più significativo è stato il riconoscimento della risarcibilità della lesione di legittime aspettative di natura patrimoniale nei rapporti familiari (sent. n. 4137/81; n. 6651/82; n. 1959/95), ed anche nell’ambito della famiglia di fatto (sent. n. 2988/94), purché si tratti, appunto, di aspettative qualificabili come “legittime” (e non di mere aspettative semplici), in relazione sia a precetti normativi che a principi etico - sociali di solidarietà familiare e di costume.

Siffatta evoluzione giurisprudenziale è stata condivisa nella sostanza della dottrina, che ha apprezzato le ragioni di giustizia che la ispiravano, ma ha tuttavia avuto buon gioco nel rilevare che la S.C., pur riaffermando il principio dell’identificazione del “danno ingiusto” con la lesione del diritto soggettivo, in pratica lo disattendeva sempre più spesso, “mascherando” da diritto soggettivo situazioni che non avevano tale consistenza, come il preteso diritto all’integrità del patrimonio, le aspettative, le situazioni possessorie.

La via maestra che la dottrina suggeriva era invece quella di prendere atto che l’art. 2043 c.c. non costituisce norma secondaria (di sanzione) rispetto a norme primarie (di divieto), ma racchiude in sé una clausola generale primaria, espressa dalla formula “danno ingiusto”, in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell’ingiustizia, in quanto lesivo di interessi ai quali l’ordinamento, prendendoli in considerazione sotto vari profili (esulanti dalle tematiche del risarcimento), attribuisce rilevanza.

5. Maggior resistenza ha mostrato invece la giurisprudenza di questa S.C. in riferimento alla risarcibilità degli interessi legittimi.

Ma anche sotto tale profilo risulta che la soluzione negativa ha visto progressivamente ristretto il suo ambito di applicazione, grazie ad operazioni di trasfigurazione di alcune figure di interesse legittimo in diritti soggettivi, con conseguente apertura dell’accesso alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., a questi ultimi tradizionalmente riservata.

Ciò è stato possibile focalizzando l’attenzione sull’interesse materiale sotteso (o correlato) all’interesse legittimo. L’interesse legittimo non rileva infatti come situazione meramente processuale, quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, del quale non sarebbe quindi neppure ipotizzabile lesione produttiva di danno patrimoniale, ma ha anche natura sostanziale, nel senso che si correla ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare danno.

Anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo l’interesse effettivo che l’ordinamento intende proteggere è pur sempre l’interesse ad un bene della vita: ciò che caratterizza l’interesse legittimo e lo distingue dal diritto soggettivo è soltanto il modo o la misura con cui l’interesse sostanziale ottiene protezione.

L’interesse legittimo va quindi inteso (ed ormai in tal senso viene comunemente inteso) come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell’attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell’interesse al bene.

In altri termini, l’interesse legittimo emerge nel momento in cui l’interesse del privato ad ottenere o a conservare un bene della vita viene a confronto con il potere amministrativo, e cioé con il potere della P.A. di soddisfare l’interesse (con provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dell’istante), o di sacrificarlo (con provvedimenti ablatori).

Si delinea così, in riferimento alle diverse forme della protezione, la distinzione, ormai acquisita e di uso corrente, tra “interessi oppositivi” ed “interessi pretensivi”, secondo che la protezione sia conferita al fine di evitare un provvedimento sfavorevole ovvero per ottenere un provvedimento favorevole: i primi soddisfano istanze di conservazione della sfera giuridica personale e patrimoniale del soggetto; i secondi istanze di sviluppo della sfera giuridica personale e patrimoniale del soggetto.

Altre distinzioni sono certamente configurabili, in relazione a diversi profili - atteso che la categoria dell’interesse legittimo si palesa unitaria solo con riferimento all’accesso alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, e cioé ai fini dell’annullamento in sede giurisdizione del provvedimento illegittimo, mentre si diversifica ed assume varie configurazioni se considerata a fini diversi, ivi compreso quello della eventuale tutela risarcitoria -, ma soltanto a quella suindicata ritiene il Collegio di limitare la sua attenzione, in ragione della rilevanza che ha assunto, come subito si vedrà, nel tema in esame.

5.1 Con riferimento agli interessi legittimi, la giurisprudenza di questa S.C., pur riaffermandone in linea di principio la irrisarcibilità (non già per ragioni inerenti alla sua assenza, ma) quale necessario corollario della lettura tradizionale dell’art. 2043 c.c., ha manifestato una tendenza progressivamente estensiva dell’area della risarcibilità (dei danni derivanti dalla lesione di alcune figure di interesse legittimo), nel caso di esercizio illegittimo della funzione pubblica mediante attività giuridiche.

Nessun limite è stato invece ravvisato, come è noto, in relazione ai comportamenti materiali della P.A., indiscussa fonte di responsabilità aquiliana (possono ricordarsi le seguenti pronunce: sent. n. 737/70; n. 2851/76; n. 9550/92; n. 3939/96).

Ed ulteriore estensione del principio ha riguardato la violazione dei c.d. limiti esterni della discrezionalità, ravvisata in ipotesi in cui la P.A., omettendo di svolgere attività di vigilanza o di informazione, o compiendo erroneamente attività di certificazione, aveva determinato danni a terzi (vanno menzionate in proposito: sent. n. 6667/92; n. 8836/94; n. 9593/94; n. 5477/95; n. 1030/96).

La tecnica è stata assai simile a quella, già descritta, utilizzata per ampliare l’area della risarcibilità ex art. 2043 c.c. nei rapporti tra privati, e cioé l’elevazione di determinate figure di interessi legittimi (diversificate per contenuto e forme di protezione) a diritti soggettivi.

Ciò si verifica, infatti, quando si ammette la risarcibilità del c.d. diritto affievolito, e cioé dell’originaria situazione di diritto soggettivo incisa da un provvedimento illegittimo che sia stato poi annullato dal giudice amministrativo con effetto ripristinatorio retroattivo (in tal senso, tra le pronunce risalenti: sent. n. 543/69; n. 5428/79; tra quelle più recenti: sent. n. 12317/92; n. 6542/95). La vicenda può invero essere anche intesa in termini di tutela di un “interesse legittimo oppositivo”, considerando che il provvedimento illegittimo estingue il diritto soggettivo, ed il privato riceve tutela grazie alla facoltà di reazione propria dell’interesse legittimo, prima davanti al giudice amministrativo, per l’eliminazione dell’atto, e successivamente davanti al giudice ordinario, che dispone del potere di condanna al risarcimento, per la riparazione delle ulteriori conseguenze patrimoniali negative. L’esigenza di ravvisare un diritto soggettivo che rinasce è palesemente dettata dalla necessità di muoversi nell’area tradizionale dell’art. 2043 c.c..

Ed analoga considerazione può valere in relazione all’ipotesi (che costituisce sviluppo di quella precedente) della c.d. riespansione della quale beneficia anche il diritto soggettivo (non originario ma) nascente da un provvedimento amministrativo, qualora sia stato annullato il successivo provvedimento caducatorio dell’atto fonte della posizione di vantaggio (tra le più rilevanti decisioni che accolgono tale ricostruzione, apparsa alla dottrina alquanto “barocca”, possono ricordarsi: sent. n. 5145/79; sent. n.5027/92; sent. n. 2443/83; sent. n. 656/86; sent. n. 2436/97; sent. n. 3384/98). Anche nell’ambito di tale vicenda può invero rilevarsi che il privato, una volta acquisita in forza del provvedimento amministrativo (di concessione, autorizzazione, licenza, ammissione, iscrizione e così via) la posizione di vantaggio, risulta titolare di un “interesse legittimo oppositivo” alla illegittima rimozione della detta situazione, del quale si avvale utilmente sia per eliminare l’atto, sia per ottenere la reintegrazione dell’eventuale pregiudizio patrimoniale sofferto (rivolgendosi in successione ai due diversi giudici, poiché nessuno dei due è titolare di giurisdizione piena: ed è palese la macchinosità del sistema che, di regola, richiede tempi lunghissimi). Vale, anche in riferimento a tale ulteriore ipotesi, l’osservazione già svolta circa le ragioni che imponevano di ravvisare un diritto soggettivo.

5.2 Da quanto detto emerge un assetto giurisprudenziale caratterizzato dalla limitazione della tutela piena (di annullamento e, successivamente, risarcitoria, nelle due diverse sedi) ai soli “interessi legittimi oppositivi” (elevati a diritti soggettivi mediante operazioni di trasfigurazione), con esclusione, quindi, dei soli “interessi legittimi pretensivi” (che invece una autorevole dottrina avrebbe voluto “promuovere”, considerandoli come “diritti in attesa di espansione”).

É questo il caso, emblematico, della c.d. aspettativa edilizia: la giurisprudenza di questa S.C. dopo aver ravvisato nello ius aedificandi una posizione di diritto soggettivo (sent. n. 1324/61; n. 800/63), ha infatti successivamente qualificato come interesse legittimo (pretensivo) la posizione del privato che aspiri al rilascio della licenza edilizia (possono ricordarsi, ad esempio: sent. n. 1589/90; n. 2382/92; n. 3732/94). Posizione che non muta la sua originaria consistenza anche nel caso in cui il provvedimento di diniego venga annullato, poiché l’eliminazione dell’atto negativo riproduce la situazione preesistente, suscettiva di evolversi in senso favorevole o sfavorevole in relazione all’esercizio del potere amministrativo di accogliere o disattendere le istanze di sviluppo della sfera giuridica dell’istante.

Ma anche l’affermazione testé enunciata, circa l’irrisarcibilità degli interessi legittimi pretensivi va rettificata, per negare l’assolutezza. Nella giurisprudenza di questa S.C. è dato infatti individuare anche ipotesi nelle quali è stata riconosciuta la risarcibilità di interessi legittimi pretensivi: si tratta di casi, puntualmente segnalati dalla dottrina, degli interessi legittimi pretensivi lesi da fatto - reato (sent. n. 5813/85 e n. 1540/95, entrambe relative ad ipotesi di aspettative di avanzamento di carriera o di assegnazione di funzioni superiori da parte di pubblici dipendenti, frustrate da procedure concorsuali irregolari nelle quali era stata ravvisata ipotesi di reato: in tal caso il limite tradizionale dell’art. 2043 c.c. è stato superato applicando l’art. 185 c.p., che non richiede l’ingiustizia del danno).

E va ancora ricordato che, ritenendosi configurabile una posizione di interesse legittimo (pretensivo) anche nei rapporti tra privati, questa S.C., ha riconosciuto la risarcibilità della lesione di tale posizione per effetto dell’illegittimo esercizio di “poteri privati” (nella specie nell’ambito di un rapporto di lavoro con un ente pubblico economico) (sent. n. 5668/79).

5.3 Può quindi concludersi, in esito alla compiuta rassegna (meramente esemplificativa, e quindi senza pretese di completezza), che anche il principio della irrisarcibilità degli interessi legittimi (pretensivi, in quanto per quelli oppositivi il limite è stato superato con le tecniche sopra descritte), malgrado sia tenacemente ribadito, risulta meno granitico di quanto comunemente si ritiene.

Una nuova lettura della giurisprudenza di questa s.c., più attenta a coglierne la progressiva evoluzione, consente quindi di ritenere che il principio risulta ormai vacillante, e che sono maturi i tempi per una sua radicale revisione, cogliendo l’intimo significato di una linea di tendenza già presente in singole pronunce di questa S.C. (nella quale non sono mancate espresse sollecitazioni a superare l’orientamento tradizionale: v., in tal senso, l’obiter della sentenza n. 4083/96, al quale la dottrina ha dato particolare risalto, leggendolo come sintomo di una disagio interno alla C.S. a fronte della perdurante riaffermazione del principio negativo).

6. Concorrono altresì a giustificare un ripensamento della soluzione negativa i vari interventi di segno contrario all’affermato principio dell’irrisarcibilità degli interessi legittimi che si rinvengono nella recente legislazione.

6.1 Va anzitutto ricordato il riconoscimento, sotto la spinta dell’ordinamento comunitario, dell’azione di risarcimento (davanti al giudice ordinario previo annullamento dell’atto ad opera del giudice amministrativo) ai soggetti che abbiano subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture (art. 13 della legge n. 142 del 1990, di recepimento della direttiva comunitaria n. 665/89, la cui disciplina è stata successivamente estesa agli appalti di servizi ed ai c.d. settori esclusi; la disposizione è stata peraltro abrogata dall’art. 35, comma 5 del d.lgs. n. 80 del 1998).

Sul rilievo che il diritto comunitario non conosce la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi e che nella suindicata materia il privato (secondo il nostro ordinamento) è titolare di posizioni di interesse legittimo, si è sostenuto che la menzionata normativa avrebbe introdotto nel nostro ordinamento una ipotesi di risarcibilità di interessi legittimi, e si è suggerito di riconoscerle forza espansiva ultrasettoriale, così conformando l’ordinamento interno a quello comunitario (il cui primato è ormai incontroverso) ed evitando disparità di trattamento, nell’ordinamento interno, nell’ambito della generale figura dell’interesse legittimo.

Il suggerimento non è stato tuttavia accolto da questa S.C., che ha ritenuto di attribuire alla suindicata normativa carattere eccezionale, traendone conferma del principio, costantemente affermato, della irrisarcibilità, non suscettivo di essere posto in discussione da una norma dettata con riferimento ad uno specifico settore (sent. n. 2667/93; n. 3732/94; n. 10800/94).

Si tratta tuttavia di un indirizzo formatosi in riferimento al contingente assetto del diritto positivo, suscettivo quindi di riconsiderazione a fronte di successive modifiche dell’ordinamento: e modifiche consistenti si sono in effetti verificate, come ora si vedrà.

6.2 In contrapposizione al diniego, opposto da questa S.C. con le suindicate sentenze, di rivedere il tradizionale orientamento negativo, si rinvengono anzitutto, sul piano legislativo, ulteriori tentativi di ampliamento della responsabilità civile della P.A. per danni conseguenti all’esercizio illegittimo della funzione pubblica.

Tra questi va menzionato, a titolo esemplificativo, quello perseguito dall’art. 32 della legge n. 109 del 1994, recante la previsione del rimedio risarcitorio, nelle forme di cui al citato art. 13 della legge n. 142 del 1990, in materia di appalti pubblici, ma non realizzato, perché la legge fu successivamente sospesa e la suindicata norma venne poi sostituita dall’art. 9-bis del d.l. n. 101 del 1995, introdotto dalla legge di conversione n. 216 del 1995, che non confermò il rimedio.

Merita un cenno anche l’art. 5, comma 8, del d.l. n. 101 del 1993, che prevedeva la responsabilità del soggetto responsabile del procedimento per i danni arrecati al singolo per il ritardo nel rilascio della concessione edilizia, ma che non trovò conferma nella legge di conversione n. 493 del 1993 (un esauriente catalogo degli interventi legislativi, non approdati ad esito positivo, è racchiuso nell’ord. n. 165 del 1998 della Corte costituzionale, che ne sottolinea comunque la natura “settoriale”).

No vale opporre che si tratta di iniziative che, per varie ragioni, non hanno avuto realizzazione, poiché anche tali interventi, solo tentati, dimostrano l’esistenza di una situazione in via di evoluzione, contrassegnata dalla consapevolezza del legislatore circa l’inadeguatezza della soluzione offerta dalla giurisprudenza in materia di responsabilità civile della P.A. per l’esercizio illegittimo della funzione pubblica.

6.3 In tale quadro evolutivo si inserisce appunto, con indubbia forza innovativa, la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 80 del 1998, con il quale è stata data attuazione alla delega contenuta nell’art. 11, comma 4, lettera q), della legge n. 59 del 1997, che aveva previsto la devoluzione al giudice ordinario di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti della P.A. (già attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), e la contestuale estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali conseguenziali, ivi comprese quelle concernenti il risarcimento dei danni, in materia di edilizia, urbanistica e servizi pubblici.

L’art. 29 del d.lgs. n. 80 del 1998 (che ha sostituito l’art. 68 del d.lgs. n. 29 del 1993) ha invero devoluto al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, la quasi totalità delle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (già riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), con potere di disapplicazione, in via incidentale, degli atti amministrativi presupposti, se illegittimi (con esclusione della c.d. pregiudizialità amministrativa nel caso di contemporanea pendenza del giudizio di impugnazione dell’atto davanti al giudice amministrativo: art. 68, comma 1, nel nuovo testo), e di adozione di tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi, estintivi e di condanna (art. 68, comma 2, nel nuovo testo).

A loro volta gli artt. 33 e 34 hanno devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi (art. 33), nonché quelle aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia (art. 34), mentre l’art. 35, comma 1, ha stabilito che il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli artt. 33 e 34, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del “danno ingiusto” (secondo modalità disciplinate dal comma 2).

Risulta in tal modo compiuta dal legislatore una decisa scelta nel senso del superamento del tradizionale sistema del riparto della giurisdizione in riferimento alla dicotomia diritto soggettivo - interesse legittimo, a favore della previsione di un riparto affidato al criterio della materia. In particolare, per quanto concerne il giudice amministrativo, viene delineata una nuova giurisdizione esclusiva su determinate materie (di rilevante interesse sociale ed economico): nuova (rispetto a quella preesistente) perché nel contempo esclusiva, nel significato tradizionale di giurisdizione amministrativa indifferentemente estesa alla cognizione degli interessi legittimi e dei diritti, e piena, in quanto non più limitata all’eliminazione dell’atto illegittimo, ma estesa alla reintegrazione delle conseguenze patrimoniali dannose dell’atto, perché comprensiva del potere di disporre il risarcimento del “danno ingiusto” (già precluso dall’art. 7, comma 3, della legge n. 1034 del 1971, che riservava al giudice ordinario, anche nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le questioni relative ai diritti patrimoniali conseguenziali, comunemente identificati con il risarcimento del danno, e che è stato abrogato in tale parte dall’art. 35, comma 4, con conseguente estensione dei poteri del giudice amministrativo anche nelle ulteriori ipotesi di giurisdizione esclusiva previste da altre norme precedenti).

Ora, non può negarsi che la suindicata disciplina incide in modo significativo sul tema della risarcibilità degli interessi legittimi, sia sotto il profilo strettamente processuale, concernente il riparto delle competenze giurisdizionali, sia sotto il profilo sostanziale, in quanto coinvolge il generale tema dell’ambito della responsabilità civile ex art. 2043 c.c.

Per quanto riguarda il primo profilo, va osservato, in primo luogo, che l’opzione a favore di una estensione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, per la cui individuazione rileva la materia e non già la qualificazione della posizione giuridica soggettiva in termini di interesse legittimo o di diritto soggettivo, determina una sensibile attenuazione della generale rilevanza della distinzione tra le due figure (che pur permane nei settori non coperti dalla giurisdizione esclusiva, sicché la categoria dell’interesse legittimo continua a porsi come figura essenziale - ed unitaria - ai fini dell’accesso alla giurisdizione amministrativa di annullamento); in secondo luogo, che la scelta, compiuta dal legislatore, di realizzare davanti al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, con cognizione estesa indifferentemente agli interessi legittimi ed ai diritti soggettivi, in riferimento a vasti e rilevanti settori della vita sociale ed economica (i pubblici servizi, l’urbanistica e l’edilizia), la concentrazione di una tutela potenzialmente esaustiva per la posizione soggettiva lesa dall’esercizio illegittimo della funzione pubblica, sembra implicare la volontà di equiparare, quanto a tutela giurisdizionale, le due posizioni (che, è bene ribadirlo, gli artt. 24 e 113 Cost. pongono su un piano di pari dignità), e di assicurare effettività alla tutela giurisdizionale, evitando la necessità del successivo ricorso a due giudici diversi (che costituisce grave limitazione dell’effettività della tutela giurisdizionale, ed il cui abbandono, espressamente ribadito anche in relazione alla nuova giurisdizione del lavoro dall’art. 29 del d. lgs. 80 del 1998, non può che essere salutato con favore).

Quanto al secondo profilo, va rilevato che di particolare interesse é il richiamo, contenuto nell’art. 35, comma 1, nella parte in cui estende la tutela anche al risarcimento dei danni, alla clausola “danno ingiusto”. È infatti inequivocabile il riferimento all’analoga espressione che si rinviene nell’art. 2043 c.c., ma non può negarsi che l’effettuato richiamo si presta ad una duplice lettura: a) nel senso che il legislatore abbia avuto presente il “danno ingiusto” come inteso dalla giurisprudenza “pietrificata” della S.C., e quindi come lesione dei soli diritti soggettivi; b) nel senso che la formula “danno ingiusto” sia stata consapevolmente impiegata nell’accezione più ampia, che pur vive nelle opinioni della generalità della dottrina e che il legislatore aveva già in precedenza mostrato di voler fare propria, con tentativi di scarsa efficacia.

Si conferma, quindi, la già avvertita esigenza di affrontare alla radice il problema, compiendo una scelta tra le due contrapposte letture dell’art. 2043 c.c., incentrate sulla diversa qualificazione del “danno ingiusto”.

7. Una indiretta sollecitazione nel suindicato senso si può cogliere, d’altra parte, anche nelle già ricordate pronunce con le quali la Corte costituzionale non ha mancato di rilevare come la tesi che vuole non risarcibili i danni patrimoniali cagionati dall’esercizio illegittimo della funzione pubblica a posizioni di interesse legittimo, in base ad una delle possibili interpretazioni dell’art. 2043 c.c., determina l’insorgere di un problema di indubbia gravità, che richiede “prudenti soluzioni normative, non solo nella disciplina sostanziale ma anche nel regolamento delle competenze giurisdizionali” (sent. n. 35/89), “e nelle scelte tra misure risarcitorie, indennitarie, reintegrative in forma specifica e ripristinatorie, ed infine nella delimitazione delle utilità economiche suscettibili di ristoro patrimoniale nei confronti della P.A.” (ord. n. 165/98).

Il monito, o l’invito, ancorché riferito al legislatore, non può infatti non coinvolgere anche questa S.C., poiché anche alla giurisprudenza di legittimità è consentito di intervenire con efficacia nella dibattuta questione, nell’esercizio del suo potere di interpretare le norme, procedendo a riconsiderare la tradizionale interpretazione del concetto di “danno ingiusto”.

8. È noto che l’opinione tradizionale, formatasi dopo l’entrata in vigore del codice civile del 1942, secondo la quale la responsabilità aquiliana si configura come sanzione di un illecito, si fonda sulle seguenti affermazioni: l’art. 2043 c.c. prevede l’obbligo del risarcimento del danno quale sanzione per una condotta che si qualifica come illecita, sia perché contrassegnata dalla colpa del suo autore, sia perché lesiva di una posizione giuridica della vittima tutelata erga omnes da altra norma primaria; l’ingiustizia menzionata dall’art. 2043 c.c. è male riferita al danno, dovendo piuttosto essere considerata attribuito della condotta, ed identificata con l’illiceità, da intendersi nel duplice senso suindicato; la responsabilità acquiliana (\*) postula quindi che il danno inferto presenti la duplice caratteristica di essere contra ius, e cioé lesivo di un diritto soggettivo (assoluto), e non iure, e cioé derivante da un comportamento non giustificato da altra norma.

In senso contrario, aderendo ai rilievi critici che la dottrina assolutamente prevalente ha mosso alle suindicate affermazioni, può tuttavia osservarsi, per un verso, che non emerge dal tenore letterale dell’art. 2043 c.c. che oggetto della tutela risarcitoria sia esclusivamente il diritto soggettivo (e tantomeno il diritto assoluto, come ha convenuto la giurisprudenza di questa S.C. con la sentenza n. 174/71, con orientamento divenuto poi costante); per altro verso, che la scissione della formula “danno ingiusto”, per riferire l’aggettivazione alla condotta, costituisce indubbia forzatura della lettera della norma, secondo la quale l’ingiustizia é requisito del danno.

Non può negarsi che nella disposizione in esame risulta netta la centralità del danno, del quale viene previsto il risarcimento qualora sia “ingiusto”, mentre la colpevolezza della condotta (in quanto contrassegnata da dolo o colpa) attiene all’imputabilità della responsabilità.

L’area della risarcibilità non è quindi definita da altre norme recanti divieti e quindi costitutive di diritti (con conseguente tipicità dell’illecito in quanto fatto lesivo di ben determinate situazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela), bensì da una clausola generale, espressa dalla formula “danno ingiusto”, in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell’ingiustizia, e cioé il danno arrecato non iure, da ravvisarsi nel danno inferto in difetto di una causa di giustificazione (non iure), che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l’ordinamento (altra opinione ricollega l’ingiustizia del danno alla violazione del limite costituzionale di solidarietà, desumibile dagli artt. 2 e 41, comma 2, Cost., in riferimento a preesistenti situazioni del soggetto danneggiato giuridicamente rilevanti, e sotto tale ultimo profilo le tesi sostanzialmente convergono).

Ne consegue che la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell’attività altrui.

In definitiva, ai fini della configurabilità della responsabilità acquiliana (\*) non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante.

Quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori: caratteristica del fatto illecito delineato dall’art. 2043 c.c., inteso nei sensi suindicati come norma primaria di protezione, è infatti la sua atipicità. Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un “danno ingiusto”, ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioé dell’interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell’interesse che il comportamento lesivo dell’autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell’interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell’autore della condotta, in ragione della sua prevalenza.

Comparazione e valutazione che, è bene precisarlo, non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, ma che vanno condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l’ordinamento assicura tutela all’interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche (così risolvendo in radice il conflitto, come avviene nel caso di interesse protetto nella forma del diritto soggettivo, soprattutto quando si tratta di diritti costituzionalmente garantiti o di diritti della personalità), ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così una esigenza di protezione (nel qual caso la composizione del conflitto con il contrapposto interesse è affidata alla decisione del giudice, che dovrà stabilire se si è verificata una rottura del “giusto” equilibrio intersoggettivo, e provvedere a ristabilirlo mediante il risarcimento).

In particolare, nel caso (che qui interessa) di conflitto tra interesse individuale perseguito dal privato ed interesse ultraindividuale perseguito dalla P.A., la soluzione non è senz’altro determinata dalla diversa qualità dei contrapposti interessi, poiché la prevalenza dell’interesse ultraindividuale, con correlativo sacrificio di quello individuale, può verificarsi soltanto se l’azione amministrativa è conforme ai principi di legalità e di buona amministrazione, e non anche quando è contraria a tali principi (ed è contrassegnata, oltre che da illegittimità, anche dal dolo o dalla colpa, come più avanti si vedrà).

9. Una volta stabilito che la normativa sulla responsabilità aquiliana ha funzione di riparazione del “danno ingiusto”, e che è ingiusto il danno che l’ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull’autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale che sia la loro qualificazione formale, ed in particolare senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo, risulta superata in radice, per il venir meno del suo presupposto formale, la tesi che nega la risarcibilità degli interessi legittimi quale corollario della tradizionale lettura dell’art. 2043 c.c.

La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra infatti nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto.

Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale.

Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l’attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell’interesse al bene della vita al quale l’interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell’ordinamento. In altri termini, la lesione dell’interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell’attività illegittima (e colpevole) della P.A., l’interesse al bene della vita al quale l’interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell’ordinamento positivo.

Per quanto concerne gli interessi legittimi oppositivi, potrà ravvisarsi danno ingiusto nel sacrificio dell’interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all’illegittimo esercizio del potere. Così confermando, nel risultato al quale si perviene, il precedente orientamento, qualora il detto interesse sia tutelato nelle forme del diritto soggettivo, ma ampliandone la portata nell’ipotesi in cui siffatta forma di tutela piena non sia ravvisabile e tuttavia l’interesse risulti giuridicamente rilevante nei sensi suindicati.

Circa gli interessi pretensivi, la cui lesione si configura nel caso di illegittimo diniego del richiesto provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, dovrà invece vagliarsi la consistenza della protezione che l’ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Valutazione che implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioé di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta.

10. Occorre ora chiedersi quali conseguenze comporta la nuova lettura della normativa sulla responsabilità aquiliana in tema di riparto di giurisdizione.

La questione, dovendo la Corte pronunciarsi nell’ambito di un giudizio pendente alla data del 30.6.1998, va esaminata con riferimento alla disciplina vigente, in tema di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, anteriormente all’entrata in vigore del d.lgs. n. 80 del 1998, che ha introdotto le già richiamate significative innovazioni circa il criterio di riparto. La nuova normativa trova infatti applicazione, secondo quando prevede la disciplina transitoria dettata dall’art. 45, comma 18, in relazione alle controversie di cui agli artt. 33 e 34 instaurate a partire dal 1°.7.1998, mentre resta ferma la giurisdizione prevista dalla precedente normativa per i giudizi pendenti alla data del 30.6.1998.

Ora, ritengono queste S.U. che, alla stregua della nuova lettura dell’art. 2043 c.c., va senz’altro confermato, con le necessarie precisazioni, l’indirizzo secondo il quale non dà luogo a questione di giurisdizione, ma attiene al merito, la contestazione circa la risarcibilità degli interessi legittimi.

Deve infatti ribadirsi, ai fini del giudizio sulla giurisdizione, in relazione ai giudizi pendenti alla data del 30.6.1998:

1. che l’azione di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. nei confronti della P.A. per esercizio illegittimo della funzione pubblica bene è proposta davanti al giudice ordinario, quale giudice al quale spetta, in linea di principio (secondo il previgente ordinamento), la competenza giurisdizionale a conoscere di questioni di diritto soggettivo, poiché tale natura esibisce il diritto al risarcimento del danno, che è diritto distinto dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto (che può avere, indifferentemente, natura di diritto soggettivo, di interesse legittimo, nelle sue varie configurazioni correlate alle diverse forme della protezione, o di interesse comunque rilevante per l’ordinamento);
2. che stabilire se la fattispecie di responsabilità della P.A. per atti o provvedimenti illegittimi dedotta in giudizio sia riconducibile nel paradigma dell’art. 2043 c.c., secondo la nuova lettura, costituisce questione di merito, atteso che l’eventuale incidenza della lesione su una posizione di interesse legittimo non deve essere valutata ai fini della giurisdizione, bensì ai fini della qualificazione del danno come ingiusto, in quanto lesivo di un interesse giuridicamente rilevante;
3. che una questione di giurisdizione è configurabile soltanto se sussiste, in relazione alla materia nella quale è sorta la fattispecie, una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, estesa alla cognizione dei diritti patrimoniali conseguenziali, e quindi delle questioni relative al risarcimento dei danni (ipotesi che non si ravvisa nel caso in esame, poiché, pur vigendo, ai sensi dell’art. 16 della legge n. 10 del 1977, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di diniego di concessione edilizia, tale giurisdizione non è estesa ai diritti patrimoniali conseguenziali in ragione del limite posto dall’art. 7 della legge n. 1034 del 1971).

11. Per quanto concerne, invece, il merito della pretesa, la nuova lettura dell’art. 2043 c.c. alla quale queste S.U. sono pervenute, impone di fornire alcune precisazioni circa i criteri ai quali deve attenersi il giudice di merito.

Qualora sia stata dedotta davanti al giudice ordinario una domanda risarcitoria ex art. 2043 c.c. nei confronti della P.A. per illegittimo esercizio della funzione pubblica, il detto giudice, onde stabilire se la fattispecie concreta sia o meno riconducibile nello schema normativo delineato dall’art. 2043 c.c., dovrà procedere, in ordine successivo, a svolgere le seguenti indagini:

1. in primo luogo, dovrà accertare la sussistenza di un evento dannoso;
2. procederà quindi a stabilire se l’accertato danno sia qualificabile come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l’ordinamento, che può essere indifferentemente un interesse tutelato nelle forme del diritto soggettivo (assoluto o relativo), ovvero nelle forme dell’interesse legittimo (quando, cioé, questo risulti funzionale alla protezione di un determinato bene della vita, poiché è la lesione dell’interesse al bene che rileva ai fini in esame, o altro interesse (non elevato ad oggetto di immediata tutela, ma) giuridicamente rilevante (in quanto preso in considerazione dall’ordinamento a fini diversi da quelli risarcitori, e quindi non riconducibile a mero interesse di fatto);
3. dovrà inoltre accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei noti criteri generali, se l’evento dannoso sia riferibile ad una condotta (positiva o omissiva) della P.A.;
4. provvederà, infine, a stabilire se il detto evento dannoso sia imputabile a dolo o colpa della P.A.; la colpa (unitamente al dolo) costituisce infatti componente essenziale della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.; e non sarà invocabile, ai fini dell’accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe in re ipsa nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo, poiché tale principio, enunciato dalla giurisprudenza di questa S.C. con riferimento all’ipotesi di attività illecita, per lesione di un diritto soggettivo, secondo la tradizionale interpretazione dell’art. 2043 c.c. (sent. n. 884/61; n. 814/67; n. 16/78; n. 5361/84; n. 3293/94; n. 6542/95), non è conciliabile con la più ampia lettura della suindicata disposizione, svincolata dalla lesione di un diritto soggettivo; l’imputazione non potrà quindi avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell’azione amministrativa, ma il giudice ordinario dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell’illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri nella negligenza o imperizia), ma della P.A. intesa come apparato (in tal senso, v. sent. n. 5883/91) che sarà configurabile nel caso in cui l’adozione e l’esecuzione dell’atto illegittimo (lesivo dell’interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l’esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità.

Rispetto al giudizio che, nei termini suindicati, può svolgersi davanti al giudice ordinario, non sembra ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento. Questa è stata infatti in passato costantemente affermata per l’evidente ragione che solo in tal modo si perveniva all’emersione del diritto soggettivo, e quindi all’accesso alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., riservata ai soli diritti soggettivi, e non può quindi trovare conferma alla stregua del nuovo orientamento, che svincola la responsabilità aquiliana dal necessario riferimento alla lesione di un diritto soggettivo. E l’autonomia tra le due giurisdizioni risulta ancor più netta ove si consideri il diverso ambito dei giudizi, ed in particolare l’applicazione, da parte del giudice ordinario, ai fini di cui all’art. 2043 c.c., di un criterio di imputazione della responsabilità non correlato alla mera illegittimità del provvedimento, bensì ad una più complessa valutazione, estesa all’accertamento della colpa, dell’azione amministrativa denunciata come fonte di danno ingiusto.

Qualora (in relazione ad un giudizio in corso) l’illegittimità dell’azione amministrativa (a differenza di quanto è avvenuto nel procedimento in esame) non sia stata previamente accertata e dichiarata dal giudice amministrativo, il giudice ordinario ben potrà quindi svolgere tale accertamento al fine di ritenere o meno sussistente l’illecito, poiché l’illegittimità dell’azione amministrativa costituisce uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all’art. 2043 c.c.

12. Esula dall’oggetto del presente giudizio vagliare la coerenza degli affermati principi in relazione alle controversie instaurate a partire dal 1°.7.1998, ma non può non rilevarsi, per completezza di esame, che la realizzata concentrazione davanti al giudice amministrativo della giurisdizione piena (di annullamento e di risarcimento) nelle materia attribuite alla giurisdizione esclusiva del detto giudice (sia essa “nuova” o “vecchia”, poiché la coerenza del sistema indurrebbe a ritenere che la tutela risarcitoria sia erogabile dal giudice amministrativo in entrambi i casi, superando il limite della lettera dell’art. 35, commi 1, 4 e 5) risolve in radice il problema di cui si è finora discusso.

Qualora, peraltro, la fattispecie produttiva di danno sia insorta nell’ambito di materia non attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, dovrebbe ritenersi applicabile il principio affermato in riferimento ai giudizi pendenti, anche per quanto concerne l’accertamento diretto, da parte del giudice ordinario, dell’illegittimità dell’atto amministrativo quale elemento costitutivo della fattispecie dell’illecito civile nei sensi definiti dalla presente decisione, così realizzandosi anche su tale versante una sorta di concentrazione di tutela (come del resto espressamente prevede l’art. 68, comma 1, del d.lgs. n. 29 del 1993, nel testo sostituito dall’art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998, per la materia del lavoro).

Si tratta, tuttavia, con ogni evidenza, di questione che riguarda una disciplina ancora in evoluzione (risulta alla Corte che è all’esame del Parlamento un disegno di legge, n. 2934 del Senato, recante disposizioni in materia di giustizia amministrativa, che sembra volto ad ampliare i poteri di tutela risarcitoria del giudice amministrativo), e comunque meritevole di approfondimento, sulla quale queste S.U. si riservano di intervenire non appena se ne presenterà l’occasione.

13. In conclusione, il ricorso per regolamento di giurisdizione va dichiarato inammissibile: la questione con esso proposta, alla stregua delle suesposte considerazioni, non configura questione di giurisdizione, bensì questione di merito.

14. Sussistono giusti motivi per compensare interamente tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte dichiara il ricorso inammissibile e compensa le spese.

## 5.2 Consiglio di Stato, Ad. pl., sent. 23 marzo 2011, n. 3

DIRITTO

1. La Sezione rimettente sottopone al vaglio dell’Adunanza Plenaria la questione relativa ai rapporti tra domanda di annullamento e domanda di risarcimento con riguardo ad una fattispecie nella quale viene chiesto il ristoro dei danni cagionati da un provvedimento di sospensione dalle gare non impugnato nel termine decadenziale.

2. E’ noto che, con la storica sentenza 22 luglio 1999, n. 500, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno riconosciuto l’ammissibilità della tutela risarcitoria degli interessi legittimi.

L’art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, nel novellare l’art. 7, comma 3, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, ha poi stabilito che, in tali casi, la tutela risarcitoria va richiesta al giudice amministrativo, atteggiandosi a “strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico demolitorio” (così sentenze 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191 della Corte Costituzionale).

In questo quadro, l’elaborazione delle condizioni, processuali e sostanziali, che governano la tutela risarcitoria degli interessi legittimi è stata al centro di un vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale.

E’ stato, in particolare, oggetto di approfondita analisi il tema della pregiudizialità della domanda di annullamento rispetto all’azione di danno.

2.1. A favore della tesi dell’autonomia delle due azioni si è pronunciata la Cassazione a Sezioni unite la quale, con ordinanze nn. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006 rese in sede di regolamento di giurisdizione, ha affermato che la domanda di risarcimento può essere proposta innanzi al giudice amministrativo anche in difetto della previa domanda di annullamento dell’atto lesivo, per cui una declaratoria di inammissibilità della domanda risarcitoria motivata solo in ragione della mancata previa impugnazione dell’atto, concretizza diniego della giurisdizione sindacabile da parte della Corte di cassazione ex artt. 360, comma 1, n. 1 e 362 c.p.c..

Siffatta conclusione è stata ribadita dalla Sezioni Unite con le sentenze 23 dicembre 2008, n. 30254, 6 settembre 2010, n. 19048, 16 dicembre 2010, n. 23595 e 11 gennaio 2011, n. 405. Detta ultima pronuncia ha peraltro puntualizzato che il diniego di giurisdizione che consente il sindacato della Cassazione è riscontrabile nelle sole ipotesi in cui il Consiglio di Stato neghi la tutela risarcitoria per il solo fatto della mancata impugnazione del provvedimento amministrativo e non anche in quelle in cui il Giudice amministrativo pervenga ad una pronuncia sfavorevole di merito in ragione della valutazione in ordine all’assenza, in concreto, dei presupposti sostanziali all’uopo necessari (nel caso di specie il Consiglio di Stato non aveva ravvisato l’illegittimità della statuizione amministrativa asseritamene produttiva del danno).

2.2. Con la decisione dell’Adunanza plenaria 22 ottobre 2007, n. 12 questo Consiglio di Stato ha, invece, confermato il principio della pregiudizialità della domanda di annullamento rispetto alla tutela risarcitoria, già espresso dall’Adunanza plenaria con la decisione n. 4 del 2003.

La decisione di rimessione ha puntualmente riepilogato gli argomenti posti a sostegno del permanere della pregiudizialità sulla base dei seguenti punti, relativi:

- alla stessa struttura del processo amministrativo e alla tutela in esso erogabile, dove, in armonia con gli artt. 103 e 113, co. 3, Cost., sia nella giurisdizione di legittimità, che in quella esclusiva, viene in considerazione in via primaria la tutela demolitoria e solo in via consequenziale ed eventuale quella risarcitoria, come inequivocabilmente stabilito dall’art. 35, co.1, 4 e 5, d.lgs. n. 80 del 1998;

- alla cosiddetta presunzione di legittimità dell’atto amministrativo e della connessa efficacia ed esecutorietà, che si consolida in caso di omessa impugnazione o di annullamento d’ufficio (v. legge 11 febbraio 2005, n. 15);

- all’articolazione della tutela sopra ricordata che, in entrambi i casi, concerne la stessa illegittimità del provvedimento, con la conseguenza che il danno ingiusto non può essere configurato a fronte di un’illegittimità del provvedimento che, per l’assolutezza della cennata presunzione è, *de jure*, irreclamabile;

- all’assenza della condizione essenziale dell’ingiustizia del danno, impedita dalla persistenza di un provvedimento inoppugnabile (o inutilmente impugnato);

- alla concreta equivalenza del giudicato che, rilevando l’inesistenza dell’appena ricordata condizione, dichiari l’improponibilità della domanda con il giudicato che, pronunciandosi nel merito, dichiari infondata - e questa volta con pronuncia inequivocabilmente sottratta a verifica ex art. 362 cod.proc.civ.- la domanda per difetto della denunziata illegittimità;

- ai limiti del potere regolatore della Corte di Cassazione (Sez. un., 19 gennaio 2007, n. 1139; 4 gennaio 2007, n. 13) che, secondo il correlato avvertimento della Corte Costituzionale (sent. 12 marzo 2007, n. 77), “con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell’art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione”. Ad analogo principio, prosegue la Corte, “si ispira l’art. 386 c.p.c. applicabile anche ai ricorsi proposti a norma dell’art. 362, co.1, c.p.c., disponendo che la decisione sulla giurisdizione è determinata dall’oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda”;

- alla correlata verifica degli eventuali limiti dell’indirizzo della Corte di Cassazione secondo cui l’inoppugnabilità dell’atto amministrativo, siccome relativa agli interessi legittimi, non impedirebbe in nessun caso al giudice ordinario di disapplicarlo.

Secondo tale approccio interpretativo, l’applicazione del principio della pregiudizialità processuale conduce alla soluzione, in rito, dell’inammissibilità della domanda risarcitoria non accompagnata o preceduta dalla sperimentazione del rimedio impugnatorio entro il prescritto termine decadenziale di sessanta giorni dalla piena conoscenza del provvedimento illegittimo foriero dell’effetto lesivo.

3. Va, a questo punto, osservato che sui termini del dibattito è destinata ad incidere, a regime, la disciplina dettata dal codice del processo amministrativo di cui all’allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, entrato in vigore il 16 settembre 2010 (art. 2).

L’art. 30 del codice ha infatti previsto, ai fini che qui rilevano, che l’azione di condanna al risarcimento del danno può essere proposta in via autonoma (comma 1) entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo (comma 3, primo periodo).

La norma, da leggere in combinazione con il disposto del comma 4 dell’art. 7 – il cui inciso finale prevede la possibilità che le domande risarcitorie aventi ad oggetto il danno da lesione di interessi legittimi e di altri diritti patrimoniali consequenziali siano introdotte in via autonoma - sancisce, dunque, l’autonomia, sul versante processuale, della domanda di risarcimento rispetto al rimedio impugnatorio.

Detta autonomia è confermata, per un verso, dall’art. 34, comma 2, secondo periodo, che considera il giudizio risarcitorio quale eccezione al generale divieto, per il giudice amministrativo, di conoscere della legittimità di atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l’azione di annullamento; e, per altro verso, dal comma 3 dello stesso art. 34, che consente l’accertamento dell’illegittimità a fini meramente risarcitori allorquando la pronuncia costitutiva di annullamento non risulti più utile per il ricorrente.

Questo reticolo di norme consacra, in termini netti, la reciproca autonomia processuale tra i diversi sistemi di tutela, con l’affrancazione del modello risarcitorio dalla logica della necessaria “ancillarità” e “sussidiarietà” rispetto al paradigma caducatorio.

3.1. Il riconoscimento dell’autonomia, in punto di rito, della tutela risarcitoria si inserisce - in attuazione dei principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale richiamati dall’art. 1 del codice oltre che dei criteri di delega fissati dall’art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 - in un ordito normativo che, portando a compimento un lungo e costante processo evolutivo tracciato dal legislatore e dalla giurisprudenza, amplia le tecniche di tutela dell’interesse legittimo mediante l’introduzione del principio della pluralità delle azioni. Si sono, infatti, aggiunte alla tutela di annullamento la tutela di condanna (risarcitoria e reintegratoria ex art. 30), la tutela dichiarativa (cfr. l’azione di nullità del provvedimento amministrativo ex art. 31, comma 4) e, nel rito in materia di silenzio-inadempimento, l’azione di condanna pubblicistica (cd. *azione di esatto adempimento*) all’adozione del provvedimento, anche previo accertamento, nei casi consentiti, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31, commi da 1 a 3).

Deve, inoltre, rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l’azione di condanna volta ad ottenere l’adozione dell’atto amministrativo richiesto. Ciò è desumibile dal combinato disposto dell’art. 30, comma 1, che fa riferimento all’azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (sull’atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell’art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l’adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio (cfr., già con riguardo al quadro normativo anteriore, Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139; 9 febbraio 2009, n. 717).

In definitiva, il disegno codicistico, in coerenza con il criterio di delega fissato dall’art. 44, comma 2, lettera b, n. 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell’interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l’esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa.

Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l’ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull’atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata.

Alla stregua di tale dilatazione delle tecniche di protezione, viene confermata e potenziata la dimensione sostanziale dell’ interesse legittimo in una con la centralità che il bene della vita assume nella struttura di detta situazione soggettiva.

Come osservato dalle Sezioni Unite nella citata sentenza n. 500/1999, l’interesse legittimo non rileva come situazione meramente processuale, ossia quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, né si risolve in un mero interesse alla legittimità dell’azione amministrativa in sé intesa, ma si rivela posizione schiettamente sostanziale, correlata, in modo intimo e inscindibile, ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione a seconda che si tratti di interesse oppositivo o pretensivo) può concretizzare un pregiudizio.

L’interesse legittimo va, quindi, inteso come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall’esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell’attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell’interesse al bene.

Anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo, l’interesse effettivo che l’ordinamento intende proteggere è quindi sempre l’interesse ad un bene della vita che l’ordinamento, sulla base di scelte costituzionalmente orientate confluite nel disegno codicistico, protegge con tecniche di tutela e forme di protezione non più limitate alla demolizione del provvedimento ma miranti, ove possibile, alla soddisfazione completa della pretesa sostanziale.

In questo quadro normativo, sensibile all’esigenza di una piena protezione dell’interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, risulta coerente che la domanda risarcitoria, ove si limiti alla richiesta di ristoro patrimoniale senza mirare alla cancellazione degli effetti prodotti del provvedimento, sia proponibile in via autonoma rispetto all’azione impugnatoria e non si atteggi più a semplice corollario di detto ultimo rimedio secondo una logica gerarchica che il codice del processo ha con chiarezza superato.

L’autonomia dell’azione si apprezza, con argomento *a contrario*, se si rileva che, alla stregua dell’inciso iniziale del comma 1 dell’art. 30, salvi in casi di giurisdizione esclusiva del giudizio amministrativo (segnatamente, con riferimento alle azioni di condanna a tutela di diritti soggettivi) ed i casi di cui al medesimo articolo (relativi proprio alle domande di risarcimento del danno ingiusto di cui ai successivi commi 2 e seguenti), la domanda di condanna può essere proposta solo contestualmente ad altra azione. Si ricava allora che mentre la domanda tesa ad una pronuncia che imponga l’adozione del provvedimento satisfattorio, non è ammissibile se non accompagnata dalla rituale e contestuale proposizione della domanda di annullamento del provvedimento negativo (o del rimedio avverso il silenzio ex art. 31), per converso la domanda risarcitoria è proponibile in via autonoma rispetto al rimedio caducatorio.

3.2. Va, peraltro, osservato che il codice, pur negando la sussistenza di una pregiudizialità di rito, ha mostrato di apprezzare, sul versante sostanziale, la rilevanza eziologica dell’omessa impugnazione come fatto valutabile al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale di tipo ipotetico, sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento potenzialmente dannoso.

L’art. 30, comma 3, del codice dispone, infatti, al secondo periodo, stabilisce che, nel determinare il risarcimento, “*il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’esperimento degli strumenti di tutela previsti*”.

La disposizione, pur non evocando in modo esplicito il disposto dell’art. 1227, comma 2, del codice civile, afferma che l’omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell’esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l’ordinaria diligenza. E tanto in una logica che vede l’omessa impugnazione non più come preclusione di rito ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile.

Operando una ricognizione dei principi civilistici in tema di causalità giuridica e di principio di auto-responsabilità, il codice del processo amministrativo sancisce la regola secondo cui la tenuta, da parte del danneggiato, di una condotta, attiva od omissiva, contraria al principio di buona fede ed al parametro della diligenza, che consenta la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati secondo il canone della causalità civile imperniato sulla probabilità relativa (secondo il criterio del “*più probabilmente che non*” : Cass., sezioni unite,11 gennaio 1008, n. 577; sez. III, 12 marzo 2010, n. 6045), recide, in tutto o in parte, il nesso casuale che, ai sensi dell’art. 1223 c.c., deve legare la condotta antigiuridica alle conseguenze dannose risarcibili. Di qui la rilevanza sostanziale, sul versante prettamente causale, dell’omessa o tardiva impugnazione come fatto che preclude la risarcibilità di danni che sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di rituale utilizzazione dello strumento di tutela specifica predisposto dall’ordinamento a protezione delle posizioni di interesse legittimo onde evitare la consolidazione di effetti dannosi.

Va aggiunto che la latitudine del generale riferimento ai mezzi di tutela e al comportamento complessivo consente di soppesare l’ipotetica incidenza eziologica non solo della mancata impugnazione del provvedimento dannoso ma anche dell’omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali la via dei ricorsi amministrativi e l’assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell’ autotutela amministrativa (cd. *invito all’autotutela*).

Va, del pari, apprezzata l’omissione di ogni altro comportamento esigibile in quanto non eccedente la soglia del sacrificio significativo sopportabile anche dalla vittima di una condotta illecita alla stregua del canone di buona fede di cui all’art. 1175 e del principio di solidarietà di cui all’art. 2 Cost.

La rilevanza sostanziale delle condotte negligenti, eziologicamente pregnanti, è confermata anche dall’art. 124 del codice del processo amministrativo e dell’art. 243 bis del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

La prima disposizione sancisce, al comma 2, questa volta recando un riferimento esplicito alla normativa civilistica, che “*la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1*” (ossia la domanda di conseguire l’aggiudicazione e il contratto) “*o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto è valutata dal Giudice ai sensi dell’art. 1227 del codice civile*”.

Inoltre, l’art. 243 bis del codice dei contratti pubblici, aggiunto dall’art. 6 del decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, come modificato dall’art. 3 dell’ allegato 4 allo stesso decreto legislativo n. 104/2010, nel disciplinare l’istituto dell’informativa in ordine all’intento di proporre ricorso giurisdizionale, stabilisce, al comma 5, che l’omissione della comunicazione di cui al comma 1, finalizzata alla stimolazione dell’autotutela, costituisce comportamento valutabile ai sensi dell’art. 1227 del codice civile.

Dall’esame coordinato delle richiamate disposizioni si evince che il legislatore, se da un lato non ha recepito il modello della pregiudizialità processuale della domanda di annullamento rispetto a quella risarcitoria, dall’altro ha mostrato di apprezzare la rilevanza causale dell’omessa impugnazione tempestiva che abbia consentito la consolidazione dell’atto e dei suoi effetti dannosi.

In tal modo il codice ha suggellato un punto di equilibrio capace di superare i contrasti ermeneutici registratisi *in subiecta materia* tra le due giurisdizioni e, in parte, anche in seno ad ognuna di esse. Il legislatore, in definitiva, ha mostrato di non condividere la tesi della pregiudizialità pura di stampo processuale al pari di quella della totale autonomia dei due rimedi, approdando ad una soluzione che, non considerando l’omessa impugnazione quale sbarramento di rito, aprioristico ed astratto, valuta detta condotta come fatto concreto da apprezzare, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, per escludere il risarcimento dei danni evitabili per effetto del ricorso per l’annullamento.

E tanto sulla scorta di una soluzione che conduce al rigetto, e non alla declaratoria di inammissibilità, della domanda avente ad oggetto danni che l’impugnazione, se proposta nel termine di decadenza, avrebbe consentito di scongiurare.

4. L’Adunanza Plenaria, consapevole dell’inapplicabilità delle norme del codice, entrato in vigore il 16 settembre 2010, ad una fattispecie ed ad un giudizio risalenti ad epoca anteriore, reputa, tuttavia, che la disciplina ora analizzata, nella parte che rileva ai fini della risoluzione della presente controversia, pervenga ad una soluzione convincente delle divergenze interpretative, estensibile a situazioni anteriori in quanto ricognitiva di principi evincibili dal sistema normativo antecedente all’entrata in vigore del codice.

Reputa, infatti, questo Consiglio che entrambi i principi affermati dal d.lgs. n. 104 del 2010 – quello dell’assenza di una stretta pregiudiziale processuale e quello dell’operatività di una connessione sostanziale di tipo causale tra rimedio impugnatorio e azione risarcitoria – fossero ricavabili anche dal quadro normativo vigente prima dell’entrata in vigore del codice.

Omissis

9. Si può a questo punto esaminare il caso di specie in forza delle coordinate fin qui esposte.

L’illegittimità del provvedimento di sospensione dalle gare per nove mesi risulta acclarata in ragione dell’assenza di un’adeguata istruttoria e del difetto di una congrua motivazione in ordine all’effettiva addebitabilità a colpa dell’impresa appaltatrice dell’incidente che ha indotto l’ENEL Distribuzione s.p.a. all’adozione dell’atto lesivo.

Deve allora darsi risposta alla duplice domanda se la condotta dell’impresa abbia integrato violazione del canone comportamentale cristallizzato dall’art. 1227, comma 2, c.c. (oggi recepito dall’art. 30, comma 3, del codice del processo amministrativo) ed abbia spiegato un effetto eziologico nella produzione di un danno altrimenti evitabile.

Il Consiglio, nel confermare, con le seguenti integrazioni motivazionali la soluzione adottata dal primo giudice, reputa che ad entrambi i quesiti vada data risposta positiva.

Quanto al primo aspetto appare determinante la circostanza che, a fronte di un provvedimento adottato il 30 settembre 1999, recante la sospensione degli inviti a gare d’appalto nell’intero ambito territoriale di competenza per un periodo di nove mesi a far data dal 1° ottobre 1999, l’impresa abbia reagito con atto di citazione innanzi al Giudice civile solo il 6 maggio 2002, ossia ad oltre due anni e mezzo di distanza, per poi proporre ricorso innanzi al Tribunale Amministrativo dopo oltre un anno dalla sentenza n. 6221 del 25 maggio n 2004 con la quale il Tribunale civile di Napoli aveva dichiarato il difetto di giurisdizione.

La totale inerzia osservata dall’appellante, nella coltivazione di rimedi giudiziali e di iniziative stragiudiziali, lungo tutto l’arco temporale nel corso del quale l’atto ha spiegato il suo effetto inibitorio e per un ulteriore e assai ampio *spatium temporis*, integra, alla luce della gravità degli effetti lesivi denunciati, una chiara violazione degli obblighi cooperativi che gravano sul creditore danneggiato. Detto aspetto è stato già apprezzato dalla sentenza appellata e dalla decisione di rimessione che hanno affermato la sussistenza della giurisdizione amministrativa e negato la concessione del beneficio dell’errore scusabile alla luce di consolidati principi giurisprudenziali che avevano affermato la natura autoritativa del potere esercitato da ENEL e la qualificazione pubblicistica assunta da detto soggetto *in subiecta materia,* oltre che in considerazione del ritardo con il quale l’appellante ha riproposto la domanda risarcitoria innanzi al giudice amministrativo.

Quanto al profilo eziologico, l’Adunanza, applicando le regole prima esposte che presiedono al giudizio di causalità ipotetica in materia risarcitoria, ritiene di poter concludere che i danni lamentati sarebbero stati in toto evitati se l’impresa si fosse tempestivamente avvalsa degli strumenti di tutela predisposti all’uopo dall’ordinamento ed avesse posto in essere le ulteriori iniziative esigibili *ex bona fide.* Appare al riguardo determinante la circostanza che il ricorrente non solo non abbia proposto il ricorso giurisdizionale amministrativo, così vedendosi preclusa la via delle misure provvisorie in corso di causa, ma non abbia neanche sperimentato la via dei ricorsi amministrativi, così come non abbia compiuto atti volti a stimolare l’autotutela al pari di atti di iniziativa finalizzati a partecipare alle singole procedure di suo specifico interesse, con conseguente contestazione dei puntuali provvedimenti di esclusione.

L’Adunanza reputa che la tempestiva utilizzazione di tali rimedi avrebbe consentito di ottenere l’ammissione alle singole procedure e, quindi, di perseguire una tutela specifica dell’interesse leso. Si deve allora convenire che il comportamento dell’appellante ha assunto un ruolo eziologico decisivo nella produzione di un pregiudizio che il corretto utilizzo dei rimedi rammentati, inquadrato nella condotta complessiva esigibile, avrebbe plausibilmente consentito di evitare, alla luce dei vizi denunciati, della gravità del pregiudizio lamentato e del tasso di effettività della tutela che i mezzi non sperimentati avrebbero consentito di ottenere.

10. Alla stregua delle considerazioni che precedono l’appello deve essere respinto.

La complessità delle questioni di diritto affrontate e le oscillazioni interpretative che hanno caratterizzato la giurisprudenza in materia giustificano, tuttavia, l’integrale compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

## 5.3. Corte costituzionale, sent. 4 maggio 2017, n. 94

Considerato in diritto

1.- Il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (d’ora in avanti: TAR) con ordinanza del 17 dicembre 2015 solleva, in riferimento agli artt. 3, 24, primo e secondo comma, 111, primo comma, 113, primo e secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea proclamata a Nizza il 12 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 e agli artt. 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali [d’ora in avanti: CEDU], firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata dall’Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848, questione di legittimità costituzionale dell’art. 30, comma 3, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo nella parte in cui stabilisce che «[l]a domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo».

2.- Il caso sottoposto al TAR riguarda una richiesta di risarcimento di danni proposta da una società di costruzioni nei confronti di un Comune in relazione al rilascio di quattro permessi per costruire un complesso residenziale e commerciale, successivamente rivelatisi illegittimi.

Ottenuti i provvedimenti abilitativi nei mesi di ottobre e novembre 2011, la società ha dato avvio ai lavori, poi immediatamente interrotti per effetto della nota del 29 marzo 2012, in cui l’ANAS spa affermava l’impossibilità di assentire l’avvio delle opere in quanto i permessi erano stati rilasciati in assenza del preventivo nullaosta, obbligatorio ai sensi dell’art. 20 del d.P.R 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia - Testo A).

Constatata la illegittimità dei permessi di costruire, le due amministrazioni hanno sottoscritto la prevista convenzione, che è stata, poi, trasmessa alla società ricorrente il 24 aprile 2013. I lavori di costruzione degli immobili residenziali non hanno, però, più avuto inizio e la ricorrente, nel frattempo posta in liquidazione, ha agito per la condanna del Comune al risarcimento del danno, con ricorso notificato l’11 luglio 2013

3.- In punto di rilevanza, il rimettente muove dal presupposto che la domanda risarcitoria debba essere considerata tardiva, dovendosi far decorrere il termine decadenziale dal 29 marzo 2012, momento in cui si è manifestato il danno, e non, piuttosto, come sostiene la ricorrente, dal 24 aprile 2013, in applicazione del comma 4 dell’art. 30 d.lgs. n. 104 del 2010 (d’ora in poi anche: cod. proc. amm.).

4.- In punto di non manifesta infondatezza, ad avviso del giudice a quo, la disposizione censurata violerebbe l’art. 3 Cost., sotto il profilo del principio di uguaglianza, poiché nel prevedere un regime processuale per l’azione risarcitoria da lesione di interessi legittimi «sensibilmente diseguale» rispetto a quello della prescrizione ordinaria per il risarcimento del danno derivante dalla lesione di diritti soggettivi determinerebbe un trattamento di favore per la pubblica amministrazione, responsabile dell’illecito, disciplinando così in modo differente situazioni soggettive sostanzialmente analoghe e «ugualmente meritevoli di tutela».

Sussisterebbe, inoltre, il contrasto con il citato parametro costituzionale anche sotto il profilo della violazione del principio di ragionevolezza perché, ingiustificatamente, la norma stabilirebbe un termine a pena di decadenza, peraltro, breve e non, invece, un più favorevole «congruo» termine prescrizionale, così comprimendo in modo incisivo il diritto del danneggiato di agire per il risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione.

Il regime decadenziale censurato, prosegue il rimettente, si porrebbe in contrasto anche con gli artt. 24, primo e secondo comma, e 113, primo e secondo comma, Cost., sotto il profilo della violazione del principio di generalità ed effettività della tutela giurisdizionale.

Infatti, se da un lato la previsione del termine di impugnazione, a pena di decadenza, può costituire il punto di equilibrio per il bilanciamento del diritto degli interessati di agire per la caducazione dell’atto con l’interesse ad una sollecita definizione della vicenda, dall’altro non può esserlo anche per l’esercizio dell’azione risarcitoria, situazione in cui l’esposizione del responsabile dell’illecito al rischio della condanna rileva solo sul piano della reintegrazione patrimoniale e dello spostamento di ricchezza, e non anche sulla sorte del rapporto giuridico.

Il rimettente evidenzia, peraltro, come la ratio della previsione di termini di decadenza brevi, per l’annullamento di atti emanati da autorità pubbliche e da soggetti privati, sia da identificare nell’esigenza di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici, in considerazione del dato che l’atto pone un assetto di interessi rilevanti sul piano superindividuale.

Inoltre, l’introduzione di un regime decadenziale, in deroga a quello prescrizionale ordinario, sembrerebbe contraddire la finalità stessa del rimedio risarcitorio, quale tutela complementare rispetto a quella caducatoria, realizzabile solo se si conserva la diversità strutturale delle stesse, anche per quanto concerne i termini di esercizio delle rispettive azioni.

Ulteriori censure sono mosse, infine, con riferimento agli artt. 111, primo comma, e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e agli artt. 6 e 13 della CEDU, sotto il profilo della violazione del principio del giusto processo.

Ad avviso del rimettente, la previsione del «brevissimo» termine decadenziale di centoventi giorni per la proponibilità dell’azione risarcitoria, da parte di chi abbia subito una lesione del proprio interesse legittimo, non assicurerebbe una tutela piena ed effettiva, poiché: configurerebbe un privilegio per la pubblica amministrazione, responsabile di un illecito; determinerebbe, sul piano della tutela giurisdizionale, «una rilevante discriminazione tra situazioni soggettive sostanzialmente analoghe, dipendente dalla qualificazione giuridica di diritto soggettivo o interesse legittimo che il giudice amministrativo è chiamato a compiere nella specifica vicenda sottoposta al suo esame»; ed infine, non apparirebbe giustificata da esigenze oggettive di stabilità e certezza delle decisioni amministrative assunte nell’interesse pubblico.

Sotto quest’ultimo profilo, il TAR richiama la sentenza della Corte di giustizia 28 febbraio 2013, C-334/12, Jaramillo e a., secondo cui l’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea costituirebbe la riaffermazione del principio di tutela giurisdizionale effettiva, principio generale dell’Unione, sancito anche dagli artt. 6 e 13 della CEDU. Sono, poi, indicate altre sentenze dalla Corte di giustizia da cui discenderebbe che le esigenze di equivalenza e di effettività valgono sia sul piano della designazione dei giudici competenti a conoscere delle azioni, sia per quanto riguarda «la definizione delle modalità procedurali che reggono tali azioni» (sono richiamate la sentenza 18 marzo 2010, C-317/08, Alassini, e la sentenza 27 giugno 2013, C-93/12, ET Agrokonsulting).

In relazione al principio di effettività e equivalenza, il rimettente evoca anche la sentenza della Corte di giustizia 26 novembre 2015, C-166/14, Med Eval, che avrebbe dichiarato il contrasto, con il diritto dell’Unione, della normativa processuale austriaca «nella parte in cui assoggetta la proposizione dell’azione risarcitoria ad un termine di decadenza di sei mesi dalla data di aggiudicazione dell’appalto».

5.- La questione di legittimità costituzionale non è fondata.

5.1.- Il TAR Piemonte censura la disposizione di cui al comma 3 dell’art. 30 cod. proc. amm. che, per la proposizione dell’azione volta, in via autonoma, ad ottenere il risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi, prevede il termine di decadenza di centoventi giorni a decorrere «dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo».

Secondo il giudice rimettente, anche per tale azione risarcitoria e non soltanto per quella diretta a far valere il danno per lesione di diritti soggettivi, il legislatore avrebbe dovuto prevedere l’ordinario termine prescrizionale o altro congruo termine della stessa natura; in ogni caso, non avrebbe dovuto indicare un termine di soli centoventi giorni.

Va premesso che il legislatore, nel realizzare l’obiettivo di dar luogo a una sistemazione complessiva, anche innovativa, del processo amministrativo ha dettato, ai commi 2, 3, 4 e 5 dell’art. 30 del d.lgs. n. 104 del 2010, un’articolata disciplina anche dell’azione risarcitoria dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi, già disciplinata - come è noto - dall’art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205 (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa).

Per quanto qui rileva, i commi 3 e 5 citati hanno previsto che il risarcimento del danno cagionato per effetto della illegittima attività della pubblica amministrazione può essere conseguito attraverso l’azione di condanna esercitata in via autonoma (comma 3), oppure esperita contestualmente all’azione di annullamento del provvedimento illegittimo o finanche successivamente al passaggio in giudicato della relativa sentenza (comma 5).

Il legislatore ha, dunque, delineato una disciplina che riconosce al danneggiato la facoltà di scegliere le modalità della tutela risarcitoria nei confronti dell’esercizio illegittimo della funzione pubblica, adottando un modello processuale che determina un significativo potenziamento della tutela, anche attraverso il riconoscimento di un’azione risarcitoria autonoma, con il conseguente abbandono del vincolo derivante dalla pregiudizialità amministrativa.

Tale scelta è stata accompagnata dalla previsione, in entrambe le ipotesi, del termine di decadenza di centoventi giorni per la proponibilità delle domande risarcitorie, sia pure decorrenti da momenti differenti.

6.- Ciò premesso, le censure mosse in riferimento alla violazione dell’art. 3 Cost. sono prive di fondamento, in relazione alla violazione del principio sia di ragionevolezza che di uguaglianza.

6.1.- Con riguardo all’asserita irragionevolezza della norma censurata, deve osservarsi come sia costante l’orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui il legislatore gode di ampia discrezionalità in tema di disciplina degli istituti processuali (ex plurimis, sentenze n. 121 e n. 44 del 2016); ciò vale anche con specifico riferimento alla scelta di un termine decadenziale o prescrizionale a seconda delle peculiari esigenze del procedimento (ex multis, sentenza n. 155 del 2014 e ordinanza n. 430 del 2000).

È noto, poi, che il solo limite alla enunciata discrezionalità del legislatore risiede nella non manifesta irragionevolezza delle scelte compiute.

La previsione del termine di decadenza per l’esercizio dell’azione risarcitoria non può ritenersi il frutto di una scelta viziata da manifesta irragionevolezza, ma costituisce l’espressione di un coerente bilanciamento dell’interesse del danneggiato di vedersi riconosciuta la possibilità di agire anche a prescindere dalla domanda di annullamento (con eliminazione della regola della pregiudizialità), con l’obiettivo, di rilevante interesse pubblico, di pervenire in tempi brevi alla certezza del rapporto giuridico amministrativo, anche nella sua declinazione risarcitoria, secondo una logica di stabilità degli effetti giuridici ben conosciuta in rilevanti settori del diritto privato ove le aspirazioni risarcitorie si colleghino al non corretto esercizio del potere, specie nell’ambito di organizzazioni complesse e di esigenze di stabilità degli assetti economici (art. 2377, sesto comma, del codice civile).

La non manifesta irragionevolezza della scelta legislativa appare ancora più chiara laddove si rifletta che il bilanciamento operato risponde anche all’interesse, di rango costituzionale, di consolidare i bilanci delle pubbliche amministrazioni (artt. 81, 97 e 119 Cost.) e di non esporli, a distanza rilevante di tempo, a continue modificazioni incidenti sulla coerenza e sull’efficacia dell’azione amministrativa.

6.2.- Priva di fondamento è anche la censura di violazione del principio di uguaglianza basata sull’assunto che il legislatore, nell’introdurre il regime della decadenza, anziché quello della prescrizione ordinaria previsto per il risarcimento del danno derivante dalla lesione di diritti soggettivi, avrebbe disciplinato in modo differente situazioni soggettive sostanzialmente analoghe ed ugualmente meritevoli di tutela.

La necessità che davanti al giudice amministrativo sia assicurata al cittadino la piena tutela, anche risarcitoria, avverso l’illegittimo esercizio della funzione pubblica (sentenze n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004) non fa scaturire, come inevitabile corollario, che detta tutela debba essere del tutto analoga all’azione risarcitoria del danno da lesione di diritti soggettivi.

È evidente, infatti, che le due situazioni giuridiche soggettive poste in comparazione sono differenti: entrambe sono meritevoli di tutela, ma non necessariamente della stessa tutela.

Dalla non omogeneità delle situazioni giuridiche soggettive poste a raffronto discende, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, l’infondatezza della censura di violazione del principio di uguaglianza (ex plurimis, sentenze n. 43 del 2017, n. 155 del 2014, n. 108 del 2006, n. 340 e n. 136 del 2004).

7.- Parimenti non fondate sono le censure di illegittimità costituzionale formulate in riferimento agli artt. 24, primo e secondo comma, e 113, primo e secondo comma, Cost., sotto il profilo della violazione del diritto di difesa e del principio di generalità ed effettività della tutela giurisdizionale, anche in considerazione del «brevissimo» termine di centoventi giorni.

Il nuovo regime introdotto dalla disposizione censurata, come già posto in evidenza al punto che precede, ha non irragionevolmente assoggettato a decadenza la facoltà di promuovere l’azione risarcitoria da lesione degli interessi legittimi, a tutela della certezza degli effetti del rapporto giuridico amministrativo e della stabilità dei bilanci delle pubbliche amministrazioni.

È evidente, allora, che, una volta ritenuta legittima la scelta legislativa di tale istituto in luogo della prescrizione, la presunta brevità del termine individuato dal legislatore per l’azione risarcitoria autonoma non può essere desunta, a pena di contraddittorietà logica prima ancora che giuridica, da una comparazione con i termini che generalmente caratterizzano la seconda.

La censura va poi vagliata tenendo presente la giurisprudenza di questa Corte secondo cui l’incongruità del termine rilevante sul piano della violazione degli indicati parametri costituzionali si registra solo qualora esso sia non idoneo a rendere effettiva la possibilità di esercizio del diritto cui si riferisce e di conseguenza tale da rendere inoperante la tutela accordata al cittadino (ex multis, sentenze n. 44 del 2016, n. 117 del 2012 e n. 30 del 2011; ordinanze n. 417 del 2007 e n. 382 del 2005).

Ebbene, il termine di centoventi giorni introdotto dalla norma censurata è anche significativamente più lungo di molti dei termini decadenziali previsti dal legislatore sia nell’ambito privatistico che in quello pubblicistico, e per ciò solo non può dirsi in alcun modo inidoneo a rendere la tutela giurisdizionale effettiva.

8.- Infine, prive di fondamento sono anche le censure relative alla violazione degli artt. 111, primo comma, e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e agli artt. 6 e 13 della CEDU, sotto il profilo della violazione del principio del giusto processo.

Quanto alla violazione dei diritti dell’Unione, va rammentato che, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, spetta agli Stati membri disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi, compresi quelli per risarcimento danni, alla sola condizione che tali modalità non violino i principi di equivalenza ed effettività, e cioè, rispettivamente, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti per la tutela dei diritti derivanti dall’ordinamento interno, né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione (tra le tante, Corte di giustizia 26 novembre 2015, C-166/14, Med Eval, punto 37; 12 marzo 2015, e Vigilo Ltd, C-538/13, punto 39; 6 ottobre 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, punto 46). Spetta poi in primo luogo ai giudici interni valutare se le disposizioni esaminate, nel loro contesto ordinamentale e tenuto conto delle finalità che le sorreggono, soddisfino i principi di equivalenza ed effettività (Corte di giustizia, 29 ottobre 2009, C-63/08, Virginie Pontin, punto 49).

Quanto agli invocati parametri convenzionali, sostanzialmente analoghe sono le traiettorie seguite dalla consolidata giurisprudenza della Corte EDU, secondo cui «il “diritto a un tribunale”, di cui il diritto all’accesso [...] costituisce un aspetto, non è assoluto, potendo essere condizionato a limiti implicitamente ammessi. Tuttavia, tali limiti non debbono restringere il diritto all’accesso ad un tribunale spettante all’individuo in maniera tale, o a tal punto, che il diritto risulti compromesso nella sua stessa sostanza. Inoltre, limiti siffatti sarebbero da considerarsi in violazione dell’articolo 6 § 1 a meno che non perseguano uno scopo legittimo e che esista un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito» (Corte EDU, 4 febbraio 2014, Staibano e altri contro Italia, paragrafo 27; nonché la giurisprudenza ivi citata: 24 settembre 2013, Pennino c. Italia, paragrafo 73; Papon c. Francia, 25 luglio 2002, paragrafo 90; 14 dicembre 1999, Khalfaoui c. Francia, paragrafi 35-36).

Nel caso di specie, il principio di equivalenza è rispettato dalla disposizione censurata, poiché essa riguarda sia la posizione dei titolari di posizioni giuridiche fondate sul diritto dell’Unione sia i titolari di posizioni giuridiche fondate sul diritto interno.

Quanto al principio di effettività, non è pertinente in questo caso il richiamo alle conclusioni della Corte di giustizia nella sentenza 26 novembre 2015, C-166/14, Med Eval, invocata dal rimettente, perché la Corte ha ritenuto non compatibile con il richiamato principio una disciplina che assoggettava l’azione risarcitoria in materia di appalti pubblici a un termine di decadenza semestrale in ragione del rilievo - giustamente ritenuto determinante - che esso veniva fatto decorrere «senza tener conto della conoscenza o meno, da parte del soggetto leso, dell’esistenza di una violazione di una norma giuridica».

Il termine di centoventi giorni previsto dalla norma censurata, per le ragioni già esposte in precedenza, di per sé ed in assenza di problemi legati alla conoscibilità dell’evento dannoso, non rende praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione.

Le considerazioni svolte ai punti precedenti valgono, infine, anche a lumeggiare la legittimità degli scopi perseguiti dalla norma censurata e il ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli scopi medesimi.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 30, comma 3, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), nella parte in cui stabilisce che «[l]a domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo», sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24, primo e secondo comma, 111, primo comma, 113, primo e secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea proclamata a Nizza il 12 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, e agli artt. 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata dall’Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848, dal Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, con l’ordinanza indicata in epigrafe.

# 6. L’azione avverso il silenzio e l’azione di adempimento

## 6.1. T.A.R. Campania, sez. VII, sent. 25 novembre 2019, n. 5549

FATTO e DIRITTO

Espone la parte ricorrente:

- di essere titolare di concessioni demaniali marittime nel territorio del Comune di Castel Volturno, nonché di autorizzazione all’esercizio di attività d’impresa turistico-balneare;

- di avere, con nota prot. n. 57976 del 18 ottobre 2010, unitamente ad altri 65 concessionari aderenti alla Assobalneari Campania, presentato al Comune di Castel Volturno istanza di riduzione dei canoni dovuti, ai sensi dell’[art. 03 del decreto-legge n. 400/1993](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2987376&idUnitaDoc=8573699&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), convertito in [legge n. 494/1993](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2111638&idUnitaDoc=6457749&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), come modificato dalla [legge n. 296/2006](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2133170&idUnitaDoc=6621322&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza);

- che lo stesso Comune di Castel Volturno, con provvedimenti del 2 febbraio 2010, prot. n. 6125, e del 15 marzo 2012, avrebbe confermato il verificarsi degli eventi dannosi di eccezionale gravità, così come accertati dall’Ufficio Locale Marittimo di Castel Volturno;

- che tuttavia l’Ente non ha mai avviato il relativo procedimento [ex art. 03 del decreto-legge n. 400/1993](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2987376&idUnitaDoc=8573699&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza);

- di avere, in data 2 novembre 2017, con nota prot. n. 55469, formulato nuova richiesta, indirizzata anche alla Regione Campania e all’Agenzia del Demanio, per la riduzione dei canoni demaniali marittimi;

- di avere quindi proposto, dinanzi a questa Sezione, il ricorso n. 2284/2018 r.g., poi dichiarato improcedibile con sentenza n. 5660 del 28 settembre 2018, a seguito della adozione, da parte del Comune di Castel Volturno, della nota prot. n. 27371 del 29 maggio 2018 - avente ad oggetto “avvio procedura istruttoria istanza prot. gen. 55469 del 02/11/2017, di riduzione dei canoni demaniali marittimi nella misura del 50%, avanzata dalla ... Rama Beach s.r.l., quale titolare del Lido Rama Beach, in esercizio con la proroga-appendice 11/2014, in virtù della C.[*d.M. n. 19/2008*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1879856&idUnitaDoc=5825183&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) e 24/2009, in base al verificarsi di eventi dannosi di eccezionale gravità determinanti la minore utilizzazione dei beni oggetto della concessione ex art. 31 [*Legge n. 494/93*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2111638&idUnitaDoc=6457749&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) come modificata dalla [*Legge 27/12/2006, n. 296*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2133170&idUnitaDoc=6621322&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) ... Richiesta pareri Enti preposti” - con la quale l’Ente “propone” alla Regione Campania e al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti “di accordare la riduzione dei canoni demaniali marittimi, nella misura del 50% ... salva diversa determinazione delle preposte Autorità competenti... ossia Regione Campania (Settore Demanio e Direzione Generale per l’Ambiente ecc.) ed Autorità Marittima di Pozzuoli e Castel Volturno, per le preventive valutazioni di competenza”;

- che il Comune di Castel Volturno non ha mai provveduto alla conclusione del procedimento e all’emanazione del provvedimento di riduzione dei canoni dovuti;

- di agire pertanto in questa sede per la declaratoria dell’illegittimità del silenzio serbato dal Comune di Castel Volturno, anche a seguito della richiamata nota prot. gen. n. 27371 del 29 maggio 2018, nonché per la declaratoria della fondatezza dell’avanzata pretesa alla riduzione dei canoni demaniali.

Il ricorso dev’essere accolto nei sensi e termini di seguito illustrati.

Il richiamato art. 03, co. 1, lett. c), n. 1, del decreto-legge n. 400/1993, recante Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime - premesso all’[art. 1 dalla legge di conversione n. 494/1993](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2111638&idUnitaDoc=6457757&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) e modificato dall’[art. 1, co. 251, della legge n. 296/2006](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2133170&idUnitaDoc=6621325&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) - prevede la riduzione dei canoni annui, nella misura del 50%, “in presenza di eventi dannosi di eccezionale gravità che comportino una minore utilizzazione dei beni oggetto della concessione, previo accertamento da parte delle competenti autorità marittime di zona”.

Al riguardo, la Sezione ha affermato che:

“A seguito dell’entrata in vigore del [*D.lgs. n. 112/1998*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1803685&idUnitaDoc=5573239&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) spettano alle Regioni e agli enti locali le funzioni e le competenze in materia di rilascio di concessioni di beni del demanio marittimo e di zone del mare territoriale e ... conseguentemente rientra nella competenza dell’amministrazione comunale e non del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, l’adozione dei relativi atti (cfr. in termini [*TAR Campania, Napoli, VII, n. 4738/2016*](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=5213409&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

Tale ricostruzione del quadro delle competenze nella materia in esame trova conferma anche nel procedimento oggetto di controversia, in particolare, nella nota dell’Agenzia del Demanio prot. n. 2016/13966/DRCAM, ... con la quale il Direttore regionale per la Campania ribadisce che “la specifica competenza circa la concessione delle riduzioni dei canoni demaniali marittimi di cui alla [*legge 296/2006*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2133170&idUnitaDoc=6621322&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) rientra tra le competenze degli Enti gestori, alla luce del disposto degli [*artt. 104*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1803685&idUnitaDoc=5573376&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) e [*105 del D.lgs. n. 112/1998*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1803685&idUnitaDoc=5573377&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)“, ferma restando la previa richiesta di parere alla stessa Agenzia quale ente proprietario del bene demaniale ...

Ne discende, quindi, che risultano fondate le censure di violazione dell’art. 3 della più volte citata [*legge n. 494 del 1993*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2111638&idUnitaDoc=6457749&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), nonché di eccesso di potere per contraddittorietà dell’azione amministrativa poiché l’amministrazione comunale resistente non avrebbe potuto trincerarsi dietro la mancata espressione dei pareri di competenza delle altre amministrazioni coinvolte nel procedimento, vale a dire limitarsi a richiamare la mancanza di qualsiasi atto di assenso da parte della Regione Campania e dell’Agenzia del Demanio, ma avrebbe dovuto fare ricorso ai poteri sostitutivi e alla disciplina prescritta per superare gli eventuali silenzi dalla legge sul procedimento amministrativo ...” (sent. n. 2980/2018).

Il ricorso deve, pertanto, essere accolto limitatamente alla richiesta condanna del Comune a concludere il procedimento relativo alla domanda di riduzione dei canoni demaniali marittimi dovuti dalla ricorrente, con la fissazione di un termine di giorni sessanta, decorrenti dalla notificazione o comunicazione della presente sentenza.

In caso d’inutile decorso del termine così assegnato, il Collegio nomina sin d’ora quale Commissario ad acta il Responsabile della Direzione generale per la Vigilanza sulle Autorità portuali, le infrastrutture portuali ed il trasporto marittimo e per vie d’acqua interne del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con facoltà di delega a un funzionario del medesimo Ufficio, il quale provvederà entro l’ulteriore termine di trenta giorni dalla comunicazione dell’inottemperanza a cura di parte ricorrente. Le spese per l’eventuale funzione commissariale sono poste a carico del Comune di Castel Volturno e, liquidate nell’importo indicato nel dispositivo, potranno essere corrisposte al Commissario previa sua documentata richiesta al Comune onerato, nei termini di cui all’[art. 71 del d.P.R. n. 115/2002](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1963453&idUnitaDoc=6028078&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza).

Non può trovare, invece, accoglimento la domanda di pronunciare in ordine alla fondatezza dell’istanza di riduzione dei canoni dovuti, non potendosi questo Tribunale sostituire agli Uffici competenti nella valutazione della gravità degli eventi dannosi verificatisi e della entità della minore utilizzazione dei beni oggetto della concessione.

Per giurisprudenza consolidata, infatti, “il ricorso avverso il silenzio serbato dall’amministrazione su di un’istanza sulla quale essa ha l’obbligo di provvedere è finalizzato ad ottenere un provvedimento esplicito che elimini lo stato di incertezza ed assicuri al contempo al privato una decisione che investe la fondatezza della sua pretesa, fermo restando tuttavia che al giudice adito non è concesso di sindacare il merito del procedimento amministrativo non portato a compimento, dovendo egli limitarsi a valutare la astratta accoglibilità della domanda, senza sostituirsi agli organi dell’amministrazione quanto agli apprezzamenti, alle valutazioni ed alle scelte discrezionali (tra le tante, [*Cons. Stato, IV, 30 settembre 2013, n. 483*](#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=4&idDocMaster=3686931&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); 28 maggio 2013, n. 2902), pronunciando quindi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati ([*Cons. Stato, sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 996*](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=490811&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza))” ([Cons. di Stato, V, sent. n. 884/2014](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4109180&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); in senso conforme: T.A.R. Napoli, VII, sent. n. 4266/2018 e sent. n. 4892/2018).

La complessità della vicenda procedimentale e l’accoglimento parziale del ricorso sorreggono la compensazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto (n. 2128/2019 r.g.), lo accoglie nei sensi e limiti di cui in motivazione e, per l’effetto:

a) ordina all’Amministrazione resistente di concludere con l’adozione di un provvedimento espresso, entro il termine di sessanta giorni decorrenti dalla notificazione o comunicazione della presente sentenza, il procedimento relativo alla domanda di riduzione dei canoni demaniali marittimi dovuti dalla ricorrente;

b) nomina Commissario ad acta, con facoltà di delega, il Responsabile della Direzione generale per la Vigilanza sulle Autorità portuali, le infrastrutture portuali ed il trasporto marittimo e per vie d’acqua interne del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, il quale provvederà entro l’ulteriore termine di trenta giorni dalla comunicazione dell’inottemperanza a cura di parte ricorrente;

c) determina in € 700,00 (settecento/00) l’importo del compenso da corrispondere al Commissario ad acta per l’eventuale espletamento dell’incarico, a carico del Comune di Castel Volturno.

Spese compensate salvo rimanendo il rimborso, da parte del Comune di Castel Volturno, del contributo unificato versato, con attribuzione al procuratore dichiaratosi antistatario.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

## 6. 2. T.A.R. Lazio-Roma, sez. II, sent. 11 dicembre 2017, n. 12204

FATTO e DIRITTO

1. Con la proposizione del ricorso introduttivo del presente giudizio, notificato il 23 giugno 2017 e depositato il successivo 4 luglio, VISE s.r.l. (di seguito anche VISE o la Società) ha agito avverso il silenzio tenuto da Roma Capitale sull’istanza della stessa Società, avente ad oggetto l’autorizzazione all’installazione di un cartellone pubblicitario luminoso sulla parete cieca dell’immobile sito in Via (omissis), di proprietà della richiedente.

OMISSIS

6. Alla camera di consiglio del 22 novembre 2017 la causa è stata chiamata e discussa ed è quindi passata in decisione.

7. La domanda avverso il silenzio è fondata, nei termini che si espongono di seguito.

8. Deve, anzitutto, rilevarsi che la nota comunale del 20 gennaio 2017 - contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa capitolina - non può qualificarsi quale determinazione conclusiva del procedimento di rilascio dell’autorizzazione. Non può, infatti, accedersi alla tesi secondo la quale la nota comunale varrebbe come provvedimento di conclusione in senso negativo del procedimento, che sarebbe rimasta insuperata da una diversa determinazione, a seguito delle osservazioni presentate dalla ricorrente.

Tale prospettazione presuppone, a ben vedere, che le osservazioni del privato siano dirette a provocare l’eventuale riesame di una determinazione conclusiva già assunta: ipotesi ricostruttiva, questa, smentita dalla circostanza che la comunicazione inviata alla Società ha natura di mero preavviso di emissione di un successivo diniego, come può chiaramente evincersi dall’espresso richiamo alla previsione dell’[articolo 10-bis della legge n. 241 del 1990](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159440&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), in funzione del quale è indicata la facoltà della parte richiedente di presentare le proprie osservazioni. La nota ha, perciò, natura indubitabilmente interlocutoria, atteso che essa prelude alla successiva adozione di un provvedimento espresso, alla luce dell’apporto dell’interessata.

Del resto, la giurisprudenza ha da tempo chiarito che “Il preavviso di rigetto, essendo atto meramente interlocutorio finalizzato a stimolare il contraddittorio infraprocedimentale, non è idoneo ad assolvere all’obbligo dell’Amministrazione di concludere il procedimento con una determinazione espressa, come sancito dall’[*art. 2 L. 7 agosto 1990 n. 241*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159426&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), sicché nel caso di ricorso proposto ai sensi dell’[*art. 117 Cod. proc. amm.*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595447&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) per la declaratoria dell’illegittimità del silenzio-rifiuto, il giudice deve dichiarare l’obbligo dell’Amministrazione di pronunciarsi con un provvedimento che abbia il carattere sostanziale della definitività” ([Cons. Stato, Sez. V, 16 ottobre 2013, n. 5040](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4056531&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); in termini: [Id., Sez. IV, 22 giugno 2011, n. 3798](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1938500&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 28 luglio 2017, n. 1327](#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=4&idDocMaster=5941662&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

Sotto altro profilo, ritenere che il preavviso di diniego possa assumere la natura di determinazione conclusiva del procedimento, ove non seguito da una determinazione di segno diverso, equivale a vanificare la finalità stessa dell’istituto. E ciò in quanto il carattere interlocutorio della comunicazione delle ragioni che ostano all’accoglimento dell’istanza risponde proprio alla ratio normativa di “(...) evitare ‘provvedimenti a sorpresa’, cioè che prospettino questioni di fatto o di diritto prima ignote al richiedente, o comunque da lui non percepibili: il contraddittorio da instaurare consente di valutare già in sede amministrativa le argomentazioni dell’interessato sul se vi siano effettivamente ragioni ostative all’accoglimento dell’istanza e agevola la deflazione dei ricorsi giurisdizionali, poiché può avvenire o che l’Amministrazione condivida le osservazioni o che l’interessato si convinca della adeguatezza della valutazione dell’Amministrazione e che non proponga dunque ricorso” ([Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2017, n. 2497](#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=4&idDocMaster=5370709&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

È, dunque, la funzione stessa della comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza, e la sua finalità di avviare un’interlocuzione con il privato, a precluderne la qualificazione in termini di determinazione di conclusione in senso negativo del procedimento, destinata a essere superata solo da un eventuale successivo “ripensamento” da parte dell’Amministrazione.

9. Stante l’assenza di un provvedimento espresso, la parte ricorrente ha correttamente azionato il rimedio avverso il silenzio dell’amministrazione, ai sensi degli [articoli 31](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595329&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) e [117 cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595447&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), e non invece l’azione di annullamento, di cui all’[articolo 29 cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595327&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) e, in questa prospettiva, la domanda proposta risulta tempestiva, contrariamente a quanto eccepito dalla difesa comunale.

9.1 Al riguardo, deve infatti osservarsi che il termine per la proposizione del ricorso avverso l’inerzia dell’amministrazione non è quello di sessanta giorni di cui al predetto articolo 29, bensì quello, ben maggiore, di “non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento”, stabilito dall’[articolo 31, comma 2 cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595329&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)

Quanto a quest’ultimo termine, deve poi tenersi presente che:

- ai sensi dell’articolo 8, comma 1 del Regolamento comunale in materia di esposizione della pubblicità e di pubbliche affissioni, il termine per concludere il procedimento di rilascio dell’autorizzazione all’installazione di impianti pubblicitari è fissato in “novanta giorni dalla ricezione della domanda”;

- l’[articolo 10-bis della legge n. 241 del 1990](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159440&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) stabilisce che la comunicazione dei motivi ostatiti all’accoglimento della domanda “interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine” per presentarle.

9.2 Nel caso oggetto del presente giudizio, VISE ha presentato le proprie osservazioni con nota del 27 gennaio 2017, che risulta essere pervenuta agli uffici il 31 gennaio 2017 (v. memoria dell’Avvocatura capitolina del 5 novembre 2017, p. 4, nonché doc. 14 dell’Amministrazione).

Indipendentemente dalle fasi procedimentali anteriori, il termine di novanta giorni per la conclusione dell’iter ha, perciò, iniziato a decorrere di nuovo da quest’ultima data, venendo conseguentemente a spirare il 1° maggio 2017.

Da quel momento ha cominciato, poi, a decorrere il termine annuale per la proposizione del ricorso avverso il silenzio; termine che era quindi pendente alla data dell’introduzione del presente giudizio, notificato il 23 giugno 2017.

9.3 Da ciò - come anticipato - il rigetto dell’eccezione di tardività del ricorso.

10. Dal quanto sin qui esposto emerge anche la violazione, da parte dell’Amministrazione, del dovere di concludere il procedimento mediante l’adozione di un provvedimento espresso, ai sensi dell’[articolo 2, comma 1 della legge n. 241 del 1990](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159426&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza).

Deve, infatti, tenersi presente che - al di là degli snodi procedimentali che hanno preceduto la nota comunale del 20 gennaio 2017, e impregiudicata la valutazione ai fini risarcitori della tempestività dello svolgimento di tali fasi dell’iter - il termine per la conclusione del procedimento è stato interrotto dal preavviso di diniego e, una volta ricominciato a decorrere a seguito della presentazione delle osservazioni dell’odierna ricorrente, è spirato il 1° maggio 2017, senza che fosse intervenuta alcuna determinazione conclusiva.

11. Deve, pertanto, dichiararsi l’obbligo per Roma Capitale di provvedere sull’istanza della ricorrente, concludendo il procedimento entro il termine massimo di trenta giorni, decorrenti dalla comunicazione della presente sentenza ovvero dalla sua notificazione, se eseguita anteriormente.

12. È, invece, preclusa al Collegio, ai sensi dell’[articolo 31, comma 3 cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595329&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), la possibilità di pronunciarsi sulla fondatezza sostanziale della pretesa della ricorrente, poiché l’adozione della determinazione conclusiva richiede il previo svolgimento di adempimenti istruttori da parte dell’Amministrazione.

Sono, infatti, oggetto di contestazione - e vanno pertanto prese in esame - l’esatta situazione di fatto dei luoghi e la collocazione prevista per l’impianto pubblicitario. E ciò in quanto - come detto - la ricorrente ha depositato una perizia tecnica asseverata, con la quale ha svolto considerazioni relative all’angolazione del cartellone pubblicitario rispetto alla strada, alla posizione dello stesso impianto rispetto all’edificio e, infine, alla distanza misurabile dall’intersezione stradale.

13. Quanto alla domanda risarcitoria, si rende necessario disporre, ai sensi dell’[articolo 117, comma 6 cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595447&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), la trattazione con il rito ordinario.

14. Le spese della presente fase di giudizio vanno poste a carico di Roma Capitale e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dichiara l’obbligo per Roma Capitale di provvedere sull’istanza, concludendo il relativo procedimento entro il termine massimo di trenta giorni, decorrenti dalla comunicazione della presente sentenza ovvero dalla sua notificazione, se eseguita anteriormente;

- dispone la trattazione con il rito ordinario della domanda risarcitoria.

Condanna Roma Capitale al pagamento delle spese della presente fase di giudizio, che liquida nell’importo complessivo di euro 800,00 (ottocento/00), oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

## 6. 3. T.A.R. Toscana, sez. III, sent. 28 febbraio 2017, n. 392.

FATTO e DIRITTO

E’ impugnato il provvedimento con cui il Dirigente del Settore Edilizia privata del comune di Pietrasanta ha denegato il permesso di cui in epigrafe finalizzato alla demolizione di tre manufatti accessori (due autorimesse e un vano doccia) e

alla ricostruzione delle relative volumetrie con destinazione residenziale. Il comune di Pietrasanta ha ritenuto che la normativa vigente non prevede la possibilità di effettuare la demolizione e ricostruzione di manufatti pertinenziali con contestuale mutamento di destinazione in unità abitative. Ed ha, inoltre, negato in radice che i manufatti da demolire possano essere considerati come autonomi edifici ai fini del riutilizzo delle relative volumetrie. Il Collegio deve convenire, tuttavia, con la ricorrente allorchè nei motivi di ricorso osserva che l’intervento rientra a pieno titolo nella categoria della sostituzione edilizia ammessa dalle n.t.a. vigenti nella zona in cui l’immobile si trova.

OMISSIS

La domanda di annullamento deve, pertanto, essere accolta. Il ricorrente in aggiunta alla predetta domanda ha altresì proposto istanza di condanna dell’amministrazione ad adottare il provvedimento illegittimamente denegato. Tale istanza deve considerarsi nella specie ammissibile sulla base del combinato disposto dell’art. 30 comma 1 e 34 comma 3 lett. c) del c.p.a. tenuto conto del fatto che il potere di rilascio del permesso edilizio ha natura vincolata e comporta soltanto l’accertamento di puntuali presupposti di fatto senza richiedere alcun tipo di apprezzamento discrezionale. Tuttavia v’è molta incertezza, a causa della scarsità di pronunce giurisprudenziali e della elaborazione dottrinale sul punto, sul fatto se la cd. “azione di adempimento” ampli la tradizionale causa petendi del giudizio amministrativo di legittimità, consentendo al ricorrente di dedurre in giudizio non solo i motivi afferenti i vizi del provvedimento impugnato ma anche la sussistenza di tutto quei presupposti di fatto sulla scorta dei quali l’adozione del provvedimento richiesto appare doverosa, oppure non rappresenti altro che una specificazione dell’effetto conformativo pieno che talvolta può derivare già dal giudizio di annullamento basato sul mero accertamento dei vizi dell’atto.

Ritiene il Collegio che la prima soluzione sia più aderente alla lettera ed alla sistematica del codice. Il c.p.a contempla, infatti, l’azione di condanna non solo nell’ambito della norma dedicata al tipo di pronunce che il g.a. può adottare ma anche al primo comma dell’art. 30 che si riferisce chiaramente alle azioni che il ricorrente può proporre in aggiunta a quella di annullamento prevista dall’art. 29.

In quanto vera e propria azione (ancorché non proponibile in via autonoma) e non mera pronuncia la condanna all’adempimento presuppone un allargamento della causa petendi e del thema decidendun a tutte le circostanze di fatto sui cui si fonda la pretesa di spettanza del provvedimento richiesto (che costituisce oggetto della domanda ai sensi dell’art. 40 comma 1 lett. b) c.p.a.), con conseguente ampliamento degli oneri di allegazione e prova facenti carico al ricorrente e, conseguentemente, dell’ambito delle difese proponibili da parte dell’amministrazione resistente.

Nel caso di specie nel capo specificamente dedicato alla domanda di annullamento la Sig.ra Guicciardi ha puntualmente allegato e dimostrato che l’intervento progettato è compatibile con le prescrizioni di zona dello strumento urbanistico vigente nel comune di Pietrasanta che ammettono gli interventi di sostituzione edilizia (fra cui rientra quello in discussione) con incremento di SUN fino al 40%.

Sul punto il comune di Pietrasanta si è limitato a ribadire la sua tesi secondo cui la ricostruzione con destinazione abitativa di volumi pertinenziali esulerebbe dall’ambito della sostituzione edilizia della cui infondatezza si è già detto.

Anche la domanda di condanna deve, pertanto, essere accolta.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo. P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto: a) annulla il provvedimento impugnato; b) condanna il comune di Pietrasanta a rilasciare il permesso edilizio illegittimamente denegato. c) condanna il comune di Pietrasanta alla refusione delle spese di lite che liquida in Euro 3.000 oltre IVA e c.p.a.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

# 7. La declaratoria di nullità

## 7. 1 Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 28 dicembre 2017, n. 6120

FATTO

1.1. Con l’appello in esame, il Ministero per i beni e le attività culturali impugna la sentenza 23 giugno 2016 n. 268, con la quale il TAR per il Molise, in accoglimento del ricorso proposto dalla società Biwind 1 s.r.l., ha annullato il provvedimento emesso in data 7 luglio 2015 dal Segretariato Regionale del Molise dell’appellante Ministero.

Con tale provvedimento, si è disposta l’immediata inibizione dei lavori di realizzazione dell’impianto eolico di 1 MW in località “il Casone” del Comune di Pietracatella, pur assentito con autorizzazione unica della Regione Molise n. 84/2012 e si è invitata la Regione Molise a fornire i chiarimenti necessari circa il mancato rispetto del parere reso dal Ministero nella conferenza di servizi del 28 giugno 2012, nonché a riconsiderare le proroghe concesse alla ditta con le determine dirigenziali nn 94/2013 e 8/2015.

1.2. La sentenza impugnata, rilevato che “su identica fattispecie che ha interessato la medesima società il Collegio si è pronunciato di recente con sentenza n. 154 del 25.3.2016”, in applicazione dell’art. 74 Cpa,, ha rinviato “per la motivazione al richiamato precedente conforme dove sono diffusamente trattate le doglianze, rispettivamente articolate, dalla Biwind 1 srl, con il ricorso principale, e dal Mibact, con il ricorso incidentale, con argomentazioni in diritto che il Collegio intende ribadire con la presente sentenza”.

La vicenda oggetto della presente controversia attiene alla costruzione di un impianto eolico di 1 MW in località “il Casone” del Comune di Pietracatella, oggetto di autorizzazione unica regionale, rilasciata (nel caso di specie, come in quello analogo oggetto della sentenza n. 154/2016, cui la sentenza impugnata nella presente sede rinvia per la motivazione) nonostante che nella Conferenza di servizi era stato acquisito il parere negativo della Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici del Molise.

A seguito di ciò, il Segretariato regionale del Molise del Ministero (ora) appellante ordinava l’immediata inibizione dei lavori di realizzazione dell’impianto eolico, ed invitava la Regione Molise a fornire i chiarimenti necessari circa il mancato rispetto del parere reso dal Ministero nella conferenza di servizi del 28 giugno 2012, nonché a riconsiderare le proroghe concesse alla ditta con le determine dirigenziali nn 94/2013 e 8/2015.

Tale provvedimento veniva impugnato in I grado dalla società Biwind, mentre il Ministero, con ricorso incidentale, chiedeva l’annullamento dell’autorizzazione unica regionale e dei successivi provvedimenti di proroga, eccependone la nullità per difetto di attribuzione; ciò per effetto dell’omessa rimessione della decisione conclusiva del procedimento al Consiglio dei Ministri, in quanto organo competente a decidere in caso di pareri negativi resi dagli organi preposti alla tutela paesaggistica. In ogni caso, il Ministero lamentava comunque l’illegittimità dell’atto autorizzatorio per omessa valutazione del parere negativo vincolante.

1.3. La sentenza impugnata afferma, innanzi tutto, la inammissibilità del ricorso incidentale “per difetto del requisito della accessorietà della domanda rispetto al ricorso principale, espressamente richiesto dall’[art. 42 c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595346&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza).”, poiché “l’interesse alla contestazione non sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, come richiesto dall’[art. 42 c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595346&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)., venendo in rilievo un atto autonomamente lesivo che avrebbe dovuto essere impugnato in via principale nel termine di decadenza di 60 giorni dall’avvenuta pubblicazione sul B.U.R.M. o, in ogni caso, dalla intervenuta conoscenza”; termine comunque ampiamente scaduto alla data di proposizione del ricorso incidentale “ove anche riqualificato come ricorso autonomo”.

Secondo la sentenza, “al fine di ritenere il gravame tempestivo . . . non vale neppure opporre la nullità degli atti regionali in quanto adottati in carenza di potere”, poiché “eventuali violazioni della disciplina legale della conferenza di servizi comportano la illegittimità e non la nullità dell’autorizzazione unica che, se non contestata nei termini di legge, diventa inoppugnabile”.

Nel merito, la sentenza afferma:

- “in presenza di una autorizzazione unica alla costruzione ed all’esercizio dell’impianto eolico, valida ed efficace, il segretariato regionale del Mibact non può interdire l’inizio dei lavori invocando supposti vizi di un procedimento ormai concluso (e non contestato nei termini di legge) o facendo leva su un possibile pregiudizio per il paesaggio. Il principio di inoppugnabilità del provvedimento non contestato nel termine di decadenza non consente infatti di far valere gli eventuali vizi di illegittimità da cui lo stresso risulti affetto”;

- né “per superare l’inoppugnabilità dell’autorizzazione unica e delle successive proroghe possono essere invocati inesistenti vizi di nullità . . . tenuto conto che nessuna delle ipotesi tassativamente elencate . . . ricorre nel caso di specie”;

- in definitiva, “la supposta violazione delle regole che governano il funzionamento della conferenza di servizi non può che configurare un’ipotesi di illegittimità della determina conclusiva e ciò vale anche per le ipotesi di superamento del dissenso espresso da una amministrazione preposta alla tutela di interessi a garanzia procedimentale rafforzata secondo modalità divergenti rispetto a quelle canonizzate dalla norma di riferimento contenuta nell’[art. 14 -quater della legge n. 241/1990](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159448&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)“;

- inoltre, il provvedimento di inibizione dei lavori è altresì illegittimo “stante l’omessa indicazione nel provvedimento di sospensione del termine finale prescritto dall’[art. 21-quater, co. 2, l. n. 241/1990](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159460&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)“.

2. 1. Avverso tale decisione vengono proposti i seguenti motivi di appello (come desunti dalle pagg. 4 - 13 ric.:

error in iudicando, violazione [artt. 21-*septies*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159463&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) e [14-quater l. n. 241/1990](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159448&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); in quanto:

a) è errata la tesi secondo la quale la Soprintendenza avrebbe dovuto impugnare l’autorizzazione rilasciata dalla Regione, poiché “trattandosi di un atto nullo, in base all’art. 31, co. 4. Cpa, la nullità dell’atto può essere sempre opposta dalla parte resistente e rilevata di ufficio dal giudice”;

b) “l’autorizzazione rilasciata dalla Regione, in presenza di un dissenso espresso dalla Soprintendenza, anche per iscritto, nella sede di conferenza dei servizi, è illegittima e radicalmente nulla, in quanto a norma dell’[art. 14-quater l. n. 241/1990](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159448&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), la Regione aveva l’obbligo di trasmettere gli atti alla Presidenza del Consiglio dei Ministri”; ed infatti “l’unificazione dell’autorizzazione in capo alla Regione non comporta che divengano irrilevanti i poteri e le competenze attribuiti allo Stato a tutela del paesaggio, ma solo che la Regione esterni in forma unificata anche tali valutazioni, oltre a quelle di propria attribuzione”;

c) in tal modo “la compressione dei poteri statali va quindi ad inficiare il provvedimento finale (di modo che) è ravvisabile un’ipotesi di nullità dell’autorizzazione unica regionale per difetto assoluto di attribuzione nel caso di pretermissione delle prerogative delle amministrazioni preposte alla tutela paesaggistica e ambientale”;

d) “è la connotazione costituzionale come principio fondamentale della tutela dell’ambiente e del paesaggio che giustifica . . . la sanzione di nullità che deve colpire i provvedimenti adottati ignorando le competenze e le procedure di garanzia dei valori stessi”;

e) inoltre, l’autorizzazione unica emessa pretermettendo il parere della Soprintendenza è nulla per difetto di un elemento essenziale dell’atto, quale è il suddetto parere obbligatorio e vincolante;

f) in definitiva, stante la nullità dell’atto, ai sensi dell’[art. 155 d. lgs. n. 42/2004](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804131&idUnitaDoc=5583044&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), il Ministero per i beni e le attività culturali “ha il potere di inibire o sospendere i lavori che possono recare danno al paesaggio” e, nel caso in esame, “si trattava di area vincolata, trattandosi . . . di area contermine”;

g) non sussiste violazione dell’[art. 21-quater l. n. 241/1990](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159460&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), poiché l’art. 155 d. lgs. n. 44/2004 è “norma speciale che non incide sugli effetti di provvedimenti previamente adottati ma esplica efficacia preclusiva rispetto alle conseguenti attività materiali di trasformazione dei luoghi”.

2.2. Si è costituita in giudizio la società Biwind 1, che ha preliminarmente eccepito l’inammissibilità dell’appello, poiché “l’amministrazione appellante non ha contestato l’affermata inammissibilità del ricorso incidentale” di modo che occorre “prendere atto che si è formato il giudicato sull’inammissibilità del ricorso incidentale il cui effetto comporta l’inammissibilità dell’intero appello che si fonda nella sostanza solo sulla presunta nullità dell’autorizzazione regionale”. Omissiz

DIRITTO

3.1. L’appello del Ministero per i beni e le attività culturali e il turismo è fondato e deve essere, pertanto, accolto, per le ragioni di seguito esposte.

3.2. Devono essere, innanzi tutto, rigettate, stante la loro infondatezza, le eccezioni di inammissibilità dell’appello, proposte dalla società Biwind 1 e dalla Regione Molise, ambedue riferite alla omessa impugnazione del capo della sentenza con il quale si dichiara l’inammissibilità del ricorso incidentale per difetto del presupposto dell’accessorietà, di cui all’art. 42 Cpa.

Il Ministero appellante non ha affatto omesso di impugnare tale capo, anzi ne ha fatto oggetto di espressa censura, laddove, parlando di un “rovesciamento dei termini” della questione, operato dal Tar (pag. 7 app.), ha affermato che è errata la tesi secondo la quale la Soprintendenza avrebbe dovuto impugnare autonomamente l’autorizzazione rilasciata dalla Regione, e ciò in quanto, “trattandosi di un atto nullo, in base all’art. 31, co. 4. Cpa, la nullità dell’atto può essere sempre opposta dalla parte resistente e rilevata di ufficio dal giudice” (pag. 8).

In definitiva, il Ministero appellante contesta le conclusioni della sentenza impugnata in ordine alla inammissibilità del ricorso incidentale, sostenendo che ciò che ha inteso introdurre, per il tramite di tale strumento processuale, è l’eccezione di nullità dell’atto emanato dalla Regione.

Quanto ora esposto consente di affermare che l’appellante non ha affatto omesso di impugnare il capo della decisione con il quale si dichiara inammissibile il ricorso incidentale proposto in I grado, e ciò - indipendentemente dalla fondatezza (o meno) delle argomentazioni, di seguito esaminate - è sufficiente a respingere l’eccezione proposta da ambedue le parti appellate.

3.3. Come si è detto, il Ministero contesta la declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale, sostenendo che quest’ultimo era rivolto ad eccepire la nullità dell’autorizzazione unica regionale, e lamentando altresì come, in una logica “rovesciata”, il Tar, anziché “dichiarare nulla l’autorizzazione rilasciata dalla Regione per difetto assoluto di potere”, ha invece erroneamente ritenuto che “la Soprintendenza aveva l’onere di impugnare la predetta autorizzazione (ritenendola illegittima)”.

A bene osservare il caso in esame, occorre rilevare che il tema della ammissibilità o meno del ricorso incidentale - fondata, come si è detto, sulla “accessorietà” del provvedimento con questo impugnato rispetto all’oggetto del giudizio principale - risulta non esserne il punto centrale ed esaustivo.

Nel giudizio di I grado, l’oggetto dell’impugnazione era il provvedimento inibitorio dei lavori (pur oggetto di autorizzazione unica regionale), emanato dal Segretariato generale per il Molise.

Dunque, in disparte ogni altro motivo di doglianza proposto, la principale illegittimità di tale provvedimento, dedotta dalla società ricorrente ed accolta dalla sentenza impugnata, è rappresentata dalla illegittimità del potere esercitato in presenza di un atto autorizzatorio ormai divenuto inoppugnabile.

Ed infatti, come afferma la sentenza impugnata, “in presenza di una autorizzazione unica alla costruzione ed all’esercizio dell’impianto eolico, valida ed efficace, il segretariato regionale del Mibact non può interdire l’inizio dei lavori invocando supposti vizi di un procedimento ormai concluso (e non contestato nei termini di legge) o facendo leva su un possibile pregiudizio per il paesaggio”; né “per superare l’inoppugnabilità dell’autorizzazione unica e delle successive proroghe possono essere invocati inesistenti vizi di nullità”.

In sostanza:

- per la ricorrente società, l’esistenza del provvedimento inoppugnabile (autorizzazione unica) rende illegittimo il provvedimento inibitorio impugnato;

- per il Ministero-amministrazione emanante e resistente in giudizio, la rilevata nullità dell’autorizzazione unica costituisce il “presupposto”, o meglio il “non impedimento” per l’esercizio legittimo dei propri poteri inibitori, posto che “quod nullum est, nullum producit effectum”.

A fronte di ciò, la sentenza impugnata:

- in primo luogo - e sul piano prettamente processuale - dichiara inammissibile l’impugnazione dell’autorizzazione unica regionale per il tramite del tardivo ricorso incidentale;

- in secondo luogo, esclude comunque che tale atto (la cui impugnazione è stata dichiarata inammissibile) possa essere considerato nullo, essendo inesistenti gli invocati vizi di nullità (con ciò, peraltro, implicitamente assumendo che la eventuale nullità dell’atto supererebbe il problema processuale della inoppugnabilità del medesimo).

3.4. Orbene, l’art. 31, comma 4, Cpa, prevede, come è noto, 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...”.

Per il tramite della norma processuale, il legislatore:

- per un verso, ha assoggettato la declaratoria di nullità dell’atto amministrativo alla proposizione della relativa domanda al giudice da parte di chi vi abbia interesse, entro il termine di centottanta giorni, da intendersi come decorrente dalla piena conoscenza dell’atto medesimo;

- per altro verso, ha affermato - come per i contratti anche per l’atto amministrativo - sia la opponibilità “in perpetuum” della nullità ad opera della parte resistente, sia la rilevabilità di ufficio della medesima, da parte del giudice.

Così disponendo, tuttavia, il legislatore ha recepito solo in parte gli aspetti salienti della nullità - come tradizionalmente operante nell’ambito del diritto civile - quale “nuova” forma di invalidità dell’atto amministrativo.

Ed infatti, il legislatore, a fronte di un aspetto tipico della nullità, rappresentato dalla previsione di un’azione imprescrittibile volta ad ottenerne la declaratoria da parte di chiunque vi abbia interesse, ha invece previsto che la detta azione venga proposta entro il termine decadenziale di 180 giorni (e ciò sebbene parte della giurisprudenza avesse già ritenuto l’imprescrittibilità dell’azione di nullità: Cons. Stato., sez. V, n. 4136/2007).

Al contempo, il legislatore ha invece positivamente recepito altri aspetti tipici di disciplina della nullità, quali sono quelli della sua perpetua opponibilità in giudizio e della rilevabilità di ufficio da parte del giudice.

Questa Sezione ha già avuto modo di affermare ([Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2011 n. 5799](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=3004388&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)), che la stessa declaratoria di ufficio della nullità da parte del giudice, deve essere correlata al rispetto del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ex [artt. 112 c.p.c.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20113770&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) e 39 Cpa., in modo non dissimile da quanto già elaborato dalla giurisprudenza con riferimento alla possibilità ed ai limiti della declaratoria di ufficio della nullità del contratto, [ex art. 1421 c.c.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=166331&idUnitaDoc=828567&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) ([Cass. Civ., sez. I, 14 aprile 2011 n. 8539](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=478865&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cass. Civ. sez. III, 7 febbraio 2011 n. 1956](#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=2&idDocMaster=2848556&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

Ne consegue che il giudice amministrativo può di ufficio procedere a dichiarare la nullità di atti amministrativi (ovviamente in un giudizio diverso da quello ex art. 31, co. 4 Cpa), solo se tale declaratoria risulta funzionale alla pronuncia sulla domanda introdotta in giudizio (e quindi, nel giudizio impugnatorio, alla declaratoria di illegittimità dell’atto impugnato e al suo conseguente annullamento, ovvero, al contrario, al rigetto della domanda di annullamento).

Allo stesso modo, anche la “opponibilità” della nullità ad opera della parte resistente deve essere fondata su un interesse concreto ed attuale, il medesimo che, più in generale, costituisce il presupposto dello jus excipiendi in iudicio; interesse che va tenuto distinto da quello che legittimerebbe la parte all’azione di accertamento della nullità, anche nel caso in cui tale parte sia rappresentata da una Pubblica Amministrazione (e fermo il potere di quest’ultima, ove ne sia titolare, di agire in autotutela sull’atto nullo: [Cons. Stato, sez. IV, n. 5799/2011](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=3004388&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) cit.).

Ciò che, in tal modo, la parte persegue non è la declaratoria della nullità dell’atto amministrativo (per il quale occorre la domanda entro il termine decadenziale), ma la paralisi dell’argomento della parte avversaria comunque fondato sull’atto nullo.

Ma se tale è l’interesse della parte opponente la nullità, non di meno ciò non esclude che il giudice, ove concordi con l’eccezione, possa procedere alla declaratoria di nullità dell’atto ritenuto nullo, potendo egli valutare - in ragione del caso concreto sottoposto al suo giudizio - se limitarsi ad accogliere l’eccezione di nullità, sufficiente a soddisfare la posizione dell’opponente, ovvero procedere alla declaratoria della nullità, in tal modo producendo l’effetto della scomparsa dell’atto amministrativo dal mondo giuridico (e non già la semplice “non consistenza” dello stesso nel singolo giudizio).

In sostanza, la asimmetria presente nella disciplina della nullità del provvedimento amministrativo - laddove alla “temporaneità” dell’azione dichiarativa di nullità soggetta a termine di decadenza corrisponde la “perpetuità” della rilevabilità di ufficio della medesima, e non già la perpetuità in ambedue le ipotesi - comporta anche una diversa articolazione dei poteri del giudice; e ciò nonostante l’inammissibilità dell’azione dichiarativa della nullità da parte del ricorrente che ha fatto spirare il termine decadenziale.

3.4.1. D’altra parte, anche la più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione (Sez. Un. Civ., 12 dicembre 2014 n. 26242) estende il potere - dovere del giudice di dichiarare, pur in assenza di domanda di parte, la nullità del contratto: si consideri , a tal fine, il punto della decisione (punto 7.1 n. 5) dove la Suprema Corte afferma che

“il giudice dichiara la nullità del negozio nella motivazione della sentenza, dopo aver indicato come tema di prova la relativa questione, in mancanza di domanda di accertamento (principale o incidentale) proposta da una delle parti, con effetto di giudicato in assenza di impugnazione”.

Afferma, inoltre, la Corte di Cassazione come “la vera ratio della rilevabilità officiosa della nullità non sia quella di eliminare, sempre e comunque, il contratto nullo dalla sfera del rilevante giuridico (che, altrimenti, l’art. 1421 sarebbe stato scritto diversamente, e sarebbe stata attribuita la relativa legittimazione ad agire anche al pubblico ministero, come avviene nell’ordinamento francese ex art. 423 NCPC), ma quella di impedire che esso costituisca il presupposto di una decisione giurisdizionale che in qualche modo ne postuli la validità o comunque la provvisoria attitudine a produrre effetti giuridici”.

Secondo la Suprema Corte, “si intende, allora, come da un lato l’esigenza di preservare la sostanziale unitarietà della categoria della nullità negoziale si coniughi con l’obbligo di rilevazione d’ufficio sempre e comunque imposto al giudice, dall’altro come tale obbligo contemperi in modo equilibrato il duplice valore della tutela degli interessi generali sottesi alla nullità e della salvaguardia dell’iniziativa di parte nel processo”.

E la Corte di Cassazione giunge, infine, ad affermare che “la nullità può essere sempre oggetto di dichiarazione/accertamento da parte del giudice”, ed inoltre che “l’espresso accertamento contenuto nella motivazione della sentenza sarà idoneo a produrre, anche in assenza di un’istanza di parte (domanda o accertamento incidentale) l’effetto di giudicato sulla nullità del contratto in mancanza di impugnazione sul punto”.

3.4. Rapportando i principi enunciati al caso di specie, non può essere condivisa la sentenza impugnata, laddove la stessa dichiara la inammissibilità del ricorso incidentale “per difetto del requisito della accessorietà della domanda rispetto al ricorso principale, espressamente richiesto dall’[art. 42 c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595346&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza).”.

Ciò in quanto, nella misura in cui con tale ricorso si è opposta la nullità di un altro atto precedentemente adottato da altra amministrazione (circostanza fondante uno dei motivi di impugnazione del ricorrente), non si è affatto travalicato il limite di “accessorietà”, ben potendosi affermare che - proprio per effetto del ricorso del ricorrente - sorge la necessità di “opporre” (in questo caso al privato) la nullità dell’atto regionale. In altre parole (e secondo quanto previsto dall’art. 42 Cpa) proprio in questo caso l’interesse “sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale”.

In definitiva, l’amministrazione non ha affatto mutato il thema decidendum offerto al giudice di I grado, ma - a fronte di una rilevata illegittimità del proprio atto per essere stato in precedenza emanata una autorizzazione regionale assistita da presunzione di legittimità - ha, in sostanza, opposto la nullità di tale ultimo atto, esercitando un potere espressamente riconosciutole dall’art. 31, co. 4, Cpa.

Senza dubbio l’amministrazione non può, per il tramite del ricorso incidentale, proporre tardivamente l’azione dichiarativa della nullità; nondimeno, per le ragioni esposte, essa può sempre eccepire in giudizio la nullità dell’atto.

Ed in tale senso deve essere interpretato, ex art. 32, co. 2, Cpa, il contenuto insito nel ricorso incidentale proposto, poiché - se vi è certamente “sovrabbondanza” del mezzo processuale utilizzato, posto che per il fine perseguito, è sufficiente una eccezione di nullità proposta con la memoria di costituzione, senza necessità di ricorso incidentale. - al tempo stesso il giudice è tenuto alla verifica dell’effettivo intento della parte, sia al fine di affermare il diritto alla tutela giurisdizionale, sia in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici (e ciò a maggior ragione con riferimento alla complessa fattispecie della nullità del provvedimento amministrativo).

Peraltro (ed a tutto concedere), ove anche non si volesse accedere alla interpretazione proposta, occorrerebbe pur sempre affermare che, se è inammissibile il ricorso incidentale nella misura in cui con lo stesso si propone una domanda di accertamento della nullità dell’atto (ritenuta in difetto del requisito dell’accessorietà con il ricorso principale e comunque tardiva), non di meno dovrebbe essere comunque esaminata la eccezione di nullità dell’atto, volta a far rilevare la infondatezza del motivo del ricorso principale fondato su atto (ritenuto) nullo.

3.5. Quanto sin qui affermato comporta, peraltro, che la questione (solo apparentemente) processuale defluisca sul piano sostanziale, occorrendo stabilire, contestualmente, se il provvedimento impugnato in I grado è illegittimo (come sostenuto in tale giudizio dalla società ricorrente), stante l’esistenza di un provvedimento inoppugnabile (l’autorizzazione unica regionale), ovvero se questo motivo di ricorso sia infondato, poiché il predetto provvedimento regionale è nullo.

D’altra parte, è ciò che la sentenza impugnata ha (comunque) fatto laddove, al di là della declaratoria di inammissibilità dell’appello incidentale, ha affermato che “per superare l’inoppugnabilità dell’autorizzazione unica e delle successive proroghe (non) possono essere invocati inesistenti vizi di nullità . . . tenuto conto che nessuna delle ipotesi tassativamente elencate . . . ricorre nel caso di specie”.

Ed è in questo senso - ferme le precisazioni innanzi rese in ordine al thema decidendum - che devono essere esaminati nella presente sede i motivi di appello dell’amministrazione.

4. L’appello dell’amministrazione è fondato e deve essere, pertanto, accolto, in quanto l’autorizzazione unica rilasciata dalla Regione Molise, pur in presenza del dissenso espresso dal Ministero dei beni culturali in sede di conferenza di servizi, è nulla, in quanto atto emanato in difetto assoluto di attribuzione del potere.

4.1. Giova, innanzi tutto, ricordare, con riguardo al tema generale della nullità, che la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha già affermato ([Cons. Stato, sez. VI, n. 3173/2007](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1648736&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) e [n. 891/2006](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1588650&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)) che “nel diritto amministrativo la nullità costituisce una forma speciale di invalidità, che si ha nei soli casi, oggi meglio definiti dal legislatore, in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l’annullabilità del provvedimento costituisce la regola generale di invalidità del provvedimento, a differenza di quanto avviene nel diritto civile dove la regola generale in caso di violazione di norme imperative è quella della nullità”.

4.1.1. A fronte delle tre ipotesi indicate dall’[art. 21-septies l. n. 241/1990](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159463&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) - ed in disparte quella rappresentata dal provvedimento “adottato in violazione o elusione del giudicato” ovvero da altri, eventuali casi di nullità “espressamente previsti dalla legge” - la giurisprudenza ha ritenuto che il caso di nullità del provvedimento per mancanza dei suoi elementi essenziali, può essere ravvisato solo in casi estremi e circoscritti ([Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2017 n. 2028](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=6269939&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); sez. VI, 3 marzo 2016 n. 882; sez. IV, 24 maggio 2016 n. 2202), dovendosi ritenere che gli elementi essenziali sono elementi intrinseci del provvedimento di cui si lamenta la nullità, la mancanza dei quali incide sulla stessa possibilità di ritenere completamente perfezionata una fattispecie di provvedimento amministrativo (come nel caso di mancanza dell’oggetto); si tratta, quindi, di un difetto strutturale intrinseco dello stesso provvedimento, che deriva da carenze sue proprie, e non da mancanze esterne ([Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2017 n. 105](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=5365382&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

Si è altresì affermato ([Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012 n. 1958](#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=4&idDocMaster=3189159&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)) che il difetto di elementi essenziali del provvedimento, tali da comportarne la nullità, devono essere rapportati o “alla totale irriferibilità del provvedimento ad un organo emanante, in modo tale da rendere impossibile l’imputazione degli effetti del medesimo” o “al difetto di identificazione (e di identificabilità) del destinatario nella cui sfera giuridica occorrerebbe che si producessero gli effetti del provvedimento amministrativo, posto che ciò incide sulla tipicità dell’atto e rende non percettibile l’imperatività del medesimo”.

4.1.2. Quanto all’ulteriore ipotesi di nullità, consistente nel provvedimento emanato in difetto assoluto di attribuzione, si è affermato che quest’ultimo evoca la cd. “carenza di potere in astratto”, vale a dire l’ipotesi in cui l’amministrazione assume di esercitare un potere che in realtà nessuna norma attribuisce ([Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2017 n. 45](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=5280030&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); sez. IV, 17 novembre 2015 n. 5228 e 18 novembre 2014 n. 5671; sez. VI, 31 ottobre 2013 n. 5266), distinta dalla cd. “carenza di potere in concreto”, ossia di potere pur astrattamente sussistente, esercitato in assenza dei presupposti di legge (Cons. giust. Amm. Siciliana, 21 luglio 2015 n. 571).

Alle stesse conclusioni è pervenuta la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione ([Cass., sez. un., 3 ottobre 2016 n. 19682 e 23 settembre 2014, n. 19974](#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=2&idDocMaster=4349690&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

4.2. La riconduzione della nullità per difetto assoluto di attribuzione alla ben nota e risalente categoria della “carenza di potere in astratto” è condivisa dal Collegio, con le necessarie precisazioni che tale categoria - elaborata da circa un secolo - oggi richiede, alla luce delle nuove configurazioni della attribuzione del potere provvedimentale offerte dalla intervenuta disciplina positiva del procedimento amministrativo, anche ai fini della cd. semplificazione.

La carenza di potere “in astratto” (o cd. incompetenza assoluta) è senza dubbio da individuare, in ossequio al principio di legalità, nei casi in cui manca, in capo alla singola amministrazione pubblica (complessivamente considerata), qualunque attribuzione del potere provvedimentale della specie esercitata.

Al contrario, non può rinvenirsi l’ipotesi suddetta nei casi in cui manchi l’attribuzione del potere all’organo che ha specificamente disposto, risolvendosi tale ipotesi in un vizio di incompetenza (stante la astratta attribuzione del potere all’amministrazione cui l’organo pertiene), ovvero nei casi in cui difetti un presupposto, pur richiesto dalla legge, per l’esercizio in concreto del potere astrattamente attribuito, ricorrendo in tali casi ancora una volta il vizio di incompetenza ovvero quello di violazione di legge.

4.2. I principi ora espressi in via generale (e attribuibili ad una risalente tradizione interpretativa) devono essere più concretamente verificati, nei casi in cui il provvedimento amministrativo è emanato a conclusione di una conferenza di servizi, laddove occorre distinguere:

- l’ipotesi in cui la conferenza di servizi decisoria è indetta dall’amministrazione procedente “quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all’acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni” ([art. 14, co. 2, primo periodo, l. n. 241/1990](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159445&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza));

- l’ipotesi in cui la conferenza di servizi è convocata laddove “l’attività del privato sia subordinata a più atti di assenso, comunque denominati, da adottare a conclusione di distinti procedimenti di competenza di diverse amministrazioni pubbliche (art. 14, co. 2, secondo periodo - e, nel testo anteriormente vigente, commi 3 e 4). In tale seconda ipotesi rientra anche la conferenza di servizi relativa alla realizzazione di un progetto sottoposto a valutazione di impatto ambientale ([art. 14, co. 4, l. n. 241/1990](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159445&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza))

Nel primo caso, l’attività delle altre pubbliche amministrazioni si inserisce a vario titolo (per lo più in esercizio di funzione consultiva) nell’ambito di un unico procedimento, e dunque la conferenza di servizi consente un esame sincronico della pluralità di interessi pubblici coinvolti in un unico procedimento, unici essendo tuttavia l’interesse pubblico cd. primario (a fronte del quale gli altri assumono la veste di interessi pubblici secondari) e, soprattutto, la potestà provvedimentale.

Nel secondo caso, invece, la conferenza di servizi si pone come momento organizzatorio di raccordo e di sintesi tra una pluralità di procedimenti amministrativi, cui pertengono una pluralità di interessi pubblici primari e, correlativamente, una pluralità di autonome potestà provvedimentali, tuttavia confluenti - sulla base del previo accordo delle amministrazioni di esse titolari - nell’unico provvedimento amministrativo conclusivamente adottato dall’autorità amministrativa alla quale la legge ne conferisce il potere.

Ciò non significa, tuttavia, che tale autorità acquisisca ipso facto una (più ampia) potestà provvedimentale, ma solo che essa esercita, ai soli fini dell’emanazione del provvedimento sul cui contenuto vi è accordo, (anche) la potestà provvedimentale delle altre amministrazioni.

Ne consegue che, laddove l’accordo non vi sia, ciò che manca non è un mero “presupposto” per l’esercizio del potere provvedimentale, ma la condizione stessa perché quest’ultimo (ai soli limitati fini suddetti) venga attribuito (si “trasferisca”) da una autorità amministrativa all’altra. Il che comporta, in mancanza di accordo, il difetto assoluto di attribuzione, poiché l’amministrazione emanante viene ad esercitare (per la parte di competenza dell’amministrazione dissenziente) una potestà che la legge non le ha mai attribuito (e che, anzi, è conferita ad altro organo, come, ad esempio, il Consiglio dei Ministri).

OMISSIS

## 7.2 Consiglio di Stato, sez. III, sent. 30 aprile 2019, n. 2802

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, è impugnata la sentenza del Tar Piemonte, sez. II, n. 381 del 26 febbraio 2015, che ha accolto il ricorso proposto avverso il provvedimento dell’Arpea n. 1186/DU del 6 febbraio 2013, con il quale è stato intimato alla società di restituire la somma di euro 260.594,55 per erroneità della superficie di pascolo, presa in considerazione per l’erogazione dei finanziamenti nella campagne 2007 - 2011.

Con il primo motivo è eccepita la nullità della sentenza sul rilievo che il ricorso di primo grado, proposto dalla Società Azienda Agricola Pe. To., Gi. e Gi. S.S., è stato accolto, all’esito dell’istruttoria disposta con ordinanza n. 994 del 2013, per nullità dell’atto di concessione (del 2006) di terreni di proprietà della Regione Piemonte, costituenti la “Foresta Alta Val Chisone”, senza che tale profilo, sollevato d’ufficio dal giudice, fosse stato previamente comunicato alle parti presenti, a garanzia del contraddittorio.

Il motivo di appello è fondato.

Il Giudice di primo grado ha premesso che ai sensi dell’[art. 31, comma 4, c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595329&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)., la verifica circa la validità della concessione amministrativa del 2006 può essere effettuata d’ufficio in sede processuale dal giudice amministrativo, senza limiti temporali ed anche in assenza di apposita domanda di parte. La giurisprudenza ha, infatti, chiarito che il giudice chiamato a pronunciarsi sulla risoluzione di un contratto, di cui emerga la nullità dai fatti allegati e provati e comunque ex actis, non può sottrarsi all’obbligo del rilievo, senza che ciò possa comportare la sostituzione dell’azione proposta con altra ([Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=3395385&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

Il Tar ha poi richiamato il principio, elaborato da una costante giurisprudenza, secondo cui il provvedimento che non consenta di identificare con sufficiente certezza la porzione di realtà giuridica e materiale su cui l’atto è destinato ad incidere deve essere giudicato nullo per difetto di un elemento essenziale, ai sensi dell’[art. 21 septies, l. 7 agosto 1990, n. 241](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159463&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza).

Ha quindi concluso nel senso che tale vizio si riscontra nella concessione amministrativa rep. n. 947 del 10 aprile 2006, che risulta affetta dalle gravi ed insanabili carenze descrittive messe in luce in numerosi passaggi argomentativi della verificazione.

Tutto ciò premesso, il Tar Piemonte ha dichiarato nulla la predetta concessione ed ha conseguentemente annullato il provvedimento n. 1186/DU del 6 febbraio 2013, con il quale l’Agenzia Regionale Piemontese per le Erogazioni in Agricoltura aveva disposto la decadenza dal premio ed ingiunto all’azienda ricorrente la restituzione dell’intero importo dei contributi comunitari percepiti per le annualità 2007 - 2011.

Rileva però il Collegio che di tale profilo di nullità della concessione, accertato d’ufficio dal giudice di primo grado, non è stato dato avviso alle parti ai sensi dell’[art. 73, comma 3, c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595385&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)., impedendo così che sullo stesso fosse garantito il contradditorio e, dunque, la possibilità di difendersi.

Dal verbale di udienza celebrata al Tar in data 17 dicembre 2014 non risulta alcuna comunicazione data dal Presidente alle parti presenti, confermandosi in tal modo, in punto di fatto, la mancata possibilità che sulla questione l’Arpea e la Regione Piemonte fossero ammesse a difendersi, difesa che invece sugli altri aspetti della causa le parti resistenti hanno abbondantemente esplicato con il deposito di memorie, così dimostrando l’interesse a sostenere la legittimità del provvedimento impugnato.

In punto di diritto ciò comporta, in applicazione della regola introdotta dal comma 3 dell’[art. 73 c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595385&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)., l’annullamento della sentenza con rinvio al giudice di primo grado [ex art. 105, comma 1, c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)..

Non è dubbio, infatti, che il citato comma 3 dell’[art. 73 c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595385&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza). si applichi anche al caso di specie.

Giova premettere che il dovere del giudice di venire in soccorso alle parti [ex art. 73, comma 3, c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595385&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)., è posto a garanzia del contraddittorio. Costituisce cioè un meccanismo di tutela volto ad evitare pronunce “a sorpresa” su profili che esplicano una influenza decisiva sul giudizio ([Cons. St., sez. III, 15 gennaio 2018, n. 165](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7334062&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

Come da ultimo chiarito dall’Adunanza plenaria del [Consiglio di Stato 30 luglio 2018, n. 10](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7293947&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), il vizio dell’omessa possibilità di difesa [ex art. 73, comma 3, c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595385&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza). attiene al procedimento (la questione non è stata previamente sottoposta al contraddittorio nel corso del processo) non al contenuto della sentenza, che potrebbe essere anche “giusta” nella sua portata decisoria. Con l’ulteriore precisazione che l’art. 73, comma 3, riguarda le domande (o, eventualmente, le eccezioni) decise senza suscitare il contraddittorio sulla questione dirimente; non investe, invece, le conseguenze o gli effetti che derivano dall’accoglimento o dal rigetto delle domande: gli effetti della decisione rimangono, invero, nella disponibilità del giudice che pronuncia la sentenza e non richiedono la previa instaurazione del contraddittorio processuale ai sensi dell’art. 73, comma 3.

Il caso all’esame della Sezione rientra indubbiamente in quelli “tutelati” dalla previsione del comma 3 dell’[art. 73 c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595385&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza).: il comma 4 dell’[art. 31 c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595329&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza). consente al Collegio di rilevare d’ufficio la nullità del provvedimento gravato e, dunque, di introdurre un profilo di accoglimento del gravame sul quale però non è stata espletata alcuna difesa perché non introdotto con il ricorso. Ciò però deve avvenire nel pieno rispetto del principio del contraddittorio e a tutela del diritto di difesa, garantendo cioè che su questo aspetto introdotto solo dal giudice tutte le parti abbiano la possibilità di controdedurre. Di qui l’obbligo di dare la comunicazione ai sensi del comma 3 dell’[art. 73 c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595385&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)., in mancanza della quale la causa non può che tornare, [ex art. 105, comma 1, c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)., dinanzi al giudice che tale avviso ha omesso, così come di recente ribadito dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15 del 28 settembre 2018.

2. Non può essere seguita l’appellata Azienda Agricola Pe. laddove (memoria di replica depositata il 7 febbraio 2019) si difende sul punto relativo al difetto di contraddittorio affermando che l’obbligo di sollecitare la previa instaurazione del contraddittorio non sussiste allorquando la parte che la invoca non prospetta quale specifica lesione del proprio diritto di difesa ne avrebbe patito, almeno allegando quale verosimile sviluppo del processo, la possibilità di dimostrare l’insussistenza delle circostanze di fatto poste a base della decisione.

Ed invero, l’Arpea con il secondo motivo di appello ha dedotto l’erroneità, nel merito, della decisione del Tar Piemonte sul rilievo, tra l’altro, che dalla disamina della documentazione emerge come la Concessione indicasse con precisione il limite massimo di 340 ettari, con la conseguente impossibilità - a suo dire - di rilevare l’indeterminatezza dell’oggetto della Concessione stessa.

In altri termini, l’Arpea ha contestato le conclusioni alle quali il Tar è giunto, con argomentazioni che avrebbe evidentemente speso dinanzi al giudice di primo grado - con precipuo riferimento alla nullità della concessione - ove ne avesse avuto la possibilità.

3. Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell’[art. 112 c.p.c.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20113770&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

L’appello deve quindi essere accolto e, per l’effetto, annullata con rinvio al giudice di primo grado la sentenza del Tar Piemonte, sez. II, n. 381 del 26 febbraio 2015.

La particolarità della vicenda contenziosa giustifica la compensazione delle spese e degli onorari del giudizio.

# 8. La tutela cautelare

## 8.1. T.A.R. Lazio-Roma, sez. III, sent. 3 novembre 2020, n. 11316

2. L’odierna controversia prende le mosse dal ricorso presentato dai ricorrenti elencati in epigrafe con il quale hanno contestato il mancato superamento della prova preselettiva del concorso per il reclutamento di dirigenti scolastici indetto dal Ministero dell’Istruzione dell’Università e della Ricerca con D.D.G. n. 1259 del 23 novembre 2017.

In conseguenza della tutela cautelare concessa dal Consiglio di Stato gli stessi hanno sostenuto “con riserva” la prova scritta della procedura concorsuale. Solamente alcuni di loro, tuttavia, hanno superato entrambe le prove della procedura concorsuale (prima la prova scritta e poi quella orale) collocandosi in posizione utile per l’immissione in ruolo.

2.2. Pertanto una parte degli originari ricorrenti ha impugnato con motivi aggiunti gli esiti finali del concorso nella parte in cui gli stessi non risultano vincitori o comunque idonei, un’altra parte ha impugnato con altro ricorso per motivi aggiunti i medesimi atti, ma nella parte in cui gli stessi risultano inseriti, ma “con riserva” nella graduatoria finale.

2.3 Nel giudizio così articolato sono altresì intervenuti, a sostegno delle ragioni dell’Amministrazione, Altri partecipanti al concorso che, avendo superato tutte le prove (preselettiva compresa) sono risultati vincitori del concorso.

3. Omissis

4. In secondo luogo, il Collegio ritiene di dover esaminare la domanda formulata da parte ricorrente per ottenere una pronuncia dichiarativa del consolidamento della posizione, in considerazione del superamento della prova scritta e orale e della collocazione in posizione utile in graduatoria per la successiva immissione in ruolo.

La domanda non può trovare accoglimento.

4.1 Come anche evidenziato dagli intervenienti, il consolidamento non può essere considerato un istituto di carattere generale, attesa la sua capacità di produrre una significativa deviazione rispetto agli effetti tipici della tutela cautelare. Quest’ultima, invero, ha una funzione strettamente strumentale alla decisione finale ed è volta ad evitare che, nelle more del giudizio, si producano effetti tali da incidere in modo definitivo sulla posizione di cui si chiede tutela, rendendo inutile la stessa tutela giurisdizionale.

I caratteri della strumentalità e della interinalità delle misure cautelari adottate in sede giudiziaria portano il Collegio a ritenere in dubbio la sussistenza, nel nostro ordinamento un principio generale sul consolidamento di una posizione determinatasi a seguito di un provvedimento cautelare, destinato pertanto per sua stessa natura a cessare i propri effetti e dunque con riferimento al quale, a rigore, non può configurarsi alcun affidamento del destinatario sulla stabilità di tali effetti.

La norma invocata a sostegno di un siffatto principio, ossia l’[art. 4, comma 2 bis, del D.L. 115 del 2005](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1807840&idUnitaDoc=5632382&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), convertito con [legge n. 168/2005](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2129523&idUnitaDoc=6611179&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), in realtà introduce una disciplina specifica che consente, in presenza di talune condizioni ivi previste, l’irreversibilità di tali effetti.

Prevede la disposizione di cui all’[art. 4, comma 2 bis, del D.L. 115 del 2005](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1807840&idUnitaDoc=5632382&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), convertito con [legge n. 168/2005](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2129523&idUnitaDoc=6611179&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), che “Conseguono ad ogni effetto l’abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d’esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l’ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela”.

La [Corte costituzionale, con la sentenza 9 aprile 2009 n. 108](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1715776&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) e con la conforme ordinanza 19 maggio 2009 n. 158, nel ritenerne la conformità al dettato costituzionale, ha chiarito la portata applicata la disposizione in esame.

Ad avviso della Corte infatti “la disposizione ... ha lo scopo di evitare che il superamento delle prove di un esame di abilitazione venga reso inutile dalle vicende processuali successive al provvedimento, con il quale un Giudice o la stessa amministrazione, in via di autotutela, abbiano disposto l’ammissione alle prove di esame o la ripetizione della valutazione. Per raggiungere questo scopo, la disposizione rende irreversibili - secondo la giurisprudenza amministrativa - gli effetti del superamento delle prove scritte e orali previste dal bando. Essa, quindi, rende irreversibili anche gli effetti dei provvedimenti giurisdizionali (pure di natura cautelare) o di autotutela amministrativa che abbiano disposto l’ammissione alle prove stesse, precludendo l’ulteriore prosecuzione del processo eventualmente avviato... La disposizione censurata non si applica ai concorsi pubblici, ma solo agli esami di abilitazione. Questi ultimi sono volti ad accertare l’idoneità dei candidati a svolgere una determinata attività professionale. Accertata questa idoneità, tale attività deve potersi liberamente esplicare.”

Dunque, perché la disposizione possa trovare applicazione occorre che la procedura non presenti caratteri concorsuali, come nel caso di cui trattasi, ma sia di tipo idoneativo.

Anche sul punto il Collegio ha avuto già modo di pronunciarsi sulla non applicabilità della norma richiamata e del meccanismo ivi disciplinato proprio alla procedura concorsuale per cui è causa.

Si legge infatti nella pronuncia 6204/2020: “...occorre evidenziare come l’invocato meccanismo del consolidamento affonda le sue radici nell’[*art. 4, co. 2 bis, del d.l. n. 115/2005*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1807840&idUnitaDoc=5632382&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), convertito con modificazioni dalla [*legge n. 168/2005*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2129523&idUnitaDoc=6611179&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), .... La disposizione, in grado di produrre una deroga agli effetti interinali del giudizio cautelare trova applicazione con riferimento alle sole abilitazioni, come peraltro evidenziato nella rubrica dell’articolo richiamato. Il consolidamento, dunque, non può essere considerato un congegno avente portata generale e, in quanto tale, applicabile anche ai pubblici concorsi, con conseguente impossibilità che un candidato ammesso a sostenere le prove selettive “con riserva” possa ottenere il bene della vita per il solo fatto di averle superate. La posizione raggiunta in virtù della tutela cautelare deve pertanto essere ritenuta provvisoria necessitando, per la sua definitiva stabilizzazione, di una pronuncia nel merito con la quale venga confermato il primigenio giudizio sull’illegittimità dell’azione amministrativa effettuato in sede cautelare solo a seguito di una delibazione sommaria tipica di tale fase processuale.

A ben vedere, il tratto distintivo dei pubblici concorsi rispetto alle procedure selettive per le abilitazioni è rappresentato dalla presenza, nei primi, dei controinteressati, ossia di candidati che pur avendo sostenuto con successo tutte le prove concorsuali (preselettiva compresa) hanno raggiunto un punteggio che non consente loro di essere dichiarati vincitori, essendosi collocati in graduatoria in posizioni successive rispetto al numero dei posti messi a concorso. La presenza di portatori di un interesse uguale ma di segno contrario rispetto ai ricorrenti postula la necessità che il ricorso principale debba trovare accoglimento al fine di consentire la definitiva stabilizzazione degli effetti prodotti dalla graduatoria finale del concorso. Diversamente opinando si finirebbe per arrecare un evidente pregiudizio ai controinteressati che verrebbero scavalcati in graduatoria da candidati che, ad un successivo e più attento esame della res controversa, non avrebbero nemmeno potuto partecipare alle prove scritte ed orali. Ciò in quanto il mancato accoglimento del ricorso principale postula la cessazione degli effetti interinali prodotti in sede cautelare, con conseguente esclusione dal concorso dei ricorrenti per mancato superamento della prova preselettiva”.

Omissis.Il Collegio ritiene che, nel merito, il ricorso sia in parte inammissibile ed improcedibile ed in parte infondato. Omissis

## 8.2 T.A.R Lazio-Roma, ord. 26 marzo 2021, n. 1945

Considerato che con il gravame introduttivo è stato impugnato il DPCM del 14 gennaio 2021, nella parte in cui ha previsto la sospensione totale della didattica in presenza nelle scuole secondarie di primo e secondo grado (eccetto le classi prime delle scuole secondarie di primo grado), nell’intero territorio di regioni caratterizzate da uno scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto (cd. “zona rossa”);

Rilevato che con motivi aggiunti viene impugnato il DPCM del 2 marzo 2021, nella parte in cui ha disposto nelle medesime zone la sospensione delle attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado, censurato sotto il profilo della carenza di proporzionalità ed adeguatezza e avuto riguardo a questioni di legittimità costituzionale prospettate in relazione ai decreti legge che hanno autorizzato l’emanazione del DPCM;

Dato atto, preliminarmente, quanto alle eccezioni in rito sollevate dalla difesa erariale: - che i ricorrenti sono studenti e genitori di figli minori iscritti a istituzioni scolastiche site in regioni interessate dalla applicazione delle misure contestate; - che il D.L. n. 30/2021 non ha inciso sulla disciplina propria delle zone “zone rosse” come determinata nel DPCM gravato con motivi aggiunti;

Osservato che i ricorrenti deducono anche sull’insufficienza dell’istruttoria sottesa alle previsioni impugnate, argomentando che la scuola non dovrebbe essere considerata quale luogo privilegiato di contagio e producendo una serie di ricerche che evidenziano come l’interruzione della didattica in presenza abbia rappresentato e rappresenti un moltiplicatore delle diseguaglianze discendenti da ostacoli di ordine sociale ed economico;

Considerato che il DPCM impugnato con motivi aggiunti richiama i verbali del Comitato Tecnico Scientifico nn. 157, 158, 159 e 160 nonché le osservazioni tecniche inviate il 27 febbraio 2021dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, e che peraltro dai predetti documenti non emergono indicazioni specifiche ostative alla riapertura delle scuole; Considerato che il DPCM richiama anche il parere rilasciato dal Comitato Tecnico Scientifico in occasione della seduta del 27 febbraio 2021, documentato dal verbale n. 161, il quale ha raccomandato il mantenimento dell’attività scolastica in presenza nelle zone bianche, gialle ed arancioni, affermando che “*possa prendersi in considerazione la possibilità di prevedere la sospensione delle attività didattiche...nelle aree territoriali regionali, sub-regionali, provinciali, comunali, in cui la situazione epidemiologica sia compatibile con scenari da zona rossa prevista dal Capo V della bozza del DPCM di prossima emanazione, o in aree in cui l’incidenza cumulativa a 7 giorni sia superiore a 250 casi ogni 100.000 abitanti, o nelle quali vengano adottate misure stringenti di isolamento in ragione di circolazione di varianti di SARS-CoV-2 connotate da alto rischio di diffusività/resistenza a vaccino/capacità di indurre malattia grave*” e che il CTS non sembra avere valutato la possibilità, nelle zone rosse, di disporre la sospensione delle attività didattiche solo per aree territoriali circoscritte, in ragione del possibile andamento diversificato dell’epidemia nella regione;

Considerato, peraltro, che le ricordate considerazioni del CTS si fondano su dati forniti dall’Istituto di Sanità e dalla Fondazione Bruno Kessler e dalla documentazione offerta in giudizio non si evince in che modo ed in quale sede tali informazioni siano state analizzate ed interpretate dal Comitato Tecnico Scientifico;

Ritenuto, alla luce delle considerazioni che precedono, che le impugnate previsioni del DPCM 2.3.21 non appaiono supportate da una adeguata istruttoria e che in tal senso si apprezzano profili di fondatezza dei motivi aggiunti depositati da parte ricorrente; Considerato, per quanto attiene al *periculum in mora*, che nel bilanciamento degli interessi in gioco l’esigenza cautelare prospettata dai ricorrenti possa trovare adeguata tutela ordinando alla Presidenza del Consiglio dei Ministri di riesaminare le misure impugnate adottando, all’esito del riesame, un provvedimento specificamente motivato;

Ritenuto che la Presidenza del Consiglio dei Ministri dovrà provvedere all’indicato riesame prima che il DPCM 2.3.21 perda efficacia, e che a tal fine si ritiene congruo assegnare il termine del 2 aprile 2021;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), accoglie la suindicata domanda cautelare ai soli fini del riesame da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri delle impugnate previsioni contenute nel DPCM 2.3.2021 nei termini e nei sensi di cui in motivazione.

Spese della fase compensate.

Fissa per la decisione del merito l’udienza del 14 luglio 2021.

La presente ordinanza sarà eseguita dall’Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

## 8.3. T.A.R. Lazio, Roma, decreto 24 agosto 2021, n. 4450

DECRETO

sulla richiesta di decreto cautelare ante causam, proposta da:

Omissis

*contro*

Ministero dell’Istruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

*per l’annullamento*

della Nota AOODPIT prot. n. 1237 del 13 agosto 2021 del Ministero dell’Istruzione avente ad oggetto Decreto-legge n. 111/2021 - Misure urgenti per l’esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti;

di ogni altro atto pregiudizievole, connesso, presupposto, conseguenziale e/o sopravvenuto ad oggi non conosciuto.

Vista l’istanza di misure cautelari monocratiche proposta dal ricorrente, ai sensi dell’art. 61 cod. proc. amm.;

Verificata la ritualità dell’istanza e il perfezionamento della notifica;

Considerato che l’istanza non è meritevole di favorevole esame, non ravvisandosi la sussistenza degli stringenti presupposti di ‘eccezionale gravità ed urgenza’ che soli consentono la concessione della richiesta misura cautelare ante causam ex art. 61 c.p.a., tenuto conto che l’interesse azionato mediante il manifestato intento di proporre ricorso avverso la nota ministeriale indicata in epigrafe – la quale riveste carattere meramente ricognitivo del contenuto del decreto legge n. 111 del 6 agosto 2021 – è volto ad evitare le verifiche ed i controlli in ordine al possesso della certificazione verde COVID-19 richiesto ai fini dello svolgimento della erogazione del servizio di istruzione in presenza, in mancanza peraltro di qualsivoglia atto concretamente attuativo delle contestate previsioni;

Rilevata la genericità dell’istanza quanto ai presupposti di “*eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale*”, da riferirsi necessariamente a tale brevissimo lasso temporale, essendosi parte ricorrente limitata ad enunciare asseriti vizi della nota ministeriale, recante ricognizione di una disciplina avente fonte in un atto di normazione primaria, senza tuttavia specificare in concreto quali conseguenze e pregiudizi di natura irreversibile si verificherebbero, rispetto alle posizioni soggettive di cui sono titolari – in alcun modo specificate - in tale breve lasso temporale che possano giustificare la tutela ante causam, avente natura eccezionale;

Rilevato, inoltre, come nessuna utilità deriverebbe ai ricorrenti dall’accoglimento della proposta istanza, tenuto conto che i contestati obblighi, in quanto aventi fonte in un atto di normazione primaria – ovvero nell’art. 1, comma 6, del decreto legge n. 111 del 2021, che inserisce l’art. 9-ter al decreto legge n. 52 del 22 aprile 2021 - resterebbero comunque vigenti anche in caso di sospensione della indicata nota ministeriale, mentre è demandata all’adozione di un successivo D.P.C.M. la previsione di ulteriori disposizioni di dettaglio, il quale non risulta essere stato ancora emanato;

Considerato che l’ordinaria tutela cautelare monocratica e collegiale attivabile mediante la proposizione di ricorso, pur se dovesse intervenire in data successiva a quella di entrata in vigore delle contestate previsioni – fissata all’1 settembre 2021 - non potrebbe determinare il verificarsi di pregiudizi irreversibili, tenuto conto del breve periodo di tempo che verrebbe in rilievo e che comunque tali pregiudizi non sono stati in alcun modo indicati, mentre avverso eventuali successivi atti con i quali viene data esecuzione alle contestate previsioni normative è sempre ammessa la tutela giurisdizionale, anche cautelare;

Ritenuto, quanto all’istanza con cui i ricorrenti chiedono l’oscuramento dei dati personali, anche del difensore, che la stessa non possa essere accolta, non risultando assistita da adeguata motivazione rapportata alla disciplina di riferimento, insufficiente essendo il generico richiamo alle “relazioni sociali e lavorative in essere tali da poter ricondurre terzi all’individuazione di dati personali e sensibili”, dati che non sono stati in alcun modo indicati e specificati e di cui non è stata evidenziata la specifica esigenza di tutela, tenuto conto che gli istanti persone fisiche agiscono in qualità di docenti e contestano le previsioni inerenti le verifiche sul possesso del certificato verde, e che in relazione a tale posizione nessun dato sensibile sembra poter emergere, né è stato comunque allegato (non avendo gli istanti specificato la propria posizione in relazione ai contestati obblighi di possesso e di verifica del possesso di certificato verde e la loro sottoposizione o menoa vaccinazione, né le loro convinzioni), così come alcuna esigenza di tutela della privacy sembra, già in astratto, ravvisabile con riferimento all’associazione istante, apparendo piuttosto l’istanza di oscuramento volta ad impedire la conoscenza degli autori della richiesta di decreto ante causam - e del loro difensore - in assenza di dati sensibili meritevoli di protezione, i quali non sono stati comunque indicati;

P.Q.M.

- respinge l’istanza.

Il presente decreto depositato presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma il giorno 23 agosto 2021.

IL SEGRETARIO

Il Presidente Elena Stanizzi

## 8.4 Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, decr. 25 gennaio 2021, n. 61

DECRETO

sul ricorso numero di registro generale 79 del 2021, proposto da G. V., rappresentato e difeso dagli avvocati G. V., G.M. con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Presidenza della Regione Siciliana, Presidente della Regione Siciliana, Regione Siciliana non costituiti in giudizio;

*per la riforma*

del decreto cautelare del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) n. 060/2021, resa tra le parti, che ha respinto la domanda di sospensione dell’ordinanza contingibile e urgente n. 10 del 16.1.2021 del Presidente della Regione Siciliana “in parte qua”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Vista l’istanza di misure cautelari monocratiche proposta dal ricorrente, ai sensi degli artt. 56, 62, co. 2 e 98, co. 2, cod. proc. amm.;

Considerato che:

a) l’appello avverso il decreto monocratico cautelare adottato dal Presidente del Tribunale amministrativo regionale deve ritenersi, di norma, inammissibile sia per ragioni testuali legate alla lettera della legge che per ragioni sistematiche, in quanto né previsto, né configurabile, in via distinta ed autonoma, ai sensi dell’art. 56 c.p.a., e altresì prevedendo il codice di rito l’appellabilità delle sentenze e delle ordinanze (art. 62 e 100, c.p.a.) e non anche dei decreti;

b) conseguentemente, la questione di revisione e/o riforma del decreto va trattata - *salvo casi del tutto eccezionali di provvedimento che abbia solo veste formale di decreto ma contenuto sostanziale decisorio* - nel medesimo grado della misura stessa, o con lo stesso mezzo o in occasione della conseguente camera di consiglio (la cui ordinanza cautelare potrà semmai a letterale tenore dell’art. 62 c.p.a. formare oggetto di appello cautelare);

c) tali casi di provvedimenti monocratici impugnabili aventi solo veste formale di decreto o “*decreti meramente apparenti”* si configurano esclusivamente nel caso in cui la decisione monocratica in primo grado non abbia affatto carattere provvisorio ed interinale ma definisca o rischi di definire in via irreversibile la materia del contendere, come negli eccezionali casi di un decreto cui non segua affatto una camera di consiglio o in cui la fissazione della camera di consiglio avvenga con una tempistica talmente irragionevole da togliere ogni utilità alla pronuncia collegiale con incidenza sul merito del giudizio con un pregiudizio irreversibile (di talché residuino al limite questioni risarcitorie) dovendo in tali casi intervenire il giudice di appello per restaurare la corretta dialettica fra funzione monocratica e funzione collegiale in primo grado;

d) siffatta definizione irreversibile della *res controversa* con decreto monocratico deve comportare un danno irreparabile a diritti fondamentali della persona umana, danno che non discende *ex se* dalla sola circostanza che il provvedimento impugnato esaurisca i propri effetti – come nel caso di specie - prima della camera di consiglio collegiale in primo grado, e che pertanto in sede collegiale non sia più conseguibile una tutela in forma specifica mediante la rimozione del provvedimento contestato;

e) nel caso di specie il ricorso si duole di un danno irreparabile che sarebbe *in re ipsa*, per la incidenza del provvedimento regionale impugnato sulla libertà di circolazione delle persone - segnatamente nella parte in cui il d.P.Reg.Sic. 10.1.2021 n. 10 dispone che “*Non trovano applicazione nel territorio regionale le disposizioni di cui all’art. 3 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 14 gennaio 2021 che autorizzano spostamenti, una volta al giorno, verso una sola abitazione privata nei limiti di due persone ...” -* in modo difforme dalla legge statale (art. 1, c. 4, lett. a) d.l. n. 2/2021) e dal d.P.C.M. applicabile sul restante territorio nazionale (art. 3, c. 4, d.P.C.M. 14.1.2021), legge e d.P.C.M. che invece anche nelle zone rosse consentono siffatto tipo di spostamenti;

f) tuttavia non vi è alcuna prova di un pregiudizio irreparabile *in re ipsa* per diritti fondamentali della persona, per il solo fatto che vi sia una *limitazione ulteriore* della libertà di circolazione (restando impregiudicata ogni valutazione sul *fumus boni iuris* quanto allo scostamento *in peius* del provvedimento regionale dalla legge statale), atteso che, nella Regione Siciliana, pur non essendo autorizzati gli spostamenti, una volta al giorno, verso una sola abitazione privata nel limite di due persone, restano autorizzati gli spostamenti per lavoro, salute, e per ben più generiche situazioni di “necessità” (tali da comprendere un ampio novero di serie esigenze individuali che possano in concreto prevalere, secondo un ragionevole bilanciamento, sulla primaria esigenza solidaristica, sociale ed economica, di contenimento dei contagi), in definitiva, ciò che resta precluso nella Regione Siciliana, in aggiunta ai divieti nazionali, sono gli spostamenti “non necessari”, la cui inibizione, proprio perché si tratta di spostamenti “non necessari”, non è suscettibile di arrecare alcun pregiudizio grave e irreparabile *in re ipsa* a diritti fondamentali della persona;

g) pertanto non ricorrendo gli eccezionali presupposti che consentono l’appellabilità del decreto monocratico, l’appello è inammissibile.

P.Q.M. Dichiara l’appello inammissibile.

Il presente decreto sarà eseguito dall’Amministrazione ed è depositato presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Palermo il giorno 23 gennaio 2021.

# 9. L’appello

## 9.1. Consiglio di Stato, sez. III, sent. 24 maggio 2021, n. 3990.

FATTO e DIRITTO

1. L’odierna appellante Becton Dickinson Italia s.p.a. (nel prosieguo anche semplicemente “BD”) ha partecipato alla procedura selettiva avviata dall’Azienda Ospedaliera Santa Maria Terni per “l’affidamento (biennale con possibilità di rinnovo per 12 mesi) della fornitura di dispositivi per ‘apparati tubolari e set funzionali’ occorrenti alle esigenze delle varie strutture dell’Azienda Ospedaliera Santa Maria di Terni - CIG 7223569” suddivisa in 13 Lotti e per un importo complessivo pari ad € 777.531,40.

1.1. Omissis

1.2. All’esito della fase di prequalifica BD - quale unica partecipante al lotto n. 4 d’interesse - veniva invitata a presentare la propria offerta tecnica.

Pur tuttavia, BD veniva esclusa dalla gara in quanto la commissione giudicatrice nella seduta del 10.10.2019 giudicava non idonea la pompa (modello di pompa “BodyGuard 121 Twins”), offerta in prova, siccome non allineata ai parametri di precisione d’infusione dichiarati dalla stessa BD nella scheda tecnica. In data 16.10.2019 la commissione si riuniva nuovamente, alla presenza dei rappresentanti di Becton Dickinson, per procedere, su sollecitazione del suddetto operatore, ad un nuovo esame del dispositivo medico, emergendo ancora una volta la stessa criticità già indicata dalla commissione giudicatrice nel verbale del 12.08.2019.

La commissione confermava pertanto il giudizio già formulato nella seduta del 12.08.2019.

1.3. Il suddetto verbale impugnato in prime cure con ricorso principale.

1.4. Con deliberazione n. 777 del 5/12/2019 l’Azienda Ospedaliera di Terni, pubblicata il 20.12.2019, deliberava di non aggiudicare il Lotto 4, in quanto veniva dichiarato deserto a seguito dell’esclusione dell’unica concorrente BD.

1.5. BD inoltrava, dunque, in data 22/01/2020, un’istanza di accesso, che faceva seguito a quella di cui al 19.10.2019, riferita al verbale della seduta in cui si era decretata l’esclusione e la documentazione ad esso sottesa. L’istanza veniva riscontrata il successivo 30/01 inviando la delibera d’aggiudicazione.Da qui la proposizione di motivi aggiunti.

2. Con sentenza n. 521/2020 il TAR per l’Umbria ha dichiarato irricevibile l’atto recante motivi aggiunti siccome notificato (in data 28.2.2020) oltre il termine decadenziale di cui all’[art. 120 co. 5 cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595452&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) decorrente dal 20/12/2019, data di pubblicazione della delibera nella sezione Amministrazione Trasparente del sito istituzionale dell’Azienda resistente. Ha, poi, dichiarato improcedibile il ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse ed inammissibile, con condanna della ricorrente al ristoro di 2.500 € di spese di lite a favore dell’Amministrazione resistente.

3. Avverso il suindicato decisum, con il mezzo qui in rilievo, l’appellante ha articolato i seguenti motivi di gravame:

a) sarebbe erronea la statuizione di irricevibilità dei motivi aggiunti in quanto non terrebbe conto del fatto che, ancorché pubblicata in data 20.12.2019, la delibera di non aggiudicazione sarebbe stata comunicata, ai sensi e per gli effetti di cui all’[articolo 76 del d. lgs. 50/2016](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=4977851&idUnitaDoc=29881162&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), solo in data 30.1.2020;

b) parimenti non condivisibile sarebbe l’ulteriore capo della decisione appellata con il quale il TAR ha dichiarato inammissibile il ricorso principale con il quale l’odierna appellante ha impugnato il verbale di esclusione. Segnatamente, non sarebbe pertinente la qualificazione dell’atto in argomento come “atto endoprocedimentale non direttamente produttivo di effetti pregiudizievoli per la ricorrente”.

2.1. Resiste in giudizio l’Azienda intimata.

3. All’udienza del 13.5.2021, svolta in modalità da remoto, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. L’appello va respinto siccome inammissibile e infondato.

4.1. Omissis

5.1 In particolare, l’appellante si è limitato ad allegare a sostegno della spiegata azione impugnatoria le ragioni di doglianza che, in via di mera tesi, porterebbero alla riforma delle statuizioni della decisione appellata.

5.2. Come anticipato nella narrativa in fatto, il giudice di prime cure ha assegnato rilievo assorbente, in rito, ai profili di irricevibilità dei motivi aggiunti e di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso principale che, nell’economia della decisione appellata, impediscono lo scrutinio, nel merito, della controversia.

Orbene, l’appellante, con il mezzo in epigrafe, nell’avversare tale statuizioni, non si è peritato, al contempo, di riproporre in sede di gravame le domande già avanzate in primo grado e non delibate perché rimaste assorbite nel dictum del TAR con la conseguenza che l’impugnazione spiegata, non potendo comunque comportare alcun effetto utile all’appellante, non può dirsi supportata dalla condizione indefettibile dell’interesse ad agire.

5.3. Com’è noto, a mente dell’[articolo 101 comma 2 del c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595424&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)., e per quanto qui di più diretto interesse, “si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell’atto di appello...”.

5.4. Ne discende che nei casi come quello qui in rilievo, in cui non si applica l’[art. 105 c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) ., la possibilità per il giudice di appello di pronunciarsi sulla domande o sulle domande non esaminate in primo grado o erroneamente dichiarate irricevibili, inammissibili o improcedibili, presuppone necessariamente che, ai sensi dell’art. 101, comma 2, tali domande siano oggetto di rituale riproposizione, operando, altrimenti, la presunzione di rinuncia stabilita dallo stesso articolo, con conseguente inammissibilità per difetto di interesse dell’appello proposto senza assolvere all’onere di riproposizione (cfr. [Cons. St., Ad. plen., 30 luglio 2018, n. 10](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7293947&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

6. In disparte quanto fin qui evidenziato, di per se stesso assorbente, deve soggiungersi, per mera completezza espositiva, che l’appello è, comunque, infondato.

E, invero, quanto al primo capo della decisione appellata, recante la statuizione di irricevibilità dei motivi aggiunti, è sufficiente rilevare che il TAR ha fatto corretta applicazione dei principi di recente affermati, nella sua funzione nomofilattica, dall’Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato (cfr. [Cons. St. Ad. Plen. 2 luglio 2020, n. 12](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=8727410&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)) che ha, all’esito di una lettura sistemica del quadro normativo di riferimento, individuato il dies a quo per l’impugnazione degli atti di gara orientandosi in funzione dell’esigenza di fondo di agganciare siffatto onere ad una ‘data oggettivamente riscontrabile’.

E nella suddetta prospettiva, ha espressamente affermato (in alternativa alle ulteriori fattispecie parimenti idonee a generare la decorrenza del termine) “che, per la individuazione della decorrenza del termine per l’impugnazione, rileva anche l’art. 29, comma 1, ultima parte, del ‘secondo codice’, per il quale “i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente” soggiungendo che “L’impresa interessata - che intenda proporre un ricorso - ha l’onere di consultare il ‘profilo del committente’, dovendosi desumere la conoscenza legale degli atti dalla data nella quale ha luogo la loro pubblicazione con i relativi allegati (data che deve costantemente risultare dal sito)” (paragrafo 26).

In coerenza con tale premessa, l’Adunanza Plenaria ha, dunque, concluso nel senso che “a) il termine per l’impugnazione dell’aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell’[*art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=4977851&idUnitaDoc=29881105&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza);........ d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, [*ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=4977851&idUnitaDoc=29881105&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;”.

Non residuano, dunque, dubbi sull’attitudine della pubblicazione, in data 20.12.2019, della deliberazione n. 777 del 5/12/2019 a far decorrere i termini di impugnazione.

7. Il suddetto arresto ha, poi, immediata refluenza sui residui motivi di gravame che involgono il capo della decisione appellata recante la statuizione di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso originario (avverso l’esclusione).

Deve, al riguardo, evidenziarsi che l’appello attrae nel fuoco della contestazione i soli rilievi che involgono il profilo della presunta inammissibilità del ricorso (sul presupposto della valenza endoprocedimentale del verbale della commissione) obliando, però, le ulteriori argomentazioni del TAR secondo cui se anche si ritenesse il verbale del 10.10.2019 come immediatamente e direttamente produttivo di effetti pregiudizievoli per la ricorrente, la ritenuta irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti avverso la delibera del Commissario straordinario n. 777 del 5.12.2019 comporterebbe l’improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse ([*Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2020, n. 4572*](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=8802422&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [*Cons. Stato, sez. III, 20 maggio 2020, n. 3200*](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=8611987&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

La mancanza di argomentazioni censoree idonee a superare (oltre che i profili di inammissibilità) anche tali aggiuntivi rilievi e, dunque, di conseguire un effetto utile, comporta l’inammissibilità del motivo per carenza di interesse.

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni l’appello va respinto.

Le spese del presente grado di giudizio, avuto riguardo alla peculiarità della vicenda scrutinata, possono essere compensate.

## 9. 2. Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 29 gennaio 2020, n. 714

DIRITTO

1. Preliminarmente, deve essere esaminata l’eccezione di rito con cui il Comune appellato ha contestato l’ammissibilità sia dei nuovi documenti prodotti in allegato all’atto di appello sia della nuova censura articolata in sede impugnatoria, riferita alla presenza di una scala di collegamento tra il piano di arrivo e l’ingresso del condominio, suscettibile di soddisfare – nella prospettazione dell’appellante, comunque contestata nel merito dall’appellata - il requisito cogente 7.2 norme di dettaglio del regolamento edilizio del Comune di Bologna.

In particolare, in sede di appello, nel contestare la sentenza gravata, la Società Valentina Costruzioni SrL ha dedotto quanto segue: “*contrariamente a quanto si afferma nell’appellata sentenza e come invece emerge dall’elaborato progettuale prodotto sub 1 nel ricorso r.g. n. 563/05, tutti i monolocali, che in ogni caso non possono definirsi seminterrati come verrà evidenziato alle pagg. 14 e ss. che seguono, sono accessibili al piano superiore mediante una scala che a sua volta collega il piano di arrivo con l’ingresso del condominio di via Galeotti, n. 6. A maggior chiarimento si produce ulteriore documentazione fotografica che evidenzia la presenza della scala in questione (doc. n. 2)*”.

Al fine di pronunciare sull’eccezione opposta dall’Amministrazione comunale, occorre richiamare la disciplina di cui all’art. 104 c.p.a., ai sensi del quale “*1. Nel giudizio di appello non possono essere proposte nuove domande, fermo quanto previsto dall’articolo 34, comma 3, né nuove eccezioni non rilevabili d’ufficio. Possono tuttavia essere chiesti gli interessi e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni subiti dopo la sentenza stessa. 2. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. 3. Possono essere proposti motivi aggiunti qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado da cui emergano vizi degli atti o provvedimenti amministrativi impugnati*”. Alla stregua di tali coordinate normative, è possibile prendere in esame l’eccezione di inammissibilità dei nuovi documenti e delle nuove censure svolte in sede di appello.

1.1 Sotto il profilo dell’asserita estensione del *thema decidendum* in conseguenza della nuova contestazione articolata in appello -relativa alla presenza di una scala di collegamento tra il piano di arrivo e l’ingresso del condominio-, occorre verificare se si sia in presenza di una nuova argomentazione a fondamento di un motivo di ricorso già articolato in primo grado (come ritenuto dall’appellante) ovvero di una nuova censura proposta per la prima volta in appello (come eccepito dall’appellato).

Il divieto dei nova in appello preclude, infatti, alla parte processuale di introdurre nuove domande processuali, connotate da un nuovo (o mutato) *petitum* ovvero da una nuova (o mutata) *causa petendi* e, quindi, di domande caratterizzate da una nuova (o mutata) richiesta giudiziale ovvero da nuovi (o mutati) fatti costitutivi della pretesa azionata; l’art. 104, comma 1, c.p.a. non impedisce, invece, di svolgere nuove argomentazioni in sede impugnatoria, tendenti ad evidenziare l’erroneità della sentenza gravata e a illustrare ulteriormente un motivo di censura già articolato in primo grado.

*In subiecta materia*, in particolare, è possibile richiamare la distinzione tra motivo e argomentazione elaborata dall’Adunanza Plenaria di questo Consiglio in tema di revocazione (ma utilizzabile anche per delimitare la portata applicativa dell’art. 104, comma 1, c.p.a.) secondo cui “*Il motivo di ricorso, infatti, delimita e identifica la domanda spiegata nei confronti del giudice, e in relazione al motivo si pone l’obbligo di corrispondere, in positivo o in negativo, tra chiesto e pronunciato, nel senso che il giudice deve pronunciarsi su ciascuno dei motivi e non soltanto su alcuni di essi. A sostegno del motivo – che identifica la domanda prospettata di fronte al giudice – la parte può addurre, poi, un complesso di argomentazioni, volta a illustrare le diverse censure, ma che non sono idonee, di per se stesse, ad ampliare o restringere la censura, e con essa la domanda*.” (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 21).

Pertanto, l’art. 104, comma 1, c.p.a., precludendo la sola proposizione in appello di nuove domande o eccezioni non rilevabili d’ufficio, non impedisce la deduzione in sede impugnatoria di nuove argomentazioni, volte a contrastare il percorso motivazionale sotteso alla decisione di primo grado, senza ampliare il novero di censure indirizzate contro gli atti o i provvedimenti impugnati dinnanzi al Tar.

Prendendo in esame la deduzione svolta dall’odierno appellante in ordine alla presenza di una scala di collegamento tra il piano di arrivo e l’ingresso del condominio, si osserva che si è in presenza di una mera argomentazione a sostegno di una censura articolata in primo grado, rappresentata dalla violazione dell’art. 7.2 norme di dettaglio del regolamento edilizio del Comune appellato, volta a contestare una *ratio decidendi* della sentenza di prime cure.

In particolare, l’odierna società appellante, censurando dinnanzi al Tar Emilia Romagna, Bologna, l’illegittimità del provvedimento di diniego del permesso di costruire per violazione dell’art. 7.2, lett. g) in tema di dotazione, dimensionamento e organizzazione distributiva degli spazi, ha posto all’attenzione del giudice procedente la questione della conformità degli interventi edilizi progettati alle prescrizioni recate dalla disposizione che si assumeva violata.

Alla stregua di tale premessa il Tar, nel pronunciare sulla relativa censura, ha ritenuto infondata la contestazione sollevata dal ricorrente, reputando, tra l’altro, che “*in base al medesimo Regolamento i locali seminterrati di cui si tratta potevano essere riutilizzati a fini residenziali soltanto se essi si fossero posti al servizio di unità immobiliari del piano superiore attraverso scale interne e dotate di tutte le funzioni previste per le attività principali delle abitazioni*”: tale statuizione conferma, quindi, che la sussistenza dei requisiti cogenti prescritti dall’art. 7.2 cit. era compresa nell’ambito oggettivo della censura e, quindi, della domanda proposta in primo grado, avendo costituito oggetto di specifica pronuncia da parte del giudice adito.

Ne deriva, pertanto, che la contestazione sollevata in appello avverso la statuizione giudiziale incentrata sull’assenza di una scala interna di collegamento tra il piano di arrivo e l’ingresso del condominio, in quanto volta a contestare il percorso motivazionale sotteso alla decisione di primo grado sfavorevole, senza ampliare il motivo di ricorso formulato dinnanzi al Tar – riferito alla violazione del requisito cogente 7.2 norme di dettaglio del regolamento edilizio del Comune di Bologna, stante l’asserita conformità a tale previsione dell’intervento edilizio denegato dall’Amministrazione resistente – non costituisce una domanda nuova in appello, potendo, per l’effetto, essere *infra* esaminata, nel merito, nel presente grado di giudizio.

1.2 L’eccezione di inammissibilità della nuova produzione documentale allegata all’atto di appello risulta, parimenti, infondata.

Come precisato dalla giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 26 novembre 2018, n. 6663), la produzione in appello di nuovi documenti è permessa non soltanto se si faccia questione di documenti dei quali non era possibile l’acquisizione in primo grado, perché non conosciuti né conoscibili dalla parte attraverso i normali rimedi, ovvero di documenti ritenuti indispensabili ai fini della decisione, ma anche di documenti meramente integrativi di altri già presenti agli atti del giudizio di primo grado, tali dunque da non alterare il *thema decidendum* già offerto al primo giudice.

Con riferimento al caso di specie, la presenza di una scala nell’ambito del manufatto in questione è desumibile dall’ “elaborato progettuale prodotto sub 1 nel ricorso r.g. n. 563/05”, costituendo gli ulteriori documenti soltanto un “maggior chiarimento” di quanto già evincibile dagli atti acquisiti al giudizio. Pertanto, facendosi questione di documenti meramente integrativi di altri già presenti agli atti del giudizio di primo grado, tali da non alterare il *thema decidendum* già offerto al primo giudice, che si è espressamente pronunciato sulla sussistenza di una scala interna di collegamento ad unità ubicate al piano superiore, i documenti allegati all’appello sono utilizzabili ai fini della decisione.

2. Procedendo alla disamina dei motivi di appello, gli stessi risultano infondati alla stregua delle seguenti argomentazioni

OMISSIS.

## 9. 3. Consiglio di Stato, Ad. plen., sent. 30 luglio 2018, n. 10

FATTO

6. La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza non definitiva 10 aprile 2018, n. 2161, ha accolto il motivo di appello diretto a contestare la tardività del ricorso di primo grado. Omissis

7. Accertata l’errata dichiarazione di irrivevibilità del ricorso di primo grado, la Sezione ha affrontato la questione delle relative conseguenze sulla pronuncia da adottare nel giudizio di appello.

Ha ravvisato sul punto l’esistenza di un contrasto giurisprudenziale, che può essere sintetizzato nei termini che seguono.

7.1. Secondo l’orientamento tradizionale (da ultimo riaffermato da: [Cons. Stato, sez. IV, 31 luglio 2017, n. 3809](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=6342591&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2018, n. 421](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7293930&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2017, n. 5955](#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=4&idDocMaster=7076924&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)), l’errore in questione non comporta il rinvio della causa al giudice di primo grado, ma la ritenzione del giudizio da parte del giudice di appello, nei limiti di quanto ad esso devoluto.

7.2. Tuttavia, un più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa si è posto in consapevole linea di discontinuità con l’indirizzo precedente ed ha statuito che l’ipotesi in questione sarebbe invece riconducibile al caso della violazione del diritto di difesa, per il quale ai sensi dell’[art. 105, comma 1, Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) si impone l’annullamento della sentenza di primo grado con rinvio al Tribunale amministrativo (Cons. giust. amm. Sicilia 24 gennaio 2018, n. 33; in termini analoghi, per il caso di omesso esame di una domanda: [Cons. Stato, IV, 12 marzo 2018, n. 1535](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7435749&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

8. La Sezione ha, quindi, rimesso all’Adunanza plenaria, ai sensi dell’[art. 99, comma 1, Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595421&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), il punto di diritto, oggetto di contrasti in giurisprudenza, relativo all’interpretazione dell’art. 105, comma 1, [Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595280&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), e all’esatta individuazione dei casi di annullamento con rinvio, con particolare riferimento alle conseguenze derivanti dall’accertamento dell’errata dichiarazione di irricevibilità del ricorso di primo grado.

9. Nel giudizio innanzi all’Adunanza plenaria ha depositato memoria scritta soltanto la Multiservizi s.p.a.

10. Alla pubblica udienza del 13 giugno 2018 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

11. La questione di diritto all’esame dell’Adunanza plenaria deve essere risolta dando continuità al consolidato orientamento interpretativo che, anche dopo l’entrata in vigore del [Codice del processo amministrativo](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595280&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), afferma il carattere tassativo ed eccezionale dei casi di rimessione al giudice di primo grado, oggi descritti dall’art. 105 dello stesso Codice.

Va in particolare, escluso che tra i casi di annullamento con rinvio possa rientrare l’erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità della domanda, oppure l’ipotesi in cui il giudice di primo grado abbia totalmente omesso di esaminare una delle domande proposte (anche per ragioni diverse dall’accoglimento di una eccezione pregiudiziale di rito).

12. L’[art. 105 Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) prevede testualmente che: “Il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti, ovvero dichiara la nullità della sentenza, o riforma la sentenza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza o ha dichiarato l’estinzione o la perenzione del giudizio”.

Rispetto alla previgente disposizione contenuta nell’[art. 35 della legge n. 1034 del 1971](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2072907&idUnitaDoc=6294000&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), l’[art. 105 Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), presenta, nonostante i persistenti elementi di diversità, una più spiccata assonanza con la disciplina contenuta negli [articoli 353](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20114076&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) e [354 del codice di procedura civile](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20114077&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), il che risulta coerente con quanto previsto, in sede di legge delega, dall’[art. 44, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2134947&idUnitaDoc=6628459&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) recante “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”), che aveva espressamente menzionato, fra gli obiettivi del riassetto della disciplina del processo amministrativo, proprio il “coordinamento con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali”

Il “vincolo” del coordinamento con la disciplina del processo civile impone, pertanto, una lettura dei casi di annullamento con rinvio più ravvicinata rispetto all’analoga disciplina del processo civile e, soprattutto, che tenga conto di tutte le disposizioni del codice di procedura civile che esprimono principi generali o comuni del processo, così come espressamente previsto dalla clausola di rinvio esterno contenuta nell’[art. 39 Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595339&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)

Alla luce dell’[art. 39 Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595339&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) (e della previsione della legge delega che lo ha ispirato) oggi, quindi, il vincolo interpretativo derivante dai principi generali del processo civile è più forte rispetto al passato (cfr., di recente, [Corte cost., sentenza 26 giugno 2018, n. 132](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7460814&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

14. I principi generali del processo che vengono in rilievo ai fini di affrontare la questione di diritto oggetto del presente giudizio sono, in particolare, il principio del c.d. effetto devolutivo dell’appello e quello, strettamente correlato, della conversione delle nullità processuali in motivi di appello (cfr. [art. 161, primo comma, Cod. proc. civ.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20113828&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)), salvo i casi estremi di c.d. nullità-inesistenza (che l’art. 161, comma secondo, individua nel difetto di sottoscrizione).

15. Il principio dell’effetto devolutivo fa dell’appello una impugnazione sostitutiva che di regola conduce, sia pure subordinatamente all’onere della formulazione di specifici motivi, ad una sentenza che ridefinisce integralmente (per la parte impugnata: tantum devolutum quantum appellatum) la causa pendente, ripronunciandosi sullo stesso oggetto della sentenza di primo grado. Sebbene l’appello sia ormai configurato (tanto nel processo civile quanto in quello amministrativo) come revisio prioris istantiae e non come novum iudicium (cfr. [Cass., sez. un. 16 novembre 2017, n. 27199](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7033427&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)), la sentenza di appello, comunque, nei limiti delle censure dedotte, si esprime direttamente sull’esito da attribuire alla causa, sostituendo, in tutto o in parte, la sentenza di primo grado e ponendosi come nuova decisione idonea a passare in giudicato.

Pertanto, salvo il requisito della specificità dei motivi, l’oggetto del giudizio di appello si sovrappone - almeno potenzialmente, in relazione all’ampiezza della richiesta di riesame desumibile dall’atto di impugnazione e, appunto, dal complesso dei suoi motivi - all’oggetto del processo di primo grado, sì che la nuova sentenza di regola avrà - per effetto di questa ampia devoluzione della materia del primo giudizio al nuovo giudice - carattere sostitutivo.

16. Il principio della conversione delle cause di nullità in motivi di impugnazione è storicamente il frutto dell’evoluzione che, attraverso la fusione dei vizi della c.d. querela (o actio) nullitatis nell’appello, fa di quest’ultimo un mezzo di impugnazione a vocazione generale (o a critica libera), idoneo a far valere tutti i vizi della sentenza, sia quelli che ne determino l’ingiustizia, sia quelli che ne determinano l’invalidità. Solo nei rari casi di nullità-inesistenza (l’[art. 161, secondo comma, Cod. proc. civ.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20113828&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) prevede espressamente quello di mancata sottoscrizione del giudice), la particolare gravità del vizio non ammette sanatorie e ancora consente la proposizione di un’azione di nullità della sentenza, senza limiti di tempo.

17. L’[art. 105 Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) si colloca in questo quadro normativo-sistematico, recependo, anche nel processo amministrativo, la regola dell’effetto devolutivo/sostitutivo dell’appello e codificandone il principale corollario applicativo, che si traduce nella limitazione dei casi di annullamento con rinvio (in cui l’appello svolge eccezionalmente una funzione rescindente e non più sostitutiva) ad un numero limitato ed eccezionali di ipotesi.

18. L’art. 105 trova il suo diretto antecedente nell’[art. 35 della legge n. 1034 del 1971](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2072907&idUnitaDoc=6294000&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) (e prima ancora nell’articolo 19 della legge 10 maggio 1890, n. 6837 - su cui ebbe ad incidere la legge 7 marzo 1907, n. 62, istitutiva della Quinta Sezione - e nell’articolo 22 del testo unico 26 giugno 1924, n. 1058, che disciplinavano l’impugnazione delle decisioni delle giunte provinciali amministrative dinanzi al Consiglio di Stato).

L’[art. 35 legge n. 1034 del 1971](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2072907&idUnitaDoc=6294000&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) aveva generato non pochi dubbi applicativi, principalmente dovuti: al significato da attribuire alle due espressioni “difetto di procedura” e “vizio di forma”; alla previsione testuale del rinvio solo in caso di erronea dichiarazione di incompetenza (e non anche di erronea declinatoria di giurisdizione); all’assenza di ogni riferimento esplicito all’erronea dichiarazione di estinzione e di perenzione del giudizio.

19. L’[art. 105 Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) supera molte delle incertezze interpretative legate alla norma previgente e, recependo in gran parte le acquisizioni cui era già approdata in via interpretativa la giurisprudenza amministrativa, chiarisce che l’annullamento con rinvio può avvenire “soltanto” se l’error in procedendo abbia determinato la mancanza del contraddittorio, la violazione del diritto di difesa o un caso di nullità della sentenza.

Sempre in un’ottica di continuità rispetto alle acquisizioni giurisprudenziali, l’art. 105, inoltre, estende testualmente l’annullamento con rinvio all’erronea dichiarazione (oltre che dell’incompetenza) anche della giurisdizione (codificando, così, il principio già enunciato dalla sentenza dell’Adunanza plenaria 8 novembre 1996, n. 23).

L’espressa inclusione tra i casi di annullamento con rinvio della erronea dichiarazione di estinzione (e di perenzione) determina, invece, un momento di discontinuità rispetto al precedente indirizzo giurisprudenziale, che aveva ritenuto consumato il grado di giudizio (e, quindi, esclusa la rimessione al primo giudice) anche nei casi di estinzione e di perenzione (cfr. [Cons. Stato, sez. IV, 8 luglio 2003, n. 4046](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1463590&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

20. Le appena richiamate ipotesi di annullamento con rinvio hanno carattere tassativo e natura eccezionale, perché rappresentano una deroga al principio devolutivo dell’appello (che di regola è un mezzo sostitutivo e non eliminatorio), e non consentono, pertanto, interpretazioni analogiche o estensive.

21. Sul piano testuale, la natura eccezionale dei casi di rinvio è scolpita con nettezza dell’utilizzo dell’avverbio “soltanto”, dal quale si ricava, argomentando a contrario, che la regola è quella secondo cui il giudice d’appello, quando riscontra un errore o un vizio della sentenza, non annulla, ma riforma la sentenza e si pronuncia sul ricorso di primo grado, anche eventualmente esaminando per la prima volta questioni (di rito o di merito) che nel giudizio di primo grado non sono mai state esaminate, in quanto ritenute erroneamente assorbite o precluse dall’accoglimento di un’eccezione pregiudiziale.

22. In senso contrario, al fine di attenuare il rapporto tra regola ed eccezione così delineato, non vale obiettare che nell’individuazione dei casi di rinvio l’art. 105 utilizzerebbe clausole “indeterminate” o “aperte”, che consentirebbero, rispetto al previgente [art. 35 della legge n. 1034 del 1971](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2072907&idUnitaDoc=6294000&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), maggiori margini di flessibilità con conseguente ampliamento dei casi di rinvio.

In realtà, le espressioni utilizzate dall’art. 105, comma 1, per individuare i casi di annullamento con rinvio non risultano “aperte” o “indeterminate”: sono, invece, formule “chiuse” e “determinate”, che confermano e rafforzano il principio di tassatività.

In particolare, attraverso le espressioni “mancanza del contraddittorio” e “lesione del diritto di difesa” (che, più delle altre, hanno sollevato sospetti di indeterminatezza) , il legislatore ha individuato, sia pure senza ricorrere alla tecnica normativa della descrizione analitica delle singole fattispecie, un insieme chiuso, determinato e tipico di vizi, identificabili (pur con l’ineliminabile apporto dell’interpretazione giurisprudenziale) attraverso una regola di giudizio che non presenta profili di vaghezza o indeterminatezza.

L’individuazione dei casi di mancanza del contraddittorio o di violazione del diritto di difesa, come si vedrà funditus nel prosieguo, è rimessa a criteri determinati e identificabili attraverso le singole e puntuali norme processuali che prescrivono, con sfumature diverse secondo l’incedere del processo, le garanzie del contraddittorio e del diritto di difesa. Tali nozioni, del resto, hanno ricevuto nella costante giurisprudenza del Consiglio di Stato una interpretazione chiara, rigorosa, tendenzialmente tipizzante, proprio per evitare che l’erosione della tassatività aprisse una imprevedibile incertezza nel rapporto tra giudizio di primo e di secondo grado e un allungamento indefinito del giudizio, con l’estensione delle ipotesi di rinvio, e con un allontanamento di quel bene ultimo, al quale deve pervenire il processo, e cioè il giudicato sostanziale.

L’impiego di una tecnica normativa non analitica, ma sintetica, è giustificata dall’ineliminabile rischio di incompletezza che ogni elencazione analitica reca con sé. Da qui la scelta del legislatore di utilizzare formule di sintesi (“mancanza del contraddittorio” o “violazione del diritto di difesa”), che non presentano, però, i profili di indeterminatezza valutativa tipici della clausole “aperte”. Affidare l’individuazione di una regola di procedura a clausole “aperte” o “indeterminate” sarebbe, del resto, un’operazione difficilmente compatibile con l’esigenza di certezza e di prevedibilità che, specie in materia processuale, deve essere assicurata al più alto livello possibile.

23. La tassatività che caratterizza l’elenco dell’art. 105 trova poi una ulteriore conferma nel riferimento esplicito e puntuale che la disposizione fa ai casi di erronea dichiarazione di estinzione e di perenzione.

La norma, in questo caso analitica, esprime, oltre che una volontà “positiva” (includere perenzione ed estinzione tra i casi di regressione), anche una chiara volontà “negativa”: la scelta, cioè, di escludere dai casi di annullamento con rinvio tutte le ipotesi di erronea chiusura in rito del processo (irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità) diverse rispetto a quelle espressamente tipizzate (estinzione e perenzione). Omissis

26. Va aggiunto che l’[art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595424&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) prevede testualmente “che si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell’atto di appello”. L’onere di espressa riproposizione delle domande non esaminate (a prescindere dalla ragione che ne ha determinato il mancato esame) rappresenta la coerente applicazione del principio devolutivo/sostitutivo del giudizio di appello ed esclude che il mancato esame di una domanda (o il suo erroneo assorbimento) possa determinare un’ipotesi di annullamento con rinvio, atteso che, altrimenti, detto onere di riproposizione non avrebbe alcuna giustificazione.

27. Coerente con la tassatività dei casi di annullamento con rinvio è, infine, il riferimento che l’art. 105 fa alla “nullità della sentenza”, sia pure, in questo caso, con qualche profilo di maggiore criticità.

La categoria della nullità degli atti processuali soggiace, invero, ad un principio di tassatività tendenziale, enunciato dall’[art. 156, primo comma, Cod. proc. civ.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20113823&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) (da ritenersi principio generale del processo ai sensi del rinvio esterno di cui all’[art. 39 Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595339&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)) in forza del quale la nullità può essere dichiarata solo se è comminata dalla legge (nullità testuale).

La rigida tassatività delle nullità processuali è, tuttavia, ridimensionata dal secondo comma dello stesso [art. 156 Cod. proc. civ.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20113823&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), che consente di pronunciare comunque la nullità (anche in assenza di una puntuale previsione testuale), “quando l’atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo”, introducendo così, anche in materia processuale, una ipotesi di nullità “virtuale”.

Va, tuttavia, rimarcato il carattere eccezionale della nullità processuale virtuale, che, richiedendo la carenza di requisiti formali, opera solo per le nullità “formali” (e non per quelle c.d. extraformali) e postula, inoltre, che la forma mancata sia “indispensabile” ai fini del raggiungimento dello scopo cui l’atto è preordinato. Eccezionalità indirettamente ribadita dall’[art. 156, terzo comma, Cod. proc. civ.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20113823&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), secondo cui la nullità non può essere mai pronunciata se l’atto ha raggiunto lo scopo cui è destinato.

28. La tassatività dei casi di annullamento con rinvio riceve conferma anche sul piano sistematico e dei principi: oltre a rappresentare, come si è già evidenziato, il naturale corollario del principio dell’effetto devolutivo dell’appello, si ricollega a sostanziali esigenze di effettività della tutela e di ragionevole durata del processo, evitando che gli errori del giudice possano determinare, a danno delle parti, l’azzeramento del processo e la moltiplicazione dei gradi di giudizio.

Come ha affermato anche la Corte costituzionale (cfr. [Corte cost. 12 marzo 2007, n. 77](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1631240&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)), il principio di ragionevole durata del processo, per quanto rivolto al legislatore, ben può fungere da parametro interpretativo con riguardo a quelle norme processuali le quali - rispetto al fine primario del processo che consiste nella realizzazione del “diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa” - prevedano rallentamenti o tempi lunghi, inutili passaggi di atti da un organo all’altro, formalità superflue non giustificate da garanzie difensive né da esigenze repressive o di altro genere.

29. Va, inoltre, evidenziato che la natura eccezionale dei casi di annullamento con rinvio non trova alcun ostacolo nel principio del doppio grado di giudizio e, contrariamente a quanto a volte si sostiene per ampliare le ipotesi di rimessione al primo giudice, non ne costituisce una deroga.

Il doppio grado di giudizio non richiede, infatti, una doppia pronuncia sul merito, ma semplicemente che il giudice valuti gli atti processuali ed emetta un giudizio.

Ciò avviene, oltre che quando entra nel merito dell’affare, anche in quei casi in cui il rapporto processuale si chiude con una pronuncia dichiarativa dell’assenza di un presupposto processuale o di una condizione dell’azione. Alla luce del carattere rinnovatorio del giudizio di appello, il rinvio al primo giudice, invocato ad apparente tutela del doppio grado, in realtà si atteggia come eccezione a tale principio, perché contraddice la plena cognitio del giudice di appello una volta che il primo giudice abbia consumato il proprio grado di giurisdizione.

Ne discende che interpretazioni estensive o persino analogiche dell’[art. 105 Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) non realizzerebbero un corretto bilanciamento fra i valori costituzionali in gioco e finirebbero per produrre una ingiustificata violazione del principio della ragionevole durata del processo e dell’effettività della tutela [(artt. 24](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843191&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) e [111 Cost.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843361&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)), in quanto la regressione del processo allo stato iniziale (apparentemente volta a garantire alla parte che in primo grado non ha ottenuto una decisione sul merito della domanda proposta) determinerebbe in realtà l’allontanamento sine die di una valida pronuncia sul merito e, quindi, una sostanziale attenuazione, se non una vanificazione dell’effettività della tutela.

Diversamente opinando, in nome di un malinteso senso garantistico del doppio grado del giudizio, si produrrebbe un risultato che andrebbe a ritorcersi contro la parte stessa, la quale, in nome di questo astratto principio (il doppio grado del giudizio nel merito), verrebbe costretta a tornare davanti al primo giudice, dopo l’annullamento con rinvio, e sarebbe onerata di un defatigante percorso ad ostacoli tra primo e secondo grado (con ben quattro o, nei casi di reiterato errore, sei e forse più gradi di giudizio).

30. Furono, del resto, proprio le preoccupazioni legate alla vanificazione del valore costituzionale dell’effettività della tutela che indussero in passato l’Adunanza generale di questo Consiglio di Stato a proporre, de jure condendo, la radicale eliminazione dell’istituto dell’annullamento con rinvio nel giudizio amministrativo. Si fa riferimento, in particolare, al parere n. 236/94 del 6 ottobre 1994 sullo schema di disegno di legge sulla riforma del processo amministrativo, che suggerì l’abrogazione dell’[art. 35 della l. n. 1034 del 1971](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2072907&idUnitaDoc=6294000&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), con l’obbligo, una volta riformata la sentenza impugnata, di decidere “sempre senza rinvio”, e tanto per “così evitare che il Consiglio di Stato annulli con rinvio, prolungando così il giudizio di altri due possibili gradi”.

Anche nel 1990, rendendo il parere n. 16/89 dell’8 febbraio 1990 su analogo disegno di legge in ordine alla riforma del processo amministrativo, l’Adunanza generale aveva osservato che “l’annullamento con rinvio presenta l’inconveniente di dar luogo a quattro gradi di giudizio, oltre a mantenere in vita la distinzione tra vizi di procedura che possono, oppure no, dar luogo a rinvio”.

31. L’esigenza di evitare inutili e defatiganti allungamenti dei tempi del processo (oggi ancor più rilevante alla luce dell’avvenuta costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo) assume un ruolo centrale per evitare interpretazioni dell’articolo 105 non consentite dalla sua puntuale portata letterale.

L’enfatico e suggestivo richiamo al doppio grado del giudizio, anche in chiave costituzionale, non risolve, quindi, il problema del rapporto tra la decisione del primo giudice e quella del secondo giudice. Questo rapporto deve trovare soluzione solo in una rigorosa e tassativa analisi dell’[articolo 105 Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) e delle altre disposizioni, sopra richiamate, in materia di appello.

Proprio l’esegesi puntuale dell’art. 105 non consente di includere tra i casi di annullamento con rinvio l’ipotesi oggetto dell’ordinanza di rimessione, in cui il giudice di primo grado abbia erroneamente dichiarato il ricorso irricevibile (ed identiche considerazioni valgono con riferimento all’erronea dichiarazione di inammissibilità e di improcedibilità). Omissis

34. L’erronea dichiarazione di inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità non determina, di per sé, una lesione del diritto di difesa o una violazione del contraddittorio.

35. Va, anzitutto, evidenziato che le formule “lesione del diritto di difesa” e “mancanza del contraddittorio”, pur non costituendo un’endiadi (perché ciascuna nozione ha un suo significato autonomo che non si risolve in quello dell’altra) sono ambedue riconducibili alle menomazione del contraddittorio lato sensu inteso. In entrambi i casi è mancata la possibilità di difendersi nel giudizio-procedimento, nel senso che lo svolgimento del giudizio risulta irrimediabilmente viziato, sicché il giudice è pervenuto a una pronuncia la cui illegittimità va riguardata non per il suo contenuto, ma per il solo fatto che essa sia stata resa, senza che la parte abbia avuto la possibilità di esercitare il diritto di difesa o di beneficiare dell’integrità del contraddittorio.

Nell’ambito di questa macro-categoria (di violazione del contradditorio in senso lato), l’ulteriore distinzione (fatta propria dal testo dell’[art. 105 Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)) tra mancanza del contradditorio in senso stretto e violazione del diritto di difesa attiene alla natura “genetica” o “funzionale” del vizio che ha inficiato lo svolgimento del giudizio-procedimento.

36. La “mancanza del contraddittorio” è così essenzialmente riconducibile all’ipotesi in cui doveva essere integrato il contraddittorio o non doveva essere estromessa una parte: il vizio è, quindi, genetico, nel senso che a causa della mancata integrazione del contraddittorio o della erronea estromissione, una o più parti vengono in radice e sin dall’inizio private della possibilità di partecipare al giudizio-procedimento.

Peraltro, in applicazione del principio della ragione più liquida, l’[art. 49, comma 2, Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595353&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) (applicabile anche nel giudizio di appello al fine di evitare un inutile annullamento con rinvio) consente al giudice di pronunciare anche a contraddittorio non integro quanto il ricorso risulti manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato. È evidente in tale previsione la ratio di economia processuale che consente di prescindere da incombenti inutili (l’integrazione del contraddittorio o il rinvio al primo giudice affinché disponga l’integrazione del contraddittorio) quando le risultanze già acquisite consentono di definire il giudizio in senso sfavorevole per la parte ricorrente (v. [Cons. Stato, ad. plen. 27 aprile 2015, n. 5](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4650695&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cons. Stato sez. IV, 1 giugno 2016, n. 2316](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=5174449&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); Cons. giust. amm. sic. 17 giugno 2016, n. 172; [Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 370](#/ricerca/giurisprudenza_documento?idDatabank=4&idDocMaster=3686841&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2013, n. 2893](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=3931457&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

37. La “lesione del diritto di difesa” fa riferimento, invece, ad un vizio (non genetico, ma) funzionale del contraddittorio, che si traduce nella menomazione dei diritti di difesa di una parte, che ha, tuttavia, preso parte al giudizio, perché nei suoi confronti il contraddittorio iniziale è stato regolarmente instaurato, ma, successivamente, nel corso delle svolgimento del giudizio, è stata privata di alcune necessarie garanzie difensive.

Le ipotesi sono tipiche e presuppongono la violazione di norme che prevedono poteri o garanzie processuali strumentali al pieno esercizio del diritto di difesa. Ad esempio, seguendo le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza amministrativa: a) la mancata concessione di un termine a difesa ([Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3787](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1736598&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)); b) l’omessa comunicazione della data dell’udienza ([Cons. Stato sez. V, 10 settembre 2014 n. 4616](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4363904&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cons. Stato sez. V, 28 luglio 2014 n. 4019](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4265322&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cons. Stato sez. IV 12 maggio 2014 n. 2416](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4349174&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1831](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=3885174&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)); c) l’erronea fissazione dell’udienza durante il periodo feriale ([Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2013, n. 5601](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4076116&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)); d) la violazione dell’[art. 73, comma 3, Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595385&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) per aver il giudice posto a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio e non prospettata alle parti (ex multis, [Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2974](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7002653&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2017, n. 2921](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=6266812&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2016 n. 478](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4903107&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2015, n. 3992](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4740995&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cons. Stato, sez. III, 19 marzo 2015, n. 1438](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4670793&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)); e) la definizione del giudizio in forma semplificata senza il rispetto delle garanzie processuali prescritte dall’[art. 60 Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595366&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) ([Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2010, n. 7982](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=463480&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2013, n. 5601](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4076116&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)); f) la sentenza pronunciata senza che fosse dichiarata l’interruzione nonostante la morte del difensore (Cons. giust. amm. sic. 10 giugno 2011, n. 409).

La violazione del diritto di difesa in tutte queste ipotesi avviene nel giudizio-procedimento, dove la parte non ha potuto difendersi; l’errore si annida nella procedura, e non nel contenuto della sentenza: il diritto di difesa, quindi, è leso nel giudizio e non dal giudizio.

38. Non possono rientrare in tale fattispecie le ipotesi nelle quali, dopo che la questione è stata sottoposta al dibattito processale, essa sia poi accolta e per effetto di ciò non si proceda all’esame del merito.

Il mancato esame del merito in questo caso costituisce una conseguenza dell’applicazione delle regole sull’ordine delle questioni sancito dagli [artt. 76, comma 4, Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595389&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) e 276, comma 2, Cod. proc. civ., che attengono alla fase di decisione della controversia ed operano, quindi, quando la dialettica processuale si è ormai svolta; la dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso non si traduce, quindi, in una pronuncia “a sorpresa” (o della terza via) che possa reputarsi lesiva del diritto di difesa.

L’effetto devolutivo e il sindacato sostitutivo fanno sì che il giudice d’appello, una volta ritenuta erronea la declaratoria di inammissibilità, di improcedibilità o di irricevibilità, possa e debba entrare nel merito della causa, proprio per garantire alla parte che si sia vista negare dal primo giudice, sulla base di ragioni erronee, una pronuncia sui motivi dedotti il formarsi di una pronuncia stabile e definitiva su tali motivi.

Omissis

45. Per quanto riguarda il rapporto tra l’erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del giudizio e l’obbligo di motivazione della sentenza, occorre evidenziare che errore di giudizio e difetto di motivazione non sono necessariamente sovrapponibili (potendo l’uno sussistere senza l’altro) e, in ogni caso, che il difetto di motivazione non costituisce (alla luce di un consolidato indirizzo che va in questa sede ribadito) un caso di rinvio al primo giudice.

Il carattere sostitutivo dell’appello consente sempre al giudice di secondo grado di correggere, integrare e completare la motivazione carente, contraddittoria o insufficiente e di pronunciarsi sul merito della causa.

46. Va, tuttavia, precisato che l’ipotesi della motivazione viziata (perché incompleta o contraddittoria) si differenzia da quella della motivazione radicalmente assente (o meramente apparente).

In questo caso, l’assenza o il difetto assoluto della motivazione, quale elemento indefettibile che consenta di rinvenire un concreto esercizio di potestas iudicandi ([art. 88 Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595408&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)), impedisce al giudice di appello di esercitare un qualsivoglia sindacato di tipo sostitutivo per essere mancata, nella sostanza, una statuizione sulla quale egli possa incidere, seppure nella forma di integrazione/emendazione delle motivazioni.

Non è possibile, infatti, lasciare al giudice dell’impugnazione il compito di integrare la motivazione sostanzialmente mancante con le più varie, ipotetiche congetture.

Il difetto assoluto di motivazione integra allora un caso di nullità della sentenza, per il combinato disposto degli [artt. 88,](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595408&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) comma 2, lett. d) e [105, comma 1, Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza). Anche alla luce del principio processuale di cui all’[art. 156, comma 2, Cod. proc. civ.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20113823&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) la motivazione rappresenta un requisito formale (oltre che sostanziale) indispensabile affinché la sentenza raggiunta il suo scopo.

47. Occorre sottolineare che il difetto assoluto di motivazione non si identifica con la motivazione illogica, contraddittoria, errata, incompleta o sintetica.

Si tratta, al contrario, di un vizio di ben più marcata gravità che dà luogo ad una sentenza abnorme ancor prima che nulla. A parte le ipotesi estreme (spesso dovute ad errori materiali in fase di redazione o pubblicazione della sentenza) di mancanza “fisica” o “grafica” della motivazione (ad esempio, la sentenza viene pubblicata solo con l’epigrafe e il dispositivo, lasciando in bianco la parte dedicata all’illustrazione delle ragioni della decisione), o di motivazione palesemente non pertinente rispetto alla domanda proposta (perché fa riferimento a parti, fatti e motivi totalmente diversi da quelli dedotti negli scritti difensivi), il difetto assoluto di motivazione coincide con la motivazione apparente, per tale dovendosi intendere la motivazione tautologica o assertiva, espressa attraverso mere formule di stile.

46. La motivazione è apparente quando a sostegno dell’accoglimento o non accoglimento del ricorso non individua neppure una ragione ulteriore rispetto alla generica affermazione della sua fondatezza o infondatezza, di cui, però, non viene dato conto e spiegazione, se non attraverso l’utilizzo di astratte formule di stile.

È “apparente”, ad esempio, la motivazione che richiama un generico orientamento giurisprudenziale senza illustrarne il contenuto, né direttamente, né indirettamente, attraverso la citazione di pertinenti precedenti conformi (ed è questo profilo che differenzia, invece, la motivazione in forma semplificata che in base agli [art. 74 Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595386&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) e 118 disp. att. Cod. proc. civ. può avvenire anche attraverso il richiamo ad un precedente conforme).

47. Più in generale, la motivazione è apparente quando sussistono anomalie argomentative di gravità tale da porre la motivazione al di sotto del “minimo costituzionale” che si ricava dall’[art. 111, comma 5, Cost.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843361&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) (“Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”).

Pertanto, dà luogo a nullità della sentenza solo l’anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all’esistenza della motivazione in sé. Esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di “sufficienza” della motivazione”, tale anomalia si identifica, oltre che nella mancanza assoluta di motivi sotto l’aspetto materiale e grafico, nel contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, nella motivazione meramente assertiva, tautologica, apodittica, oppure obiettivamente incomprensibile (in senso conforme anche l’orientamento della giurisprudenza civile: cfr. [Cass. civ. sez. un. n. 7 aprile 2014, n. 8053](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=4227980&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cass. sez. un. 3 novembre 2016, n. 22232](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=5228628&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [Cass. civ., sez. VI, 22 febbraio 2018, n. 4294](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7354759&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

È una motivazione, in altri termini, che, quale che sia la formulazione linguistica concretamente utilizzata, non reca in sé alcuna enunciazione delle ratio decidendi, limitandosi ad affermare in maniera apodittica e tautologica che il ricorso merita o non merita accoglimento perché fondato o infondato.

La motivazione apparente non è sindacabile dal giudice, in quanto essa costituisce un atto d’imperio immotivato, e dunque non è nemmeno integrabile, se non con il riferimento alle più varie, ipotetiche congetture, ma una sentenza “congetturale” è, per definizione, una non-decisione giurisdizionale - o, se si preferisce e all’estremo opposto, un atto di puro arbitrio - e, quindi, un atto di abdicazione alla potestas iudicandi.

In quest’ottica va precisato che la nullità della sentenza per difetto assoluto di motivazione riguarda non solo le sentenze di rito (irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità), ma anche quelle che recano un dispositivo di merito (accoglimento o rigetto del ricorso) non sorretto da una reale motivazione. Rispetto al difetto assoluto di motivazione, invero, la nullità della sentenza prescinde dalla differenza tra pronunce di rito e pronunce di merito.

48. È opportuno chiarire che il difetto assoluto di motivazione deve essere valutato e apprezzato con riferimento alla sentenza nella sua globalità rispetto al ricorso proposto unitariamente inteso, e non in maniera parcellizzata o frammentata, facendo riferimento ai singoli motivi o alle singole domande formulate all’interno di esso.

Deve, infatti, essere confermato l’orientamento giurisprudenziale secondo cui l’omesso esame di un motivo o anche di una fra le più domande proposte (così come la mancanza della motivazione rispetto ai singoli motivi o a rispetto a una delle domande proposte) non rientra fra le ipotesi di annullamento con rinvio previste dall’[art. 105 Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)

49. Tale conclusione si impone alla luce dell’[art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595424&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), il quale nel prevedere che “si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano espressamente riproposte nell’atto di appello”, chiaramente esclude che l’omessa esame di una domanda (e a maggior ragione di un motivo) possa determinare una regressione al primo giudice.

Lo stesso articolo 101, comma 2, stabilisce che per le parti diverse dall’appellante principale la riproposizione delle domande non esaminate (o assorbite) può avvenire anche con semplice memoria difensiva, senza necessità di appello incidentale. Viene, in tal modo codificato, un indirizzo interpretativo che la giurisprudenza amministrativa aveva affermato anche prima dell’entrata in vigore del Codice, sul presupposto che in caso di omessa pronuncia su una specifica ed autonoma domanda (che implica la violazione della regola della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato) l’appellato - risultato vittorioso in ordine ad una domanda - non è costretto a cominciare ex novo un giudizio di primo grado e non è tenuto a proporre una formale impugnazione incidentale, perché manca il presupposto della soccombenza, e può, quindi, riproporre in grado di appello la domanda non esaminata, mediante uno scritto difensivo che la richiami esplicitamente e superi la presunzione di rinuncia (in questi termini cfr. [Cons. Stato, Ad. plen. 20 dicembre 2002, n. 8](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1425884&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), che aveva già ritenuto applicabile l’[art. 346 Cod. proc. civ.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=3948143&idUnitaDoc=20114067&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), contenente una previsione analoga a quella ora inserita nell’[art. 105, comma 2, Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

La violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato non è, quindi, equiparabile ad una ipotesi di violazione del diritto di difesa: in questo caso, infatti, la parte non lamenta di non essersi potuta difendere nel corso del procedimento, ma lamenta un vizio che attiene al contenuto della decisione, che risulta incompleto rispetto ai motivi o alle domande proposte.

50.-56. Omissis

57. Alla luce delle considerazioni che precedono, l’Adunanza plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

1. In coerenza con il generale principio dell’effetto devolutivo/sostitutivo dell’appello, le ipotesi di annullamento con rinvio al giudice di primo grado previste dall’[*art. 105 Cod. proc. amm.*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza) hanno carattere eccezionale e tassativo e non sono, pertanto, suscettibili di interpretazioni analogiche o estensive.

2. L’erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso di primo grado non costituisce, di per sé, un caso di annullamento con rinvio, in quanto la chiusura in rito del processo, per quanto erronea, non determina, ove la questione pregiudiziale sia stato oggetto di dibattitto processuale, la lesione del diritto di difesa, né tanto meno un caso di nullità della sentenza o di rifiuto di giurisdizione.

3. La violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, anche quando si sia tradotta nella mancanza totale di pronuncia da parte del giudice di primo grado su una delle domande del ricorrente, non costituisce un’ipotesi di annullamento con rinvio; pertanto, in applicazione del principio dell’effetto sostitutivo dell’appello, anche in questo caso, ravvisato l’errore del primo giudice, la causa deve essere decisa nel merito dal giudice di secondo grado.

4. Costituisce un’ipotesi di nullità della sentenza che giustifica l’annullamento con rinvio al giudice di primo grado il difetto assoluto di motivazione. Esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di “sufficienza” della motivazione”, tale anomalia si identifica, oltre che nella mancanza assoluta di motivi sotto l’aspetto materiale e grafico, nel contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, nella motivazione meramente assertiva, tautologica, apodittica oppure obiettivamente incomprensibile: quando, cioè, le anomalie argomentative sono di gravità tale da collocare la motivazione al di sotto del “minimo costituzionale” di cui all’[*art. 111, comma 5, Cost.*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&idDocMaster=167881&idUnitaDoc=843361&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)

5. La disciplina dei rapporti tra giudice di primo grado e giudice d’appello ha natura indisponibile, il che implica che, fermo restando l’onere di articolare specifici motivi di appello e il generale principio di conversione della nullità in motivi di impugnazione, nei casi di cui all’[*art. 105 Cod. proc. amm.*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), il giudice d’appello deve procedere all’annullamento con rinvio anche se la parte omette di farne esplicita richiesta o chiede espressamente che la causa sia direttamente decisa in secondo grado. Viceversa, nei casi in cui non si applica l’[*art. 105 Cod. proc. amm.*](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza), la possibilità per il giudice di appello di pronunciarsi sulla domande o sulle domande non esaminate in primo grado o erroneamente dichiarate irricevibili, inammissibili o improcedibili, presuppone necessariamente che, ai sensi dell’art. 101, comma 2, tali domande siano oggetto di rituale riproposizione, operando, altrimenti, la presunzione di rinuncia stabilita dallo stesso articolo, con conseguente inammissibilità per difetto di interesse dell’appello proposto senza assolvere all’onere di riproposizione.

58. Il Collegio, enunciati i principi di cui ai punti che precedono, restituisce, anche per la statuizione sulle spese della presente fase, il giudizio alla Sezione rimettente, ai sensi dell’[articolo 99, comma 4, Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595421&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, enuncia i principi di diritto di cui ai punti 1, 2, 3, 4, e 5 del paragrafo 57 della motivazione e rimette, per il resto, il giudizio alla Sezione rimettente ai sensi dell’[art. 99, comma 4, Cod. proc. amm.](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595421&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

# 10. Il giudizio di ottemperanza

## 10.1. Consiglio di Stato, Ad. Pl., Sent. 25 maggio 2021, n. 8

1.1. Omissis

2.1. Riuniti i due appelli, la Quarta Sezione ha rimesso la decisione sui medesimi a questa Adunanza plenaria, perché possano essere definiti i seguenti punti di diritto:

a) “se la nomina del commissario *ad acta* (disposta ai sensi dell’art. 117, comma 3, c.p.a.) oppure il suo insediamento comportino - per l’amministrazione soccombente nel giudizio proposto avverso il suo silenzio - la perdita del potere di provvedere sull’originaria istanza, e dunque se l’amministrazione possa provvedere tardivamente rispetto al termine fissato dal giudice amministrativo, fino a quando il commissario *ad acta* eserciti il potere conferitogli (e, nell’ipotesi affermativa, quale sia il regime giuridico dell’atto del commissario *ad acta*, che non abbia tenuto conto dell’atto tardivo ed emani un atto con questo incoerente)”;

b) “per il caso in cui si ritenga che sussista - a partire da una certa data - esclusivamente il potere del commissario *ad acta*, quale sia il regime giuridico dell’atto emanato tardivamente dall’amministrazione”.

La Sezione remittente sottopone inoltre alla valutazione di questa Adunanza plenaria se, per la soluzione dei quesiti, “occorra affrontare anche le questioni che possono sorgere quando la nomina del commissario *ad acta* sia disposta non con una sentenza che si sia pronunciata sul silenzio dell’amministrazione, ma con una sentenza di cognizione (anche di annullamento dell’atto impugnato) resa ai sensi dell’art. 34, comma 1, lett. e), o con una sentenza resa nell’esercizio della giurisdizione di merito ai sensi dell’art. 114, comma 4, lett. d), del codice del processo amministrativo”.

2.2. L’ordinanza di rimessione si pone, innanzi tutto, il problema “se, nel regime giuridico attuale, sia possibile individuare una disciplina unitaria, composta da principi e regole comuni, per il commissario *ad acta*, in relazione alle diverse tipologie di giudizi nei quali esso è nominato (giudizio di ottemperanza, giudizio sul silenzio e giudizio cautelare)”.

Quanto agli specifici quesiti sottoposti a questa Adunanza plenaria, l’ordinanza richiama i diversi orientamenti giurisprudenziali in materia:

- innanzi tutto, un risalente orientamento, secondo il quale il potere-dovere dell’amministrazione di dare esecuzione alla pronuncia verrebbe meno già dopo la nomina del commissario *ad acta*;

- altro orientamento ritiene che il c.d. esautoramento dell’organo inottemperante si verificherebbe solo con l’operatività dell’investitura commissariale ovvero dopo il suo “insediamento”, che attuerebbe il definitivo trasferimento del *munus* pubblico dall’ente che ne è titolare per legge a quello che ne diviene titolare in ragione della sentenza del giudice amministrativo;

- un ulteriore orientamento, in base al quale la competenza commissariale rimane concorrente con quella dell’amministrazione, che continua ad operare nell’ambito delle attribuzioni che la legge le riconosce e che non prevede siano estinte con l’insediamento del commissario.

L’ordinanza ricorda, inoltre, che i primi due orientamenti sopra riportati considerano “nulli” gli atti adottati dall’amministrazione, mentre il terzo orientamento ritiene legittimo - ovviamente, in relazione allo specifico profilo inerente al potere di emanarlo - l’atto adottato dall’amministrazione dopo la nomina e/o insediamento del commissario *ad acta*.

Il giudice rimettente, con una pluralità di argomentazioni, propende per la tesi della conservazione del potere in capo all’amministrazione, affermando (pag. 13) che “salva una diversa, chiara ed univoca statuizione del giudice che ha nominato il commissario, l’organo istituzionalmente competente possa e debba provvedere”, potendosi risolvere ogni eventuale divergenza o mancanza di collaborazione tra amministrazione e commissario *ad acta* ”mediante la richiesta di chiarimenti al giudice amministrativo”.

In questi sensi, “non si pone alcuna questione di validità dei provvedimenti e degli atti emanati dall’amministrazione, dopo la nomina o l’insediamento del commissario *ad acta*” (pag. 14).

Allo stesso tempo, l’ordinanza pone il problema del “regime giuridico degli atti adottati dal commissario *ad acta* dopo che il Comune ha provveduto”.

3. Dopo il deposito effettuato dalle parti di memorie e repliche, all’udienza pubblica di trattazione la causa è stata riservata in decisione.

DIRITTO

4. L’Adunanza plenaria ritiene che l’amministrazione, che è risultata soccombente in sede giurisdizionale, non perda il proprio potere di provvedere, pur in presenza della nomina e dell’insediamento di un commissario *ad acta* al quale è conferito il potere di provvedere per il caso di sua inerzia nell’ottemperanza al giudicato (ovvero nell’adempimento di quanto nascente da sentenza provvisoriamente esecutiva ovvero da ordinanza cautelare), e fino a quando lo stesso non abbia provveduto.

Fino a tale momento, si verifica, dunque, una situazione di esercizio concorrente del potere da parte dell’amministrazione, che ne è titolare *ex lege*, e da parte del commissario, che, per ordine del giudice, deve provvedere in sua vece.

5.1. Come è noto, l’art. 21 del codice del processo amministrativo (nell’ambito del Capo VI, dedicato agli “ausiliari del giudice”), prevede che “nell’ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all’amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario *ad acta*”.

Le ipotesi nelle quali il Codice prevede tale nomina sono rappresentate:

- dall’art. 34, comma 1, lett. e), secondo il quale il giudice “dispone le misure idonee ad assicurare l’attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l’ottemperanza”;

- dall’art. 114, comma 4, lett. d), in base al quale il giudice dell’ottemperanza “nomina, ove occorra, un commissario *ad acta*”;

- dall’art. 117, comma 3, secondo il quale, nell’ambito del giudizio sul silenzio dell’amministrazione, “il giudice nomina, ove occorra, un commissario *ad acta* con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente, su istanza della parte interessata”;

- dall’art. 59, relativo alla “esecuzione delle misure cautelari”, che consente, laddove i provvedimenti cautelari non siano in tutto o in parte eseguiti, che il giudice, su istanza motivata dell’interessato, eserciti “i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza”, e dunque possa disporre anche la nomina di un commissario *ad acta*.

Dall’esame delle disposizioni innanzi riportate, appare innanzi tutto evidente la natura del commissario *ad acta* quale “ausiliario del giudice”, che procede alla sua nomina laddove debba “sostituirsi all’amministrazione”.

La nomina del commissario *ad acta*, dunque, si fonda su due presupposti normativamente indicati e, precisamente:

- che il giudice debba sostituirsi all’amministrazione;

- che tale circostanza si verifichi nell’ambito della giurisdizione del giudice medesimo, così come definita dalle norme che la attribuiscono.

Tali circostanze, oltre a costituire i presupposti per la nomina del commissario *ad acta*, definiscono anche il perimetro dei compiti del medesimo, che coincide con i confini della giurisdizione del giudice che lo ha nominato e nel cui ambito il commissario agisce.

Diversamente, dunque, dagli altri ausiliari previsti dal Codice, quali il verificatore ed il consulente tecnico, che assistono il giudice “per il compimento di singoli atti o per tutto il processo” e dunque svolgono compiti strumentali e antecedenti alla pronuncia della sentenza (alla quale sono finalizzati), il commissario *ad acta* svolge compiti ausiliari del giudice “dopo” la decisione, laddove questi, nell’ambito della propria giurisdizione, “deve sostituirsi all’amministrazione”.

E ciò avviene - come si evince dalle disposizioni del Codice innanzi riportate - tutte le volte in cui il comando espresso dalla sentenza passata in giudicato o dotata di provvisoria esecutività (e non sospesa), ovvero il comando espresso dall’ordinanza cautelare, non venga eseguito dall’amministrazione, con pregiudizio per l’effettività e la pienezza della tutela della situazione soggettiva della quale è titolare la parte vincitrice nel giudizio di cognizione; tutela che, per realizzarsi pienamente, ha bisogno della necessaria attività dell’amministrazione.

Il commissario *ad acta* è, quindi, funzionale all’effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione, in attuazione degli artt. 24 e 113 Cost., nonché degli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.

La disciplina normativa, nel definire espressamente, come si è visto, il commissario *ad acta* quale ausiliario del giudice, esclude, al tempo stesso, che a questi possa essere riconosciuta la natura di organo (straordinario) dell’amministrazione.

E ciò ricorre anche nei casi in cui il commissario, più che dare seguito a specifici aspetti già definiti dalla pronuncia in un’ottica *stricto sensu* esecutiva, per le finalità del proprio incarico esercita poteri discrezionali, come nel caso in cui, stante la perdurante inerzia dell’amministrazione, egli debba provvedere sulla istanza del cittadino o dell’impresa, senza che la sentenza abbia determinato il contenuto del potere da esercitare.

La natura esclusiva di ausiliario del giudice, peraltro, era già stata affermata, anteriormente all’entrata in vigore del codice del processo amministrativo, sia dalla Corte costituzionale, sia da questa stessa Adunanza plenaria.

La Corte costituzionale, con sentenza 12 maggio 1977, n. 75, ha a suo tempo affermato che:

“il giudice amministrativo, sia che sostituisca la propria decisione all’omesso provvedimento della pubblica amministrazione, che vi era tenuta in forza del giudicato formatosi nei suoi confronti, come più spesso suole accadere quando si tratti di atto vincolato; sia che ingiunga alla amministrazione medesima di provvedere essa stessa, entro un termine all’uopo prefissatole e con le modalità specificate in sentenza; sia infine che disponga la nomina di un commissario per l’ipotesi che il termine abbia a decorrere infruttuosamente, esplica sempre attività di carattere giurisdizionale (“decide pronunciando anche in merito”, come si esprime l’art. 27, comma primo, del citato testo unico del 1924, riferendosi testualmente al Consiglio di Stato “in sede giurisdizionale”). Né fa differenza, sotto questo aspetto... che la nomina del commissario sia operata dal giudice amministrativo direttamente, ovvero attraverso l’interposizione di un organo amministrativo..., poiché in tal caso a quest’ultimo viene semplicemente demandata la scelta della persona, e non già conferito il potere di agire in via sostitutiva per mezzo di un “suo” commissario, come si verifica invece quando sia l’organo di controllo, di propria iniziativa, ad inviare un commissario *ad acta* presso amministrazioni sottoposte alla sua vigilanza.

Procedendo, pertanto, direttamente o indirettamente, alla nomina di un commissario, il giudice amministrativo non si surroga all’organo di controllo, ma pone in essere un’attività qualitativamente diversa da quella che quest’ultimo avrebbe istituzionalmente il potere-dovere di esplicare nell’ipotesi di omissione da parte degli enti locali di atti obbligatori per legge, tra i quali rientrano bensì, ma senza esaurirne la specie, quelli da adottare per conformarsi ad un giudicato: potere-dovere che, comunque, preesiste alla pronuncia emessa nel giudizio di ottemperanza ed è da questa indipendente. Ed a sua volta, l’attività del commissario, pur essendo, praticamente, la medesima che avrebbe dovuto essere prestata dall’amministrazione, o in ipotesi da un commissario *ad acta* inviato dall’organo di controllo, ne differisce tuttavia giuridicamente, perché si fonda sull’ordine contenuto nella decisione del giudice amministrativo, alla quale è legata da uno stretto nesso di strumentalità”.

Anche questa Adunanza plenaria, con decis[i]one 14 luglio 1978, n. 23, precisato che il giudizio di ottemperanza risponde all’esigenza “del completamento della tutela giurisdizionale nella fase esecutiva della decisione”, afferma che con tale giudizio “il giudice amministrativo si sostituisce all’amministrazione inadempiente ponendo in essere l’attività che questa avrebbe dovuto compiere per realizzare concretamente gli effetti scaturenti dalla sentenza da eseguire, conformando la realtà alle relative statuizioni”.

In definitiva, può affermarsi che il commissario *ad acta* è, sul piano della qualificazione soggettiva, ausiliario del giudice e ritrae i propri poteri dall’atto di nomina al fine di rendere effettiva la tutela giurisdizionale, adeguando la realtà giuridica e fattuale al comando contenuto nella pronuncia. Tale comando costituisce il contenuto ed il limite del potere del commissario *ad acta*, che ad esso (solo ad esso e nei limiti di quanto prescritto) deve dare attuazione.

Sul piano oggettivo dell’attività concretamente posta in essere, esso agisce in virtù di un potere, normativamente previsto, fondato sull’esigenza dell’attuazione delle decisioni giurisdizionali in quanto funzionali a rendere concreta ed effettiva della tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive.

Ciò comporta che la fonte del potere del commissario *ad acta* è riconducibile, quanto all’investitura, all’atto di nomina e, quanto al contenuto, alla sentenza (o comunque al provvedimento giurisdizionale della cui esecuzione si tratta).

In conclusione, non può essere riconosciuta al commissario *ad acta*, nemmeno in via “aggiuntiva”, la natura di organo straordinario dell’amministrazione (dovendosi, in tal senso, precisare quanto - peraltro incidentalmente - affermato da C.d.S., Ad. plen., 9 maggio 2019, n. 7, che riconosce invece al commissario una “duplice veste di ausiliario del giudice e di organo straordinario dell’amministrazione”), e ciò in quanto:

- per un verso, la natura di ausiliario del giudice del commissario *ad acta* è l’unica normativamente riconosciuta e definita;

- per altro verso, gli organi amministrativi, quanto alla loro esistenza, natura e competenza (poteri) sono istituiti dalla legge, mentre, diversamente opinando, ricorrerebbe in questo caso l’ipotesi di un organo amministrativo di fonte giurisdizionale;

- per altro verso ancora, il compito del commissario *ad acta* non è quello di esercitare poteri amministrativi funzionalizzati alla cura dell’interesse pubblico, bensì quello di dare attuazione alla pronuncia del giudice, anche eventualmente attraverso l’esercizio di poteri amministrativi non esercitati, dei quali il comando contenuto in sentenza (o nell’ordinanza) costituisce il fondamento genetico e l’approdo funzionale;

- da ultimo, non è necessario ipotizzare la natura di organo straordinario dell’amministrazione per giustificare l’imputazione alla sua sfera giuridica degli effetti dell’agire del commissario, trovando questi fonte e giustificazione direttamente nel provvedimento giurisdizionale.

L’Adunanza plenaria non ignora il risalente dibattito sulla natura soggettiva del commissario *ad acta*, figura che - come ricorda anche l’ordinanza di rimessione - ha nel tempo oscillato tra le distinte nature di organo straordinario dell’amministrazione, ausiliario del giudice, soggetto con duplice natura (ausiliario del giudice e organo straordinario): un dibattito storicamente comprensibile, che ha accompagnato la progressiva definizione dell’istituto, esso stesso di origine giurisprudenziale (a partire da C.d.S., Sez. IV, 9 marzo 1928, n. 181), fino alla sua piena affermazione sia sul piano della previsione normativa (ora art. 21 c.p.a.), sia sul piano dell’ambito di intervento, oggi praticamente esteso ad ogni necessità di ottemperanza e/o esecuzione del provvedimento giurisdizionale dotato di forza esecutiva, secondo quanto prescritto dall’art. 112 c.p.a.

Attualmente, ed in modo inequivocabile, la conquistata definizione normativa dell’istituto ne definisce espressamente la natura soggettiva, che è quella (esclusivamente) di ausiliario del giudice.

5.2. Tale natura di ausiliario del giudice non è revocata in dubbio dal fatto che il commissario *ad acta*, nel dare esecuzione alla decisione del giudice, debba adottare atti amministrativi, anche di natura provvedimentale, e ciò anche effettuando, in luogo dell’amministrazione inadempiente, valutazioni e scelte normalmente rientranti nell’esercizio del potere discrezionale della stessa; né la circostanza che gli atti adottati esplichino effetti imputabili alla sfera giuridica dell’amministrazione comporta, di necessità, l’attribuzione al commissario della natura di organo amministrativo.

Se, come si è detto, l’attività del commissario *ad acta* costituisce attuazione della decisione del giudice, onde rendere effettiva la tutela giurisdizionale costituzionalmente affermata nei confronti della pubblica amministrazione, gli effetti che si imputano all’amministrazione non dipendono da una “sostituzione” nell’esercizio di poteri a questa attribuiti e da essa autonomamente esercitabili, ricorrendone le ragioni di pubblico interesse; né tantomeno ricorre un’ipotesi di trasferimento dei poteri medesimi (dall’amministrazione al commissario).

Tali effetti derivano, invece, direttamente dalla pronuncia del giudice, la quale, avendo per oggetto atti amministrativi o l’esercizio *in fieri* di poteri provvedimentali, non può attuarsi se non attraverso l’adozione di atti o di provvedimenti, il cui momento genetico, tuttavia, non si ritrova nella norma attributiva del potere all’amministrazione, bensì nella sentenza, ed il cui momento funzionale non è (almeno direttamente) rappresentato dalla cura dell’interesse pubblico, bensì dall’effettività della tutela giurisdizionale. Ed è significativo, sotto tale aspetto, che i poteri del commissario siano tradizionalmente ricondotti alla giurisdizione “di merito” del giudice amministrativo, la quale, anche nell’adozione di provvedimenti in luogo dell’amministrazione, resta esercizio di attività giurisdizionale e non amministrativa.

In questo senso, trova riscontro quanto affermato dalla Corte costituzionale (sent. n. 75/1977 innanzi citata), secondo la quale “l’attività del commissario, pur essendo, praticamente, la medesima che avrebbe dovuto essere prestata dall’amministrazione, o in ipotesi da un commissario *ad acta* inviato dall’organo di controllo, ne differisce tuttavia giuridicamente, perché si fonda sull’ordine contenuto nella decisione del giudice amministrativo, alla quale è legata da uno stretto nesso di strumentalità”.

Il fondamento del potere esercitato dal commissario *ad acta* non è il medesimo del potere di cui è titolare l’amministrazione, poiché il primo si colloca, come si è detto, nella decisione del giudice, il secondo nella norma che lo attribuisce all’amministrazione; il primo ha la sua “giustificazione funzionale” nell’effettività della tutela giurisdizionale, conferendo alla parte vittoriosa in giudizio quella attribuzione che risulta satisfattiva della propria posizione giuridica per la cui tutela essa ha agito; il secondo, nella cura dell’interesse pubblico che costituisce, al contempo, fondamento genetico dell’attribuzione e funzionalizzazione dell’esercizio del potere.

Se, dunque - in via di approssimazione e per sintesi - di “sostituzione” del giudice (e, per esso, del commissario *ad acta*) all’amministrazione si intende discorrere, ciò può avvenire solo nella consapevolezza che detta sostituzione non avviene nell’esercizio di un medesimo potere, ma solo con riferimento a ciò che l’amministrazione avrebbe dovuto compiere per dare attuazione al giudicato e rispetto al quale è invece rimasta inottemperante.

E se per dare piena soddisfazione alla parte vittoriosa l’amministrazione avrebbe dovuto esercitare un potere amministrativo ad essa conferito dalla legge e ciò non ha fatto, allora il commissario sostituisce al primo potere l’esercizio di un potere analogo ma non identico, poiché, come si è detto, esso trova fondamento, per espressa previsione normativa, nella decisione del giudice.

La natura ed il contenuto degli specifici atti adottati dal commissario *ad acta* (e che non differiscono da quelli che l’amministrazione avrebbe dovuto adottare) dipendono dal contenuto prescrittivo della decisione del giudice, alla quale prestano attuazione (ottemperanza, esecuzione).

Così come vario è il contenuto del giudizio di ottemperanza, altrettanto vario è il contenuto proprio dei poteri del commissario *ad acta*.

Come ha affermato questa Adunanza plenaria, con sentenza 15 gennaio 2013, n. 2, “l’esame della disciplina processuale dell’ottemperanza, di cui agli artt. 112 ss. c.p.a. (ai quali occorre doverosamente aggiungere l’art. 31, comma 4), porta ad affermare la attuale polisemicità del “giudizio” e dell’”azione di ottemperanza”, dato che, sotto tale unica definizione, si raccolgono azioni diverse, talune meramente esecutive, talaltre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall’esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato, e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall’art. 24 Cost. Di conseguenza il giudice dell’ottemperanza, come identificato per il tramite dell’art. 113 c.p.a., deve essere attualmente considerato come il giudice naturale della conformazione dell’attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto”.

Di conseguenza, il commissario *ad acta* potrà essere chiamato ad adottare atti dalla natura giuridica e dal contenuto più vari: da quelli volti al pagamento di somme di denaro, cui l’amministrazione è stata condannata, ai provvedimenti amministrativi di natura vincolata, che trovano già nella sentenza che ha concluso il giudizio di cognizione la propria conformazione; fino ai provvedimenti di natura discrezionale, che solo eventualmente possono trovare nella sentenza ragioni e limiti della valutazione e della scelta che il commissario deve effettuare in luogo dell’amministrazione.

Ma, in tutti i casi considerati, il potere esercitato dal commissario *ad acta*, ancorché concretizzantesi in atti non dissimili da quelli che avrebbe dovuto adottare l’amministrazione, è un potere distinto, sul piano genetico e funzionale, da quello di cui l’amministrazione è titolare.

Anche nel caso in cui - come nel giudizio sul silenzio serbato dall’amministrazione su istanza del privato (ed al di fuori delle ipotesi di cui all’art. 31 c.p.a.) - la sentenza sancisce esclusivamente l’”obbligo di provvedere” dell’amministrazione sull’istanza, l’esercizio del potere del commissario trova comunque il proprio fondamento nella sentenza perché è sempre nella decisione che si riscontra la giustificazione (genetica e funzionale) del distinto potere esercitato.

Proprio per le ragioni sin qui esposte (oltre che per una opportuna e condivisibile esigenza di speditezza ed economicità dei mezzi processuali), il codice del processo amministrativo rimette al giudice dell’ottemperanza (art. 114, comma 6) la decisione sulle questioni “inerenti agli atti del commissario *ad acta*” e al giudice del silenzio (art. 117, comma 4) la decisione sulle questioni “relative alla esatta adozione del provvedimento richiesto”.

In ambedue le ipotesi, proprio perché gli atti adottati non sono espressione di autonomo esercizio di potere amministrativo (propriamente detto), la tutela avverso gli stessi deroga alle ordinarie regole del giudizio di cognizione ed è affidata al giudice del quale il commissario che ha adottato gli atti contestati costituisce l’ausiliario.

5.3. Alla luce di quanto sin qui esposto, può affermarsi:

a) il commissario *ad acta* è solo ed esclusivamente “ausiliario del giudice”;

b) il potere esercitato dal commissario non è il medesimo del quale l’amministrazione è titolare, né il commissario si “sostituisce” all’amministrazione nel suo esercizio, né si verifica un “trasferimento” di detto potere (come pure è stato anteriormente affermato: C.d.S., Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3378);

c) il potere del commissario *ad acta* nella adozione di atti e provvedimenti trova il proprio fondamento genetico nella decisione del giudice (sentenza passata in giudicato; sentenza provvisoriamente esecutiva non sospesa; ordinanza cautelare) e la propria giustificazione sul piano funzionale nella necessità di assicurare pienezza ed effettività alla tutela giurisdizionale già riconosciuta alla situazione soggettiva per la quale si è agito in giudizio;

d) gli effetti degli atti posti in essere dal commissario *ad acta* si imputano alla sfera giuridica dell’amministrazione non già come conseguenza del fatto che il commissario è organo straordinario della medesima (riconducendo quindi in tal modo, implicitamente, l’imputazione degli effetti alla immedesimazione organica), bensì perché tali effetti si producono nella sfera giuridica dell’amministrazione per derivazione dalla decisione del giudice (artt. 2908, 2909 c.c.).

6.1. La natura distinta del potere esercitato dal commissario *ad acta* rispetto al potere del quale è titolare la pubblica amministrazione soccombente già costituisce, di per sé, chiara indicazione in ordine alla ammissibilità della “concorrenza” della competenza commissariale con quella dell’amministrazione.

Difatti, il commissario *ad acta* svolge compiti ed esercita specifici poteri in virtù del *munus* conferitogli, nei sensi innanzi esposti, dall’atto di nomina da parte del giudice e dalla decisione da attuare. Nel suo caso, come si è detto, non si verifica alcuna “sostituzione” dell’amministrazione nell’esercizio dei poteri che le sono propri, né questi ultimi si “trasferiscono” al commissario per effetto della nomina della quale l’inerzia dell’amministrazione costituirebbe la ragione.

In questo senso, può parzialmente convenirsi, nei limiti di seguito esposti, con l’ordinanza di rimessione laddove la stessa afferma che “in assenza di una (pur consentita dalla legge) chiara ed univoca determinazione del giudice amministrativo sulla perdita di potere dell’organo ordinariamente competente, si potrebbe continuare a considerare perdurante la competenza attribuita in via ordinaria dalla legge, militando in tal senso il principio di legalità sulla articolazione delle competenze, nonché il principio di correttezza dei rapporti di diritto pubblico...”.

In primo luogo, è dubbio che il giudice abbia il potere di indicare una data oltre la quale l’amministrazione non possa più provvedere nell’attuazione della decisione, poiché si tratterebbe di un potere di “interdizione” dall’esercizio di poteri amministrativi per il quale difetta il presupposto normativo (la stessa ordinanza, d’altra parte, pur ammettendolo in teoria, considera tale potere una “*extrema ratio*”).

In secondo luogo, ciò che l’ordinanza riassume sotto l’egida dell’attuazione del principio di legalità traduce, per un verso, la difficoltà se non l’impossibilità di conferire per sentenza poteri amministrativi, la cui attribuzione è diversamente prevista dall’ordinamento; per altro verso, costituisce la riaffermazione della persistenza dell’esercizio di un potere del quale l’amministrazione ha la titolarità e del quale conserva l’esercizio nonostante la nomina o l’insediamento del commissario *ad acta*, titolare di un potere diverso, non sovrapponibile e privo di effetti escludenti.

Come si è affermato in parte della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (Sez. IV, 10 maggio 2011, n. 2764):

“la nomina del Commissario *ad acta* non determina di per sé l’esaurimento della competenza della p.a. sostituita a provvedere all’ottemperanza al giudicato, in quanto il venir meno dell’inerzia della p.a. stessa, pur dopo la scadenza del termine assegnatole, rende priva di causa la nomina e la funzione del Commissario, secondo i principi di economicità e buon andamento dell’azione amministrativa, non smentiti dalla legge o dalla pronuncia del giudice dell’ottemperanza ed essendo indifferente per il privato che il giudicato sia eseguito dall’Amministrazione, piuttosto che dal Commissario, perché l’attività di entrambi resta comunque egualmente soggetta al controllo del giudice (cfr. C.d.S., Sez. VI, 29 dicembre 2008, nr. 6585; C.d.S., Sez. IV, 10 aprile 2006, nr. 1947; C.d.S., Sez. V, 3 febbraio 1999, nr. 109)”.

Può ulteriormente aggiungersi che la duplice possibilità di ottenere l’ottemperanza alla decisione sia da parte dell’amministrazione, sia da parte del commissario *ad acta*, rafforza la posizione della parte già vittoriosa in sede di cognizione.

E la concorrenza della competenza del commissario *ad acta* e dell’amministrazione ha termine allorché uno dei due soggetti dà attuazione alla decisione del giudice.

6.2. D’altra parte, non vi è alcun dato normativo che consenta di affermare con certezza la perdita del potere dell’amministrazione di provvedere per effetto della nomina o dell’insediamento del commissario *ad acta*.

E ciò a fronte della sussistenza non solo di un dovere per la parte soccombente di dare attuazione a quanto a proprio carico derivante dalla sentenza del giudice, ma anche della sussistenza di un “diritto” di adempiere al fine di evitare l’aggravarsi della propria posizione, anche quanto alle conseguenze patrimoniali derivanti dall’inottemperanza.

Laddove, infatti, non si ammettesse il potere dell’amministrazione di dare attuazione alla decisione del giudice, la stessa rimarrebbe senza rimedio esposta, oltre che ai costi derivanti dall’intervento dell’ausiliario, anche alla “azione di risarcimento dei danni connessi all’impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato...”, di cui all’art. 112, comma 3, c.p.a.

7. Da quanto innanzi esposto consegue:

a) gli atti emanati dall’amministrazione, pur in presenza della nomina e dell’insediamento del commissario *ad acta*, non possono essere considerati affetti da nullità, poiché essi sono adottati da un soggetto nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l’insediamento del commissario medesimo. Tali atti potranno essere, ricorrendone le condizioni, dichiarati nulli dal giudice per la diversa ipotesi di violazione o elusione del giudicato (art. 21-*septies* l. n. 241/1990), ovvero annullati perché ritenuti illegittimi all’esito di domanda di annullamento in un ordinario giudizio di cognizione, ma non possono in ogni caso essere considerati emanati in difetto assoluto di attribuzione e, per questa ragione, ritenuti affetti da nullità;

b) il commissario *ad acta* nominato dal giudice potrà esercitare il proprio potere fintanto che l’amministrazione non abbia eventualmente provveduto. Qualora persista il dubbio del commissario in ordine all’esaurimento del proprio potere per intervenuta attuazione della decisione (poiché, ad esempio, questa è reputata dal commissario parziale o incompleta), lo stesso potrà rivolgersi al giudice che lo ha nominato, ai sensi dell’art. 114, comma 7, c.p.a.;

c) gli atti emanati dal commissario *ad acta*, non essendo espressione di potere amministrativo, non sono annullabili dall’amministrazione in esercizio del proprio potere di autotutela. Qualora l’amministrazione intenda dolersi di tali atti (ritenendoli illegittimi ovvero non coerenti con il comando contenuto nella decisione del giudice), potrà esclusivamente rivolgersi al giudice dell’ottemperanza, ai sensi dell’art. 114, comma 6, c.p.a., ovvero al giudice del silenzio, ai sensi dell’art. 117, comma 4, c.p.a.;

d) qualora il commissario *ad acta* adotti atti dopo che l’amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, gli stessi sono da considerarsi inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse al giudice dell’ottemperanza o del giudizio sul silenzio. Allo stesso modo deve concludersi per la speculare ipotesi di atti adottati dall’amministrazione dopo che il commissario abbia provveduto.

Chiarito il rapporto intercorrente tra commissario *ad acta* ed amministrazione soccombente, occorre ricordare come resti ovviamente fermo il potere della parte vittoriosa di rivolgersi al giudice per ogni doglianza o chiarimento nei confronti degli atti adottati.

8. Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, l’Adunanza plenaria formula i seguenti principi di diritto:

a) il potere dell’amministrazione e quello del commissario *ad acta* sono poteri concorrenti, di modo che ciascuno dei due soggetti può dare attuazione a quanto prescritto dalla sentenza passata in giudicato, o provvisoriamente esecutiva e non sospesa, o dall’ordinanza cautelare fintanto che l’altro soggetto non abbia concretamente provveduto;

b) gli atti emanati dall’amministrazione, pur in presenza della nomina e dell’insediamento del commissario *ad acta*, non possono essere considerati di per sé affetti da nullità, in quanto gli stessi sono adottati da un soggetto nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l’insediamento del commissario;

c) gli atti adottati dal commissario *ad acta* non sono annullabili dall’amministrazione nell’esercizio del proprio potere di autotutela, né sono da questa impugnabili davanti al giudice della cognizione, ma sono esclusivamente reclamabili, a seconda dei casi, innanzi al giudice dell’ottemperanza, ai sensi dell’art. 114, comma 6, c.p.a., ovvero innanzi al giudice del giudizio sul silenzio, ai sensi dell’art. 117, comma 4, c.p.a.;

d) gli atti adottati dal commissario *ad acta* dopo che l’amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, ovvero quelli che l’amministrazione abbia adottato dopo che il commissario *ad acta* abbia provveduto, sono da considerare inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse, a seconda dei casi, al giudice dell’ottemperanza o al giudice del giudizio sul silenzio.

9. L’Adunanza plenaria dispone la restituzione del giudizio alla sezione rimettente, per ogni ulteriore decisione nel merito e sulle spese ed onorari del giudizio, ivi compresi quelli inerenti alla presente fase.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza plenaria), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti proposti da Comune di Termoli (n. 7637/2017 r.g.) e da Mucchietti Immobiliare s.r.l. (n. 135/2020 r.g.):

- enuncia i principi di diritto di cui in motivazione;

- restituisce per il resto il giudizio alla sezione rimettente.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa

## 10. 2. T.A.R. Campania, sent. 15 aprile 2020, n. 1377

FATTO e DIRITTO

I. La società ricorrente, seconda classificata, agisce per l’ottemperanza della sentenza n. 3703/2019, passata in giudicato, con la quale questo tribunale, in accoglimento del gravame dalla medesima interposto, ha annullato l’aggiudicazione, in favore di Giochemica, della fornitura “di detergenti e disinfettanti per lavatrici di marca Olympus per ricondizionamento di endoscopi di marca Olympus in dotazione a varie UU.OO.CC. dell’A.O.R.N. “A. Cardarelli”“ (R.d.O. n. 2008862), dichiarando altresì l’inefficacia del contratto stipulato a decorrere dalla data di pubblicazione dell’ordinanza di accoglimento dell’istanza cautelare (23.11.2018).

I. 1. Impugna, altresì, ai fini della dichiarazione di nullità ovvero per l’annullamento, la determina dirigenziale con la quale l’Azienda Ospedaliera intimata, preso atto del decisum giuridizionale, ha proceduto autonomamente ad annullare nuovamente la predetta delibera di aggiudicazione, nonché la nuova R.d.O. del 25.10.2019.

II. Si è costituita l’Azienda ospedaliera intimata, eccependo, preliminarmente, l’inammissibilità del rito dell’ottemperanza sul presupposto che parte ricorrente avrebbe dovuto agire, per l’impugnativa, in sede di ordinaria cognizione, sostenendo, poi, l’infondatezza del ricorso. Omisis

II. 1. Occorre preliminarmente disattendere l’eccezione quanto al rito attivato.

“Al fine di consentire l’unitarietà di trattazione di tutte le censure svolte dall’interessato a fronte della riedizione del potere, conseguente ad un giudicato, le doglianze relative devono essere dedotte davanti al giudice dell’ottemperanza, sia in quanto questi è il giudice naturale dell’esecuzione della sentenza, sia in quanto egli è il giudice competente per l’esame della forma di più grave patologia dell’atto, quale è la nullità. Questi, in presenza di una tale opzione processuale, è chiamato in primo luogo a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all’ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell’azione amministrativa che non impinge nel giudicato, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisori” ([Consiglio di Stato sez. III, 29.10.2018, n. 6130](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7803148&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

Ciò posto, “se ritiene che il nuovo provvedimento dell’amministrazione costituisce elusione del giudicato ne dichiara la nullità, in caso di rigetto della domanda di nullità il giudice disporrà la conversione dell’azione per la riassunzione del giudizio innanzi a quello competente per la cognizione” (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 19.07.2018, n. 427).

In definitiva “in presenza di un giudicato di annullamento di un provvedimento discrezionale lesivo di un interesse legittimo pretensivo, il riesercizio del potere è suscettibile di un duplice ordine di censure: quelle con cui l’interessato si duole della violazione o elusione del vincolo conformativo che il giudicato, in termini più o meno stringenti, impone all’attività amministrativa da rinnovare (così esperendo l’azione di nullità di cui all’art. 114 comma 2, lett. b, [c.p.a](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595280&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)., fisiologicamente soggetta al rito dell’ottemperanza, anche con riguardo al giudice competente per la cognizione di essa); quelle che mirano, invece, a colpire i contenuti del nuovo provvedimento, in quanto espressione di nuove scelte discrezionali attinenti ad aspetti non riconducibili a puntuali statuizioni della pregressa sentenza e, quindi, non soggetti ad uno specifico vincolo conformativo, rispetto ai quali i vizi ipotizzabili sono deducibili come vizi di legittimità secondo l’ordinario giudizio di cognizione” ([Cons. di Stato, sez. IV, 30.05.2018, n. 3233](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7453295&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

II. 2. Orbene, nel caso all’esame, ritiene l’organo giudicante, correttamente adito in sede di ottemperanza, che i nuovi provvedimenti emanati dall’amministrazione costituiscano violazione ovvero elusione del giudicato, non presentando dei vizi di legittimità propri, dovendo, pertanto, per le motivazioni di seguito illustrate, dichiararne la nullità. Omissis

IV. 1. Non appare ultroneo richiamare, preliminarmente, condiviso orientamento giurisprudenziale secondo il quale:

a) “la violazione del giudicato è configurabile quando il nuovo atto riproduca gli stessi vizi già censurati in sede giurisdizionale o quando si ponga in contrasto con precise e puntuali prescrizioni provenienti dalla statuizione del giudice; mentre si ha elusione del giudicato allorquando l’amministrazione, pur provvedendo formalmente a dare esecuzione alle statuizioni della sentenza, persegue l’obiettivo di aggirarle dal punto di vista sostanziale, giungendo surrettiziamente allo stesso esito già ritenuto illegittimo” (Cons. di St., sez. V, 04.06.2019, n. 3747; [T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 05.03.2019, n. 1245](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=8056828&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza); [T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I , 16.08.2018, n. 476](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=7667785&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza));

b) “la “specifica difformità” dell’atto amministrativo rispetto al giudicato in essa contenuto si realizza anzitutto quando le prescrizioni della sentenza siano dichiaratamente violate, ovvero nel caso di elusione, ovvero quando il nuovo atto adottato, pur formalmente rispettoso del giudicato stesso, riveli un “manifesto sviamento” rispetto a quanto esso prescrive” (Cons. di St., sez. VI, 25.09.2018, n. 5518);

c) “in sede di ottemperanza al giudicato l’Amministrazione è tenuta non solo a uniformarsi alle indicazioni rese dal giudice e a determinarsi secondo i limiti imposti dalla rilevanza sostanziale della posizione soggettiva azionata e consolidata in sentenza, ma anche a prendere diligentemente in esame la situazione controversa nella sua complessiva estensione, valutando non solo i profili oggetto della decisione del giudice, ma pure quelli comunque rilevanti per provvedere definitivamente sull’oggetto della pretesa, all’evidente scopo di evitare ogni possibile elusione del giudicato” ([T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 25.08.2017, n. 2107](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=6993174&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)).

V. Ciò posto, “se in linea generale va ribadito il principio per cui nel giudizio di ottemperanza non sono configurabili vizi di violazione e di elusione del giudicato quando la pronuncia del giudice comporti margini di discrezionalità, in relazione ai quali l’Amministrazione ha la possibilità di imporre nuovamente l’assetto di interessi che più ritiene congruo per l’interesse pubblico affidato alle sue cure, sempre nel rispetto delle statuizioni di natura conformativa derivanti dall’impianto motivazionale del giudicato, nel caso di specie lungi dall’esercitare la residua discrezionalità in termini coerenti al giudicato oltre che ai principi in tema di autotutela” (Cons. di St., sez. VI, 12.07.2019, n. 4917), l’Azienda resistente si è limitata alla revoca dell’aggiudicazione, già annullata giudizialmente, contraddittoriamente indicendo una ulteriore procedura mediante la pubblicazione di una nuova R.d.O..

Ed invero, con la sentenza di cui si agisce per l’ottemperanza è stata annullata la precedente aggiudicazione riconoscendosi la fondatezza di un vizio che non comportava l’obbligo di rinnovare la gara, dichiarandosi inefficace il contratto stipulato con Giochemica, proprio nella duplice considerazione dell’avvenuta presentazione della domanda di subentro da parte ricorrente e della non ricorrenza di esigenze imperative per il suo mantenimento.

VI. Sulla base delle sopra esposte considerazioni, il ricorso in ottemperanza è allora fondato, essendo stati gli atti impugnati adottati in elusione del giudicato nella parte in cui, quanto alla determina dirigenziale n. 1248 del 24/10/2019, la stessa si è limitata ad annullare la nuova aggiudicazione (peraltro già annullata da questo tribunale con efficacia ex tunc) senza verificare la sussistenza delle condizioni per l’affidamento alla seconda graduata attuale ricorrente che, nel corso del precedente gravame, aveva presentato istanza di subentro, e, quanto alla nuova R.d.O. n. 2427664 del 25.10.2019, nonché ai relativi disciplinare di gara e capitolato tecnico, per avere l’Azienda resistente proceduto all’indizione di una nuova procedura ad evidenza pubblica, eventualità esclusa dal giudicante.