

Corso di Diritto Amministrativo II

a. a. 2020/2021

Raccolta di giurisprudenza*

1. I criteri di distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo

1. 1. Corte di Cassazione, sez. un., 6 novembre 1991, n. 11851
1. 2. Corte di Cassazione, sez. un., ord. 8 luglio 2019, n. 18272
1. 3. Corte di Cassazione, sez. un., ord. 1 aprile 2020, n. 7643
1. 4. T.A.R. Piemonte, Torino, 21 dicembre 2016, n. 1579
1. 5. T.A.R. Puglia, Lecce, sent. 24 gennaio 2017, n. 104

2. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

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

3. La legittimazione a ricorrere

3. 1. Cons. Stato, Ad. plen., 20 febbraio 2020, n. 6
3. 2. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 9 maggio 2020, n. 841

4. L'interesse a ricorrere

4. 1. Consiglio di Stato, sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1159
4. 2. Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1867
4. 3. T.A.R. Calabria, sez. I, 18 dicembre 2020, n. 2077

5. L'azione di annullamento

- 5.1. Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755
5. 2. Consiglio Di Stato, Ad. pl., 13 Aprile 2015, n. 4
5. 3. Consiglio di Stato, Ad. pl., 27 aprile 2015, n. 5

6. L'azione di condanna al risarcimento del danno

- 6.1. Corte di Cassazione, S. U., 22 luglio 1999, n. 500
- 6.2 Consiglio di Stato, Ad. pl., 23 marzo 2011, n. 3
- 6.3. Corte costituzionale, 4 maggio 2017, n. 94

7. L'azione avverso il silenzio e l'azione di adempimento

7. 1. T.A.R. Campania, sez. VII - Napoli, 25 novembre 2019, n. 5549
7. 2. T.A.R. Lazio, sez. II - Roma, 11 dicembre 2017, n. 12204
7. 3. T.A.R. Toscana, sez. III-Firenze, 28 febbraio 2017, n. 392

8. La tutela cautelare

- 8.1. T.A.R. Lazio, sez. III - Roma, 10 ottobre 2019, n. 11713
- 8.2. T.A.R. Sicilia sez. III - Palermo, 3 maggio 2019, n. 1222
8. 3. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, decr. 25 gennaio 2021, n. 61
- 8.4. Consiglio di Stato, sez. III, decr. 24 marzo 2021, n. 1529

9. L'appello

- 9.1. Consiglio di Stato, sez. V, 3 dicembre 2018, n. 1867
9. 2. Consiglio di Stato, sez. VI, 29 gennaio 2020, n. 714
9. 3. Consiglio di Stato, ad. plen., 30 luglio 2018, n. 10

10. Il giudizio di ottemperanza

10. 1. T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, 12 luglio 2019, n. 102
10. 2. T.A.R. Campania, Napoli, 15 aprile 2020, n. 1377
10. 3. T.A.R. Umbria, Perugia, 16 dicembre 2020, n. 609

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

1. I criteri di distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo

1.1. Corte di Cassazione, sez. un., sent. 6 novembre 1991, n. 11851

Svolgimento del processo

Con ordinanza 17.8.1983 emanata ai sensi dell'articolo 153 T.U. 4.2.1915 n. 148 il Sindaco di Praia a Mare, assumendo l'esistenza di ragioni contingibili ed urgenti, e di igiene e sicurezza pubblica, ordinava alla società Turist Calabria di astenersi da ogni attività ostacolante l'esecuzione delle opere di riparazione della condotta di adduzione delle acque ad una fonte-abbeveratoio esistente su area pubblica, adiacente alla strada che attraversa la frazione Matiniera, disponendo nel contempo l'esecuzione delle opere anche in area di proprietà della società.

Con ricorso 19.8.1983 la Turist Calabria adiva il Pretore di Paola ai sensi dell'art. 700 c.p.c., denunciando una grave turbativa del possesso sul rilievo, tra l'altro, che i presupposti enunciati nell'ordine erano falsi e comunque erroneamente valutati.

Con decreto 20.8.1983 il Pretore ordinava al Comune di Praia a Mare di desistere dalla situazione di turbativa minacciata e fissava la comparizione delle parti dinanzi a sé; il Comune, nel costituirsi in giudizio, eccepiva il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, proponendo quindi ricorso per regolamento di giurisdizione alle sezioni unite della Corte di Cassazione.

La società intimata non si è costituita.

Motivi della decisione

Il ricorso è fondato.

Emerge dagli atti acquisiti al giudizio che gli abitanti della frazione Matiniera di Praia a Mare, all'inizio dell'estate 1983 si sono rivolti all'amministrazione del comune, e premesso che una fonte usata da lungo tempo dalla generalità dei cittadini non erogava più il necessario quantitativo di acqua, hanno invocato l'adozione di opportuni provvedimenti.

Il Sindaco, fatte esperire opportune indagini ed accertato che la scarsa erogazione dipendeva, tra l'altro, anche dalla rottura di un tubo di adduzione dell'acqua che attraversava il fondo della società Turist Calabria, sulla base inoltre di un sollecito della Cassa del Mezzogiorno invitante l'amministrazione ad evitare sprechi ed adottare ogni opportuno provvedimento, indispensabile in periodi di siccità, in data 17.8.1983 ha ordinato alla società Turist Calabria di astenersi da qualsiasi attività diretta ad ostacolare l'esecuzione delle opere di riparazione delle condutture, nel tratto ricompreso nella sua proprietà.

L'ordinanza si è richiamata all'articolo 153 della legge comunale e provinciale 4.2.1915 n. 148, e alla stessa è stata esplicitamente attribuita la qualifica di atto contingibile ed urgente per ragioni di igiene e sicurezza pubblica. La società Turist ha riconosciuto nel ricorso proposto al Pretore che il provvedimento si è richiamato alle ragioni sopra dette, pur negandone la reale sussistenza, sul rilievo dell'intangibilità della proprietà privata.

Sulla base di tali precisazioni, appaiono corrette e pertinenti le deduzioni dell'amministrazione ricorrente, allorché assume che il richiamo all'articolo 153 del T.U. della legge comunale e provinciale legittima l'ordine di astenersi da qualsiasi opposizione all'esecuzione delle opere, attribuendo tale norma all'autorità comunale poteri autoritativi e discrezionali a tutela degli interessi delle collettività che vivono nell'ambito del territorio - fine istituzionale questo di cui ogni ente territoriale è titolare, e

che incide sul diritto di proprietà anche con effetti immediati, degradandolo ad interesse.

Di conseguenza la tutela della persona cui viene imposto un pati non può che esser devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Va sottolineato che nel ricorso proposto al Pretore per ottenere il provvedimento urgente, la Turist si limita ad assumere che i presupposti di fatto dell'ordine di astensione sono "falsi", e comunque erroneamente valutati, deduzioni queste che si concretano nella denuncia di uno scorretto esercizio di un potere, senza affatto contestarne la sussistenza in astratto.

La giurisdizione del giudice ordinario sussiste invece nella ipotesi in cui si contesti in radice l'esistenza del potere esercitato, potendo ogni questione sull'eventuale scorretto esercizio giustificare soltanto l'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo in quanto in sostanza in una censura di illegittimità (cfr. anche di recente, per vari aspetti del problema, Cass. n. 4013, 4820 del 1986 - n. 1204 del 1988).

Né va tralasciato che nei confronti di un atto amministrativo tendente al conseguimento di fini pubblici, qual'è certamente l'ordinanza in esame, sussiste il divieto di proponibilità delle azioni possessorie sancito dall'articolo 4 della legge sul contenzioso amministrativo, non potendo il giudice ordinario interferire nello svolgimento dell'attività amministrativa, con l'effetto di sostituire la sua volontà a quella dell'amministrazione.

Dovendosi negare al Pretore un qualsiasi potere di decisione nei confronti dell'ordinanza del Sindaco, emessa nell'esercizio di un potere pubblicistico, va riconosciuto il difetto di giurisdizione e dichiarata la giurisdizione dell'autorità giudiziaria amministrativa.

Segue la condanna della società intimata al pagamento delle spese del giudizio pretorile e di cassazione.

P.Q.M.

La Corte a sezioni unite, dichiara la giurisdizione dell'autorità giudiziaria amministrativa.

[...]

1.2. Corte di Cassazione, sez. un., ord. 8 luglio 2019 n. 18272

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. - Preliminarmente, va affermata l'ammissibilità del conflitto, atteso che il TAR remittente, sia pure con provvedimento in forma di ordinanza, ha sostanzialmente esaurito la materia sottoposta a seguito della declinatoria di giurisdizione da parte del GO, dopo la parziale decisione del merito relativa alle questioni rientranti nella propria potestas iudicandi, diversamente da quelle residue (sulle quali qui invoca la pronuncia regolatrice da parte di queste SU e, solo in sua attesa, si dispone la sospensione del processo).

1.1. - Ciò in conformità del principio di diritto già affermato da questa stessa Corte (Sez. U, Ordinanza n. 22496 del 2004), secondo cui "perchè sia configurabile un conflitto reale di giurisdizione, che può essere denunciato alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, è necessario che entrambe le decisioni in contrasto siano emesse in funzione conclusiva del giudizio in punto di giurisdizione, del che è prova di norma, l'adozione della forma della sentenza, ancorchè non passata in giudicato, mentre, in presenza di un provvedimento avente la forma dell'ordinanza, l'operatività del principio di prevalenza della forma

sulla sostanza è condizionata dall'onere di allegazione e dimostrazione dell'effettiva realizzazione della funzione suddetta, la quale, in caso di pronuncia declinatoria della giurisdizione, postula la cessazione del procedimento davanti al giudice che abbia emesso la pronuncia medesima". (diversamente, dal caso nel quale il provvedimento adottato appaia meramente ordinatorio e non postuli, pertanto, in alcun modo, la cessazione del procedimento dinanzi a quel giudice).

2. - Nel merito del conflitto, si osserva che non v'è alcuna contestazione riguardo ai presupposti fattuali: le ricorrenti innanzi al GA, dopo la pronuncia declinatoria resa dal Tribunale ordinario, hanno riassunto il processo davanti al TAR del Lazio, il quale, con sentenza parziale, ha definito la domanda relativa al risarcimento del danno per l'occupazione espropriativa riguardante l'area di 1.410 mq, già oggetto dei due decreti di occupazione adottati dal Prefetto di Roma (il primo del 1996 ed il secondo del 2000) e del successivo decreto di esproprio finalizzato alla realizzazione dell'opera ferroviaria, ed ha poi, con separata ordinanza, sollevato conflitto negativo di giurisdizione, ai sensi dell'art. 11, comma 3, CPA, negando la propria potestas iudicandi con riferimento all'occupazione di fatto di altra area (di complessivi mq 120), compiuta nel 2003, e finalizzata alla costruzione di un nuovo svincolo stradale in direzione di Roma centro (e perciò di un'opera diversa, pur se apparentemente collegata, con la realizzazione di quella ferroviaria).

2.1. - Osserva, correttamente il giudice remittente, che detta seconda e ulteriore attività svolta dalla PA, integra un'ipotesi di occupazione usurpativa da cd. sconfinamento, senza costituire l'esercizio di un pubblico potere ma, solo, un'attività di puro fatto (la cd. occupazione usurpativa), essendo stata posta in essere nella carenza assoluta di potere; sicchè essa integrerebbe un illecito comune a carattere permanente, in ordine al quale sussisterebbe la giurisdizione dell'AGO, secondo l'indirizzo condiviso sia dal GA (Cons. Stato, sent. n. 1425 del 2017) che dal GO (SU, sent. n. 25044 del 2016).

3. - La tesi, che è condivisa dal PG, è fondata.

3.1. - Infatti, si è già detto (SU: sent. n. 25044 del 2016; ord. n. 26285 del 2018) che in tema di espropriazione, nell'ipotesi di cd. sconfinamento, che ricorre qualora la realizzazione dell'opera pubblica abbia interessato un terreno diverso o più esteso rispetto a quello considerato dai presupposti provvedimenti amministrativi di approvazione del progetto, la dichiarazione di pubblica utilità, pur emessa, è riferibile ad aree diverse da quelle di fatto trasformate, sicchè l'occupazione e/o trasformazione del terreno da parte della P.A. si configura come un comportamento di mero fatto, perpetrato in carenza assoluta di potere, che integra un illecito a carattere permanente, lesivo del diritto soggettivo (cd. occupazione usurpativa), onde l'azione risarcitoria del danno che ne è conseguito rientra nella giurisdizione del giudice ordinario (in precedenza anche Sez. U, Sentenza n. 3723 del 2007).

4. - La giurisdizione spetta pertanto all'AGO, dinanzi alla quale le parti vanno rimesse per la prosecuzione del procedimento, nell'osservanza della seguente regola iuris:

in tema di conflitto di giurisdizione avente ad oggetto una controversia relativa ad un'ipotesi di cd. sconfinamento, ossia del caso in cui la realizzazione dell'opera pubblica abbia interessato un terreno diverso o più esteso rispetto a quello considerato dai provvedimenti amministrativi di occupazione e di

espropriazione, oltre che dalla dichiarazione di pubblica utilità, l'occupazione e la trasformazione del terreno da parte della P.A. costituisce un comportamento di mero fatto, perpetrato in carenza assoluta di potere, che integra un illecito a carattere permanente, lesivo del diritto soggettivo (cd. occupazione usurpativa), onde l'azione risarcitoria del danno, che ne è conseguito, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

5. - La proposizione d'ufficio del regolamento di giurisdizione esclude la necessità di provvedere al regolamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Dichiara la giurisdizione dell'AGO, dinanzi alla quale rimette le parti in causa, nel termine di legge.

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

FATTI DI CAUSA

Il Comune di Corato ha proposto ricorso articolato in due motivi avverso la sentenza n. 4667/2018 del Consiglio di Stato, depositata il 30 luglio 2018. G.R. si difende con controricorso. Il Ministero per i beni e le attività culturali, anch'esso intimato, non ha svolto attività difensive.

Il Comune di Corato, con Delib. Consiliare 13 marzo 2007, n. 9, esercitò il diritto di prelazione artistica, ai sensi del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, artt. 60 e segg. (Codice dei beni culturali e del paesaggio), su un immobile sito in (OMISSIS), acquistato da G.R. per l'importo di Euro 820.000,00 dal fallimento della Società (OMISSIS). La determinazione comunale venne impugnata dinnanzi al giudice amministrativo ed il Consiglio di Stato, sez. VI, con sentenza 26 luglio 2010, n. 4868, ne dispose l'annullamento per difetto di motivazione.

Il Comune di Corato rinnovò il provvedimento di prelazione con Delib. 16 dicembre 2010, n. 68 e G.R. propose ricorso per ottemperanza alla sentenza 26 luglio 2010, n. 4868 del Consiglio di Stato, contestando la riedizione del potere dell'amministrazione. Tale ricorso venne respinto dal Consiglio di Stato, con sentenza 10 marzo 2011, n. 1549.

G.R. impugnò altresì davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia la Delib. Comunale 16 dicembre 2010, n. 68, deducendo la nullità degli atti di rinnovazione del procedimento, ovvero la violazione del termine di sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza del Consiglio di Stato 26 luglio 2010, n. 4868.

Il T.A.R. Puglia, con sentenza 24 novembre 2016, n. 1304, dichiarò inammissibile il primo motivo del ricorso di G.R. ed accolse, invece, il secondo motivo, rilevando che "è indubitabile che l'amministrazione non possa ritenersi facultizzata sine die quanto alla decisione di (ri)esercitare o meno il diritto di prelazione".

Il Comune di Corato propose appello, che il Consiglio di Stato ha rigettato con la sentenza n. 4667/2018, depositata il 30 luglio 2018. Il Consiglio di Stato, premesso il quadro normativo di riferimento, attinente al regime giuridico dei beni culturali, ai sensi del D.Lgs. n. 42 del 2004, ed in particolare alla cosiddetta "prelazione artistica", disciplinata agli artt. 59 e segg. del Codice dei beni culturali e del paesaggio, ha affermato che l'atto di esercizio della prelazione "è un provvedimento amministrativo in correlazione al quale il privato è titolare di un interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice del giudice amministrativo". La sentenza n. 4667/2018 ha evidenziato che la giurisdizione del giudice ordinario è configurabile solo in presenza di un atto nullo perchè adottato in difetto assoluto di attribuzione e dunque in carenza di potere in astratto (L. n. 241 del 1990, art. 21-septies), ipotesi estranea al caso in esame, "in quanto si contesta la modalità temporale di esercizio del potere e non l'esistenza del potere stesso".

Omissis.

RAGIONI DELLA DECISIONE

I. Il primo motivo di ricorso del Comune di Corato denuncia la violazione degli artt. 103,113 e 24 Cost., 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 (poi D.Lgs. n. 490 del 1999, e da ultimo D.Lgs. n. 42 del 2004), 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, 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; Cass. Sez. U, 15/04/2003, n. 5993; Cass. Sez. U, 11/03/1996, n. 1950; Cass. Sez. U, 06/05/1994, n. 4386; Cass. Sez. U, 01/07/1992, n. 8079).

Di seguito, Cass. Sez. U, 03/05/2010, n. 10619, aveva, peraltro, evidenziato come le norme in tema di beni di rilievo storico e artistico succedutesi nel tempo (L. n. 1089 del 1939, D.Lgs. n. 490 del 1999, ed ora D.Lgs. n. 42 del 2004) 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), 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, 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, trova fondamento normativo nella L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 21-septies, comma 1, inserito dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, art. 14, 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, 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 degradare 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, 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. 4. T.A.R. Piemonte, Torino, 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 minorenni -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 anormale 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.

1.5 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.

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 decisorii» 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 lege* 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 dalla 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, riconosciuta 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 espresse (*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. La legittimazione a ricorrere

3. 1. Cons. Stato, Ad. plen., 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 adespolti, 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 lesa (*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, sostanziandosi 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 incarna. 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. T.A.R Calabria, Reggio Calabria, 9 maggio 2020, n. 841

FATTO e DIRITTO

I – L'iter processuale

1. – Oggetto dell'odierno giudizio è l'ordinanza del Presidente della Regione Calabria del 29 aprile 2020, n. 37. Con tale provvedimento, adottato ai sensi dell'art. 32, comma 3 l. 23 dicembre 1978, n. 833, sono state dettate misure per la prevenzione e la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19.

In particolare, si controverte della legittimità del punto n. 6, con il quale è stato disposto che, sin dalla data di adozione dell'ordinanza, è consentita, nel territorio della Regione Calabria, la ripresa dell'attività di ristorazione, non solo con consegna a domicilio e con asporto, ma anche mediante servizio al tavolo, purché all'aperto e nel rispetto di determinate precauzioni di carattere igienico sanitario.

2. – Ad impugnare l'ordinanza, chiedendone l'annullamento a questo Tribunale Amministrativo Regionale, è stata la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con ricorso notificato a mezzo PEC e depositato il 4 maggio 2020.

3. – Unitamente al ricorso è stata proposta domanda cautelare di sospensione degli effetti dell'ordinanza, nella parte impugnata, accompagnata dalla richiesta di decreto cautelare monocratico ai sensi dell'art. 56 c.p.a. In data 5 maggio 2020 il Presidente di questo Tribunale Amministrativo Regionale ha sentito informalmente e separatamente le difese delle amministrazioni.

Esse, nell'interesse generale della giustizia, avuto riguardo oltretutto alla delicatezza dei temi trattati in ricorso, che toccano i rapporti fra Stato e Regioni dal punto di vista dei rispettivi poteri di intervento nell'attuale drammatica fase epidemica in atto, hanno concordato sulla necessità di addivenire in tempi molto brevi a una decisione collegiale, eventualmente anche quale sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

Pertanto, l'Avvocatura dello Stato ha rinunciato all'istanza di tutela cautelare monocratica ai sensi dell'art. 56 c.p.a.; entrambe le parti hanno rinunciato ai termini a difesa di cui all'art. 55, comma 5 c.p.a.4. – È stata dunque fissata la camera di consiglio del 9 maggio 2020.

5. – Al giudizio hanno inteso intervenire anche altre amministrazioni. In particolare, in data 6 maggio 2020 si è costituito, *ad adiuvandum*, il Comune di Reggio Calabria; al contrario, si sono costituiti *ad opponendum* nella medesima data del 6 maggio 2020 il Comune di Amendolara e nella successiva data del 7 maggio 2020 il Comune di Tropea. In data 7 maggio 2020 si è costituito *ad opponendum* anche CODACONS - Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori. In data 8 maggio 2020 si sono costituiti, in pretesa applicazione dell'art. 28, comma 1 c.p.a., alcuni operatori del settore della ristorazione, meglio individuati nell'epigrafe della sentenza.

In vista della decisione la Presidenza del Consiglio dei Ministri e la Regione Calabria hanno depositato

memorie ad ulteriore supporto delle argomentazioni difensive utilizzate.

6. – Il ricorso è stato trattato collegialmente in data 9 maggio 2020 ai sensi dell'art. 84, comma 5 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con mod con l. 24 aprile 2020, n. 27, e, ricorrendone i presupposti, è stato deciso nel merito ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

II – Le posizioni delle parti

7. – La Presidenza del Consiglio dei Ministri ha dedotto l'illegittimità dell'ordinanza impugnata, nella parte di interesse, sotto tre diverse prospettive.

7.1. – Omissis

Per quel che rileva, il Presidente del Consiglio dei Ministri ha provveduto con d.P.C.M. del 26 aprile 2020 che, con efficacia dal 4 maggio 2020 al 17 maggio 2020, dispone la sospensione delle attività dei servizi di ristorazione (fra cui bar, pub, ristoranti, gelaterie, pasticcerie) e, in via di eccezione, consente la ristorazione con consegna a domicilio nel rispetto delle norme igienico-sanitarie sia per l'attività di confezionamento che di trasporto, nonché la ristorazione con asporto, fermo restando l'obbligo di rispettare la distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro, il divieto di consumare i prodotti all'interno dei locali e il divieto di sostare nelle immediate vicinanze degli stessi.

Come visto, l'ordinanza regionale, in contrasto con quanto disposto dal d.P.C.M., ha autorizzato anche la ristorazione con servizio al tavolo. Ma tale intervento integrativo non sarebbe consentito dalla normativa applicabile, in quanto l'art. 3, comma 1 d.l. n. 19 del 2020 prevede che le Regioni possano adottare misure di efficacia locale *«nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale»*, ma tale potere è subordinato a tre condizioni, e cioè che si tratti di interventi destinati a operare nelle more dell'adozione di un nuovo d.P.C.M.; che si tratti di interventi giustificati da *«situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario»* proprie della Regione interessata; che si tratti di misure *«ulteriormente restrittive»* delle attività sociali e produttive esercitabili nella regione.

Né l'ordinanza impugnata potrebbe trovare fondamento nell'art. 32, comma 3 l. n. 833 del 1978, e perché derogato dalla disciplina dettata dal d.l. n. 19 del 2020, e perché l'emergenza sanitaria ha carattere nazionale, e dunque impone l'intervento da parte del Governo centrale.

7.2. – Con il secondo motivo di ricorso si deduce che l'ordinanza sarebbe priva di un'adeguata motivazione, non sarebbe stata supportata da una valida istruttoria, sarebbe illogica e irrazionale. In particolare, non emergerebbero condizioni peculiari che giustificano, nel solo territorio della Regione Calabria, l'abbandono del principio di precauzione; non sarebbe stato adottato un valido metodo scientifico nella valutazione del rischio epidemiologico; si porrebbe a rischio la coerente gestione della crisi epidemiologica da parte del Governo.

7.3. – Infine, l'ordinanza sarebbe viziata da eccesso di potere, evidenziato dalla violazione del principio di leale collaborazione. Invero, l'ordinanza sarebbe stata emessa in assenza di qualunque interlocuzione

con il Governo.

8. – La Regione Calabria ha posto una questione pregiudiziale di giurisdizione e si è difesa nel merito. 8.1. – Pregiudizialmente ha dedotto che il ricorso è volto ad assumere che l'ordinanza del Presidente della Regione Calabria invada una sfera di attribuzioni propria del Governo centrale, sottraendogli così la possibilità di esercizio di una propria prerogativa.

La controversia assumerebbe, così, un tono costituzionale che attribuirebbe la giurisdizione alla Corte costituzionale, quale giudice dei conflitti di attribuzione ai sensi dell'art. 134 Cost.

8.2. – Nel merito, l'ordinanza impugnata troverebbe un sicuro fondamento nell'art. 32, comma 3 l. n. 833 del 1978 e sarebbe pienamente informata ai principi di adeguatezza e proporzionalità espressamente richiamati dall'art. 1, comma 2 d.l. n. 19 del 2020, i quali richiedono di modulare i provvedimenti volti al contrasto dell'epidemia al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio.

Al contrario, a tali principi non si conformerebbe il d.P.C.M. del 26 aprile 2020, che sottopone a una disciplina unitaria tutto il territorio nazionale, senza tener conto delle differenze fattuali. Peraltro lo strumento normativo utilizzato dal Governo (un d.P.C.M.) sarebbe palesemente inadeguato perché la Costituzione non prevede la delegabilità dei poteri di decretazione d'urgenza di cui all'art. 77 Cost.

8.3. – Per altro verso, la regolamentazione dettata dal Presidente della Regione Calabria non sarebbe in contrasto con il contenuto del d.P.C.M. del 26 aprile 2020, essendo invece da interpretare quale disposizione di dettaglio della medesima, in funzione delle specificità della situazione epidemiologica presente nel territorio regionale ed in presenza di alcune “misure minime” da adottare a tutela della salute pubblica e del rischio di contagio.

Il ricorso, dunque, non dovrebbe essere esaminato per difetto di interesse.

8.4. – Infine, l'ordinanza sarebbe supportata da un impianto motivazionale sufficiente, nel quale si dà atto che l'analisi dei dati prodotta dal Dipartimento Tutela della Salute e Politiche Sanitarie della Regione Calabria ha fatto rilevare, alla data del 27 aprile 2020, un valore del Rapporto di replicazione (R_t) con *daily time lag* a 5 giorni, pari a 0,63; in generale, valori inferiori ad 1 indicano che la diffusione dell'infezione procede verso la regressione.

Omissis

III – Le questioni pregiudiziali e preliminari

III.1. – La questione di giurisdizione

10. – È opinione del Tribunale di essere dotato di giurisdizione sul ricorso proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Tale conclusione si basa su tre, concatenate osservazioni.

10.1. – È innegabile che il provvedimento emanato dal Presidente della Regione Calabria abbia natura di ordinanza contingibile e urgente in materia di igiene e sanità, nel quadro della disciplina dettata dall'art. 32 l. n. 833 del 1978.

Si tratta, dunque, di esercizio di potere amministrativo, sul quale il sindacato giurisdizionale è naturalmente attribuito al giudice della funzione pubblica, cioè il giudice amministrativo. 10.2. – Il fatto che le ragioni di illegittimità dedotte da parte ricorrente siano inerenti anche ai confini delle attribuzioni assegnate ai diversi poteri dello Stato non è sufficiente ad attribuire alla controversia un tono costituzionale.

In proposito, si richiama la costante giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo la quale il tono costituzionale del conflitto sussiste quando il ricorrente non lamenti una lesione qualsiasi, ma una lesione delle proprie attribuzioni costituzionali (*ex plurimis*, Corte cost. 14 febbraio 2020; Id. 14 febbraio 2018, n. 28; Id. 15 maggio 2015, n. 87; Id. 28 marzo 2013, n. 52).

È stato, in particolare, chiarito (da Corte cost. 29 ottobre 2019, n. 224) che non basta che nella materia in questione vengano in gioco competenze e attribuzioni previste dalla Costituzione, perché la controversia assuma un tono costituzionale. La natura costituzionale delle competenze, infatti, così come il potere discrezionale che ne connota i relativi atti di esercizio, non esclude la sindacabilità nelle ordinarie sedi giurisdizionali degli stessi atti, quando essi trovano un limite «*nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo*» (Corte cost. 5 aprile 2012, n. 81 del 2012).

Ebbene, il ricorso con il quale è stato innescato il sindacato giurisdizionale da parte di questo Tribunale Amministrativo Regionale fa valere la dedotta violazione, da parte del Presidente della Regione Calabria, dei limiti che dalla legge, e in particolare dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19, derivano all'esercizio delle competenze in materia di igiene e sanità spettanti al Presidente della Regione Calabria. In questa prospettiva, l'atto è giustiziabile d'innanzi al giudice della funzione pubblica, giacché questo giudice non è chiamato a regolare il conflitto sulle attribuzioni costituzionali tra gli Enti coinvolti nella controversia, ma solo a valutare la legittimità, secondo i parametri legislativi indicati nei motivi di ricorso, dell'atto impugnato.

10.3. – In ogni caso, se pure si opinasse che nel caso di specie fosse attivabile, da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il conflitto di attribuzione d'innanzi alla Corte costituzionale, ciò non esclude che sia legittimamente esperibile anche la via del ricorso d'innanzi al giudice amministrativo.

Secondo il costante insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 19 luglio 2013, n. 17656; in precedenza, Id. 20 maggio 1978, n. 2492; Id. 28 maggio 1977, n. 2184; Id. 13 dicembre 1973, n. 3379; Id. 10 novembre 1973, n. 2966), infatti, vi è diversità di struttura e finalità fra il giudizio per conflitto di attribuzione tra Stato e Regione ed il sindacato giurisdizionale davanti al giudice amministrativo: il primo è finalizzato a restaurare l'assetto complessivo dei rispettivi ambiti di competenza degli Enti in conflitto; il secondo, viceversa, si svolge sul piano oggettivo di verifica di legalità dell'azione amministrativa, con l'esclusivo scopo della puntuale repressione dell'atto

illegittimo. Ciò comporta la possibilità della loro simultanea proposizione, sicché deve escludersi che in tali ipotesi sussista difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Anche il Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2011, n. 6834), dal canto suo, ha affermato che il soggetto legittimato ad impugnare l'atto autoritativo dinanzi al giudice amministrativo può valutare se sussistono i presupposti per sollevare un conflitto di attribuzione, ovvero se avvalersi del rimedio di carattere generale della giurisdizione generale di legittimità. Tale conclusione risulta corroborata dalla considerazione per cui, mentre la Corte costituzionale può decidere le censure attinenti al riparto delle attribuzioni, il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 113 Cost., può decidere su ogni profilo di illegittimità dell'atto, anche su dedotti aspetti di eccesso di potere, sicché, anche per esigenze di concentrazione, l'Ente in conflitto ben può scegliere se, anziché proporre due giudizi e devolvere alla Corte costituzionale l'esame dei profili sul difetto di attribuzione, sia il caso di proporre un solo ricorso al giudice amministrativo, deducendo tutti i possibili motivi di illegittimità dell'atto.

III.2 – Le condizioni dell'azione

11. – Benché la Regione Calabria non abbia contestato la legittimazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri a ricorrere nel caso di specie al giudice amministrativo, la verifica della sussistenza di tale condizione dell'azione deve essere operata d'ufficio.

11.1. – Il Tribunale ritiene, dunque, di dover esplicitare che sussiste la legittimazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri a impugnare un'ordinanza *ex art. 32, comma 3 l. n. 833 del 1978* del Presidente di una Regione in virtù delle funzioni ad essa attribuite con riferimento al rapporto tra il Governo e le Autonomie di cui la Repubblica si compone.

11.2. – Limitando l'esame ai rapporti tra Stato, Regioni e Province autonome, e senza alcuna pretesa di esaustività, si rileva che spetta al Presidente del Consiglio dei Ministri il compito di promuovere e coordinare *“l'azione del Governo per quanto attiene ai rapporti con le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano”* (art. 5, comma 3, lett. b) l. 23 agosto 1988, n. 400), nonché di promuovere lo sviluppo della collaborazione tra Stato, Regioni e Autonomie locali (art. 4 d.lgs. 30 luglio 1999, n. 303). Per svolgere tali funzioni, il Presidente si avvale della Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 2, comma 2, lett. d) d.lgs. n. 303 del 1999), presso la quale è istituito un Dipartimento per gli Affari regionali (art. 4, comma 2 d.lgs. n. 303 del 1999). Presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri è costituita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, che dal Presidente del Consiglio è presieduta e che deve essere consultata sui criteri generali relativi all'esercizio delle funzioni statali di indirizzo e di coordinamento inerenti ai rapporti tra lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti infraregionali (art. 12 l. n. 400 del 1988).

Spetta, infine, al Presidente del Consiglio dei Ministri *“promuove le iniziative necessarie per l'ordinato svolgimento dei rapporti tra Stato, regioni e autonomie locali ed assicura l'esercizio coerente e coordinato dei poteri e dei rimedi previsti per i casi di inerzia e di inadempienza”* (art. 4, comma 1 d.lgs. n. 303 del 1999).

11.3. – In sintesi, la Presidenza del Consiglio dei Ministri costituisce il fulcro del necessario

coordinamento dell'attività amministrativa posta in essere dallo Stato e dalle Autonomie di cui la Repubblica si compone. In altri termini, in capo ad essa si sintetizzano i vari interessi alla cura dei quali le amministrazioni pubbliche, statali, regionali e locali, sono preposte.

Alla Presidenza del Consiglio dei Ministri è attribuito il compito di assicurare l'esercizio coerente e coordinato dei poteri amministrativi; cosicché è logica conseguenza ritenere che ad essa sia assegnato dall'ordinamento anche il potere di agire giudizialmente, in alternativa all'esercizio delle funzioni di controllo e sostitutive previsti dalla Costituzione, laddove l'esercizio dei poteri amministrativi avvenga in maniera disarmonica o addirittura antitetica.

12. – Sussiste anche l'altra condizione dell'azione, invero messa in dubbio dalla difesa della Regione Calabria, e cioè l'interesse ad agire. In effetti, allo stato risultano in vigore sia l'ordinanza del Presidente della Regione Calabria oggetto di impugnativa, sia il d.P.C.M. del 26 aprile 2020. Benché sia stato negato in giudizio che il provvedimento regionale sia in contrasto con il d.P.C.M., di cui costituirebbe invece mera specificazione, osserva il Tribunale che il provvedimento impugnato ammette una nuova e diversa eccezione alla sospensione delle attività dei servizi di ristorazione. Dunque, l'ordinanza impugnata ha un contenuto parzialmente difforme dal d.P.C.M., rispetto al quale si pone in posizione di antinomia.

Sicché, essendo effettivo ed attuale il contrasto tra i due provvedimenti, sussiste l'interesse all'odierna decisione.

III.3. – Sui controinteressati, gli interventori e la loro posizione processuale

Omissis

14. – Occorre dunque occuparsi degli interventi adesivi spiegati, onde verificarne l'ammissibilità.

14.1. – L'art. 28, comma 2 c.p.a. stabilisce che chiunque non sia parte del giudizio e non sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni, ma vi abbia interesse, può intervenire accettando lo stato e il grado in cui il giudizio si trova. In via generale, si deve osservare che tale norma recepisce una consolidata tradizione pretoria, per cui l'intervento in giudizio va riconosciuto ammissibile anche in presenza di un interesse di mero fatto, dipendente o riflesso rispetto a quello delle parti.

Gli intervenienti, tuttavia, sono tenuti a chiarire nell'atto di intervento e a dimostrare quale sia l'interesse che intendono tutelare (cfr. CGA 3 gennaio 2017, n. 1). 14.2. – Quanto all'intervento *ad adiuvandum*, è ammesso dalla giurisprudenza più recente anche da parte del cointeressato, purché non sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni e vi abbia interesse, senza tuttavia potere ampliare il *thema decidendum*; l'intervento del cointeressato è, quindi, ammesso nei limiti della domanda già proposta, in conformità allo strumento azionato, il quale comporta per l'interveniente di accettare, ex art. 28 comma 2, c.p.a. lo stato e il grado in cui il giudizio si trova (Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4973; cfr. anche TAR Campania – Napoli, Sez. III, 14 gennaio 2019, n. 201).

14.3. – Alla stregua di tali criteri, si deve ritenere ammissibile l'intervento degli Enti locali e degli

operatori del settore della ristorazione. Quanto al Comune di Reggio Calabria, intervenuto *ad adiuvandum*, esso ha espressamente dedotto che l'ordinanza di cui si discorre incide in maniera grave sul diritto alla salute dei cittadini di cui è Ente esponenziale e che l'auspicato accoglimento del ricorso comporterà un indiretto ma rilevante vantaggio nei confronti del Comune di Reggio Calabria. Tanto più che il Sindaco del Comune ha adottato in data 30 aprile 2020 l'ordinanza contingibile e urgente n. 44 con cui ha disposto l'applicazione, sul territorio comunale, esclusivamente delle misure adottate dal Governo.

Anche il Comune di Tropea, intervenuto *ad opponendum*, ha illustrato gli interessi che hanno animato la sua iniziativa processuale, sebbene questi si pongano in una prospettiva ribaltata rispetto al Comune di Reggio Calabria. Infatti, il territorio su cui è costituito l'Ente ha forte vocazione turistica, sicché la chiusura forzata degli operatori della ristorazione per attenuare i contagi da COVID-19 ha avuto effetti devastanti sull'intero comparto economico, essendo state azzerate le presenze turistiche per i mesi di aprile e maggio. La conservazione del provvedimento impugnato rappresenta, in questo contesto, un vantaggio per la comunità di cui il Comune di Tropea è ente esponenziale, consentendo di riavviare le attività imprenditoriali.

Le medesime considerazioni valgono per il Comune di Amendolara. L'interesse fattuale degli operatori della ristorazione alla conservazione dell'ordinanza regionale impugnata è, dal canto suo, evidentemente individuabile nella possibilità di riprendere le attività imprenditoriali. 14.4. – Al contrario, è inammissibile l'intervento del CODACONS - Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori. In effetti, esso ha depositato in giudizio il proprio Statuto, da cui si evince che persegue il fine di «*tutelare con ogni mezzo legittimo, ivi compreso il ricorso allo strumento giudiziario, i diritti e gli interessi dei consumatori ed utenti [...] tale tutela si realizza nei confronti dei soggetti pubblici e privati, produttori e/o erogatori di beni e servizi, anche al fine di contribuire ad eliminare le distorsioni del mercato determinate dalla commissione di abusi e di altre fattispecie di reati contro la P.A.*».

Ma non ha specificato quale interesse, sussistente in modo omogeneo in capo agli associati, l'intervento è inteso a tutelare.

Omissis

IV – Esame dei motivi di ricorso

16. – Si può finalmente passare all'esame dei motivi di ricorso. Nondimeno, il forte interesse che nell'opinione pubblica ha suscitato l'odierno giudizio giustifica alcune sintetiche considerazioni di carattere generale. Non è compito del giudice amministrativo sostituirsi alle amministrazioni e, dunque, stabilire quale contenuto debbano avere, all'esito del bilanciamento tra i molteplici interessi pubblici o privati in gioco, i provvedimenti amministrativi. Tale principio, valido in via generale, è da affermare ancora con più forza quando, come nel caso di specie, il provvedimento amministrativo oggetto di sindacato sia stato adottato dal vertice politico-amministrativo, dotato di legittimazione democratica in quanto eletto a suffragio universale, di una delle Autonomie da cui la Repubblica è formata; e ad

impugnarlo sia l'organo di vertice del potere esecutivo, anch'esso dotato di legittimazione democratica in quanto sostenuto dalla fiducia delle Camere.

In questa prospettiva, l'operato dell'Autorità giurisdizionale, in questo caso del giudice amministrativo quale giudice naturale della funzione pubblica, è meramente tecnica, e finalizzata a verificare la conformità del provvedimento oggetto di attenzione al modello legale.

17. – Si è già accennato al § 7.1. al contenuto del d.l. n. 19 del 2020. L'art. 1 prevede, per quel che in questa sede rileva, che, allo scopo di contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19, su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso, possono essere adottate una o più misure che, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso, possono prevedere, tra l'altro, la limitazione o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, nonché di consumo sul posto di alimenti e bevande, compresi bar e ristoranti.

Il successivo art. 2, comma 1, attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di emanare, con d.P.C.M., tali misure. L'art. 3, comma 1 consente alle Regioni di adottare misure di efficacia locale *«nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale»*. Ma ciò è possibile solo a condizione che si tratti di interventi destinati a operare nelle more dell'adozione di un nuovo d.P.C.M.; che si tratti di interventi giustificati da *«situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario»* proprie della Regione interessata; che si tratti di misure *«ulteriormente restrittive»* delle attività sociali e produttive esercitabili nella Regione.

Il comma 3 dell'art 3, infine, precisa che *«le disposizioni di cui al presente articolo si applicano altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente»*.

18. – Il Tribunale ritiene che non ci siano gli estremi per sospendere il giudizio e sollevare d'innanzi alla Corte costituzionale questione di legittimità del decreto legge il cui contenuto è stato illustrato.

18.1. – Innanzitutto, va ricordato che l'odierna controversia riguarda esclusivamente la possibilità di svolgere, dal 4 maggio 2020 al 17 maggio 2020, l'attività di ristorazione con servizio al tavolo. In proposito, si osserva che l'art. 41 Cost., nel riconoscere libertà di iniziativa economica, prevede che essa non possa svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

Come noto, non è prevista una riserva di legge in ordine alle prescrizioni da imporre all'imprenditore allo scopo di assicurare che l'iniziativa economica non sia di pregiudizio per la salute pubblica, sicché tali prescrizioni possono essere imposte anche con un atto di natura amministrativa.

Non si coglie dunque un contrasto, in particolare nell'attuale situazione di emergenza sanitaria, tra la citata norma costituzionale e una disposizione legislativa che demandi al Presidente del Consiglio dei

Ministri di disporre, con provvedimento amministrativo, limitazione o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, nonché di consumo sul posto di alimenti e bevande, compresi bar e ristoranti, allo scopo di affrontare l'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del virus COVID-19.

Tanto più che, come rivela l'esame dell'art. 1 del d.l. n. 19 del 2020, il contenuto del provvedimento risulta predeterminato («*limitazione o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, nonché di consumo sul posto di alimenti e bevande (...)»*), mentre alla discrezionalità dell'Autorità amministrativa è demandato di individuare l'ampiezza della limitazione in ragione dell'esame epidemiologico. 18.2. – Non vi può essere dubbio che lo Stato rinvienga la competenza legislativa all'adozione del decreto *de quo* innanzitutto nell'art. 117, comma 2, lett. q) Cost., che gli attribuisce competenza esclusiva in materia di «*profilassi internazionale*».

Ma la competenza legislativa si rinviene anche nel terzo comma del medesimo art. 117 Cost., che attribuisce allo Stato competenza concorrente in materia di «*tutela della salute*» e «*protezione civile*».

18.3. – A tale ultimo proposito, occorrono alcune ulteriori osservazioni, che traggono le mosse dal duplice rilievo critico secondo cui l'impianto normativo delineato dal d.l. n. 19 del 2020 comporterebbe un'inammissibile delega al Presidente del Consiglio dei Ministri del potere di restringere le libertà costituzionali dei cittadini e comporterebbe un'alterazione alla ripartizione dei compiti amministrativi delineata dall'art. 118 Cost.

Limitando, per evidenti ragioni, il campo dell'analisi alla sola possibilità di limitare o sospendere le attività di somministrazione al pubblico di cibi e bevande, il Tribunale ritiene di dover innanzitutto ribadire quanto già anticipato al § 18.1., e cioè che è la legge a predeterminare il contenuto della restrizione alla libertà di iniziativa economica, demandando ad un atto amministrativo la commisurazione dell'estensione di tale limitazione.

Ciò posto, il fatto che la legge abbia attribuito al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di individuare in concreto le misure necessarie ad affrontare un'emergenza sanitaria trova giustificazione nell'art. 118, comma 1 Cost.: il principio di sussidiarietà impone che, trattandosi di emergenza a carattere internazionale, l'individuazione delle misure precauzionali sia operata al livello amministrativo unitario.

18.4. – Ma, una volta accertato che l'individuazione nel Presidente del Consiglio dei Ministri dell'Autorità che deve individuare le specifiche misure necessarie per affrontare l'emergenza è conforme al principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost., deve altresì essere affermato che ciò giustifica l'attrazione in capo allo Stato della competenza legislativa, pur in materie concorrenti quali la «*tutela della salute*» e la «*protezione civile*».

È noto, infatti, che la Corte costituzionale ha ritenuto (sin dalla sentenza dell'1 ottobre 2003, n. 303, con cui ha per la prima volta teorizzato la c.d. chiamata in sussidiarietà) che l'avocazione della funzione amministrativa si deve accompagnare all'attrazione della competenza legislativa necessaria

alla sua disciplina, onde rispettare il principio di legalità dell'azione amministrativa, purché all'intervento legislativo per esigenze unitarie si accompagnino forme di leale collaborazione tra Stato e Regioni nel momento dell'esercizio della funzione amministrativa (cfr., sul punto, Corte cost. 22 luglio 2010, n. 278).

Nel caso di specie, conformemente al principio enucleato dalla Corte costituzionale, l'art. 2 d.l. n. 19 del 2020 prevede espressamente che il Presidente del Consiglio dei Ministri adotti i decreti sentiti – anche – i Presidenti delle Regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale.

18.5. Omissis

18.6. – Va conclusivamente affermato che le questioni di legittimità costituzionale del d.l. n. 19 del 2020 sollevate appaiono manifestamente infondate, onde non occorre rimetterle alla Corte costituzionale.

19. – Il d.P.C.M. 26 aprile 2020, dal canto suo, non è un atto a carattere normativo, bensì un atto amministrativo generale. Esso non può essere oggetto di disapplicazione da parte del giudice amministrativo, essendo piuttosto onere del soggetto interessato promuovere tempestivamente l'azione di annullamento.

20. – Giunti a questo punto, emerge chiaramente l'illegittimità dell'ordinanza del Presidente della Regione Calabria denunciata con il primo motivo di ricorso. Spetta infatti al Presidente del Consiglio dei Ministri individuare le misure necessarie a contrastare la diffusione del virus COVID-19, mentre alle Regioni è dato intervenire solo nei limiti delineati dall'art. 3, comma 1 d.l. n. 19 del 2020, che però nel caso di specie è indiscusso che non risultino integrati.

Né l'ordinanza di cui si discute potrebbe trovare un fondamento nell'art. 32 l. n. 833 del 1978. Infatti, come correttamente messo in evidenza dall'Avvocatura dello Stato, i limiti al potere di ordinanza del Presidente della Regione delineati dall'art. 3, comma 1 d.l. n. 19 del 2020 valgono, ai sensi del successivo terzo comma, per tutti gli *«atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente»*.

21. – È fondato, nei limiti di seguito specificati, anche il secondo motivo di ricorso. Invero, l'ordinanza regionale motiva la nuova deroga alla sospensione dell'attività di ristorazione, mediante l'autorizzazione al servizio al tavolo, con il mero riferimento del rilevato valore di replicazione del virus COVID-19, che sarebbe stato misurato in un livello tale da indicare una regressione dell'epidemia.

È però ormai fatto notorio che il rischio epidemiologico non dipende soltanto dal valore attuale di replicazione del virus in un territorio circoscritto quale quello della Regione Calabria, ma anche da altri elementi, quali l'efficienza e capacità di risposta del sistema sanitario regionale, nonché l'incidenza che

sulla diffusione del virus producono le misure di contenimento via via adottate o revocate (si pensi, in proposito, alla diminuzione delle limitazioni alla circolazione extraregionale). Non a caso, le restrizioni dovute alla necessità di contenere l'epidemia sono state adottate, e vengono in questa seconda fase rimosse, gradualmente, in modo che si possa misurare, di volta in volta, la curvatura assunta dall'epidemia in conseguenza delle variazioni nella misura delle interazioni sociali.

Un tale *modus operandi* appare senza dubbio coerente con il principio di precauzione, che deve guidare l'operato dei poteri pubblici in un contesto di emergenza sanitaria quale quello in atto, dovuta alla circolazione di un virus, sul cui comportamento non esistono certezze nella stessa comunità scientifica.

Si badi, che detto principio, per cui ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655), deve necessariamente presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione (Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5).

È chiaro che, in un simile contesto, ogni iniziativa volta a modificare le misure di contrasto all'epidemia non possono che essere frutto di un'istruttoria articolata, che nel caso di specie non sussiste.²² – Va infine rilevata la fondatezza anche dell'ultimo motivo di ricorso.

Sul punto, occorre ricordare come la violazione del principio di leale collaborazione costituisca elemento sintomatico del vizio dell'eccesso di potere (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 14 dicembre 2001, n. 9). Nel caso di specie, non risulta che l'emanazione dell'ordinanza oggetto di impugnativa sia stata preceduta da qualsivoglia forma di intesa, consultazione o anche solo informazione nei confronti del Governo.

Anzi, il contrasto nei contenuti tra l'ordinanza regionale e il d.P.C.M. 26 aprile 2020 denota un evidente difetto di coordinamento tra i due diversi livelli amministrativi, e dunque la violazione da parte della Regione Calabria del dovere di leale collaborazione tra i vari soggetti che compongono la Repubblica, principio fondamentale nell'assetto di competenze del titolo V della Costituzione.

23. – In conclusione, per tutte le ragioni esposte l'ordinanza, nella parte oggetto di impugnativa, deve essere annullata. La novità, la complessità, la delicatezza della tematiche trattate giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese e competenze di lite.

4. L'interesse a ricorrere

4.1. 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, 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 evidenzia 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, 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.

Omissis

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., 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., 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 §§ 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.

4.2. 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 necessità 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).

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; 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

4. 3. 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 didattica 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 istruttoria 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 ricorrenti 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 nel 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 proposito, 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*” lasciati 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.

5. L'azione di annullamento

5.1. Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755

Omissis

3. Con il secondo motivo (che ha una rilevanza centrale nel giudizio), l'appellante lamenta la violazione del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, per l'omessa acquisizione della valutazione ambientale strategica, antecedentemente alla approvazione del piano venatorio. Omissis

5.5. Concludendo sul punto, gli atti impugnati in primo grado, nel ritenere non necessaria la VAS prescritta dalla normativa statale del 2006, e nel ritenere sufficienti le 'valutazioni di incidenza', si è posta in contrasto con le disposizioni statali emanate nel 2006 nel frattempo entrate in vigore, nonché in contrasto col principio (enunciato in via ricognitiva dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 225 del 2009), per il quale, poiché la disciplina della VAS rientra nella materia della tutela dell'ambiente di competenza dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., la Regione non può ridurre la tutela ambientale, i cui standard minimi siano stati fissati dalla legge statale.

Va pertanto accolta la censura di violazione dell'originario art. 4, comma 3, del d.lg. n. 152 del 2006, con le conseguenze che saranno di seguito esposte.

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 regola 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 amministrativo (sulla 'tutela piena ed effettiva'), il giudice può emettere le statuizioni che risultino in concreto soddisfattive 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 programmatico e di regolamentazione è risultato privo di specifici vizi sostanziali (pur se – per il procedimento seguito – è ragionevole supporre che la

manca 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. 2. 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), 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, diversamente 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.**), 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 conseguenziale 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 giurisdizione 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 e, in virtù del rinvio esterno ai sensi dell'art. 39 cod. proc. amm., anche quanto prevede il codice di procedura civile.

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 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 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, 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.**).

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 "sécurité 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 risaleza 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.

5.3.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 & 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. Radicati 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 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 allorché 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 gradi i motivi posti a sostegno dell'unica domanda di annullamento proposta ovvero gradi 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 esplicitare 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. Derghe 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 legittimità in 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 disporre 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.

6. L'azione di condanna al risarcimento del danno

6.1. Corte di Cassazione, S. U., 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. Conseguente 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.

È 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 redistribuzione 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. Riperkorrendo 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 cioè 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 cioè 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).

È 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 cioè 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 cioè 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 cioè 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 cioè 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").

È 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 rinvencono 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 rinvencono 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 aquiliana (*) postula quindi che il danno inferto presenti la duplice caratteristica di essere *contra ius*, e cioè lesivo di un diritto soggettivo (assoluto), e non *iure*, e cioè 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 cioè 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 aquiliana (*) 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 cioè 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 cioè 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:

- a) 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);
- b) 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;
- c) 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:

- a) in primo luogo, dovrà accertare la sussistenza di un evento dannoso;
- b) 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, cioè, 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);
- c) 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.;
- d) 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.

6.2 Consiglio di Stato, Ad. pl., 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, dichiara l'improponibilità della domanda con il giudicato che, pronunciandosi nel merito, dichiara 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 2008, 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.

5. La mancanza di una pregiudizialità di stretto rito è desumibile dalla ricordata autonomia, sul piano dell'oggetto e dell'effetto, dell'iniziativa impugnatoria rispetto al rimedio risarcitorio, tale da escludere che, per definizione e in astratto, una sentenza che condanni al risarcimento del danno cagionato dal provvedimento si risolva nella caducazione degli effetti dell'atto e, quindi, in una non ammissibile elusione del termine decadenziale, con frustrazione dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici amministrativi perseguita dalla previsione di detto termine.

Si consideri poi, a conferma della diversità e della non automatica sovrapponibilità delle regole di validità del provvedimento rispetto a quelle di liceità del fatto, che il danno non è di norma cagionato dal provvedimento in sé inteso ma da un fatto, ossia da un comportamento, in seno al quale rilevano anche le condotte precedenti e successive all'atto. In caso di fatto illecito non viene allora in rilievo una mera illegittimità del provvedimento in sé ma un'illiceità della condotta complessiva riguardo alla quale assume rilievo centrale il giudizio sintetico-comparativo di valore sull'ingiustizia del danno nonché la valutazione della rimproverabilità soggettiva del contegno.

In definitiva, nell'ambito di un giudizio risarcitorio relativo alla liceità dell'*agere* amministrativo, l'omessa impugnazione del provvedimento non può essere adeguatamente affrontata in termini processuali come condizione di ammissibilità della domanda per via dell'estensione analogica di un termine decadenziale previsto per l'impugnazione, termine per sua natura eccezionale e, quindi, sottoposto al rispetto di un canone di stretta interpretazione. Di tanto è consapevole lo stesso legislatore che, proprio nell'assunto della non estensibilità del termine decadenziale che governa il rimedio impugnatorio ad una domanda che ha un diverso oggetto e mira a produrre un diverso effetto, ha previsto, per il futuro, un autonomo termine decadenziale per l'*actio damni* proposta a tutela di interessi legittimi, pari a centoventi giorni, a fronte del termine di prescrizione quinquennale sancito, in via generale, per i fatti illeciti, dall'art. 2947 c.c.

La mancata operatività di una pregiudizialità processuale si coniuga con gli arresti della prevalente giurisprudenza comunitaria che considerano la domanda di annullamento e quella di risarcimento rimedi autonomi pur se escludono la favorevole valutazione della domanda risarcitoria quando essa mascheri un'ormai tardiva azione di annullamento, così come negano la risarcibilità dei danni che sarebbero stati evitati con la tempestiva impugnazione (Corte Giust. 28 aprile 1971, in causa C-4/69, *Lutticke*; Corte Giust. 2 dicembre 1971, in causa C-5/71, *Actien-Zuckerfabrik*; Corte Giust. 4 ottobre 1979, in cause riunite 241, 242, 245-250/78, *DGV-Deutsche Getreivertretung*; Corte Giust. 17 maggio 1990, in causa C-87/89, *Sonito*; Trib. primo grado 8 maggio 2001, in causa T-182/99, *Caravelis*; vedi anche, con riguardo al problema affine dei rapporti tra ricorso in carenza e domanda di risarcimento, Corte Giust. 2 luglio 1974, in causa C-153/73, *Holtz e Willemsen GmbH c. Consiglio e Commissione*).

La soluzione adottata dal diritto comunitario, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, nel senso dell'autonomia processuale delle due tecniche di protezione, assume un rilievo pregnante nel nostro ordinamento alla luce dell'art. 1 del codice del processo amministrativo che richiama espressamente i principi della Costituzione e del diritto europeo volti ad assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

La soluzione è suffragata anche dall'evoluzione della legislazione nazionale - registratasi già prima dal codice del processo amministrativo e da questo armonicamente portata a compimento - in ordine alle tecniche di tutela dell'interesse legittimo ed al sistema delle invalidità nel diritto amministrativo.

La tesi della necessaria subordinazione della tutela risarcitoria alla tutela di annullamento è, infatti, non in linea con la tendenza legislativa a superare il modello dell'esclusività della tutela impugnatoria con la conseguente ammissione di tecniche di tutela dell'interesse legittimo anche dichiarative (art. 21 *septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241/1990, in materia di azione di nullità) e di condanna (art. 2, comma 8, di tale legge e art. 21 *bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, in tema di azione nei confronti del silenzio non significativo; art. 7, comma 3, di tale legge, come mod. dalla legge n. 205 del 2000; art. 21 *bis* della legge 1971, n. 1034, introdotto dalla stessa legge n. 205 del 2000, rispettivamente in materia di tutela risarcitoria in generale e di danno da ritardo).

Si deve, in particolare, osservare, a conferma del superamento della centralità della tutela di annullamento ove siano percorribili altre e più appropriate forme di tutela, che l'art. 21 *octies*, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 14 della legge 11 febbraio 2005, n. 15, ha

statuito che il provvedimento amministrativo non è suscettibile di annullamento ove sia affetto da vizi procedurali o formali che non abbiano influito sul contenuto dispositivo dell'atto finale.

Sullo stesso solco si pone il citato art. 34, comma 3, del codice del processo amministrativo-richiamato, nel rito dei contratti pubblici, dall'art. 125, comma 3- , il quale stabilisce che “quando nel corso del giudizio l'annullamento del provvedimento non risulti più utile per il ricorrente il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse a fini risarcitori”.

La disposizione consente che un'azione costitutiva di annullamento, non più supportata dal necessario interesse, sia convertita in un'azione meramente dichiarativa di accertamento dell'illegittimità, da far valere in un (anche successivo) giudizio di risarcimento.

Si recepisce, in sostanza, l'indirizzo ermeneutico, già tracciato da questo Consiglio (sez. V, 16 giugno 2009, n. 3849), secondo cui, a fronte della domanda di annullamento inidonea a soddisfare l'interesse in forma specifica (nella specie veniva in considerazione un provvedimento di espropriazione relativo ad aree non più restituibili in quanto irreversibilmente trasformate), la pronuncia - nel caso in parola motivata con riguardo alla *regula iuris* sottesa agli artt. 2058 e 2933 c.c. - deve limitarsi ad un accertamento dell'illegittimità, senza esito di annullamento, ai soli fini della tutela risarcitoria invocabile con riguardo agli eventuali danni patiti per effetto dell'esecuzione del provvedimento impugnato.

Va, da ultimo, osservato che l'autonomia del mezzo impugnatorio quale strumento idoneo a soddisfare in modo adeguato la pretesa azionata anche in caso di preclusione della tutela di annullamento, è stata di recente ribadita dalla Corte Costituzionale con la sentenza 11 febbraio 2011, n. 49, che ha respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata, rispetto ai parametri di cui agli art. 2, 24, 103 e 113 della Costituzione, nei confronti dell'art. 2, commi 1, lettera b), e, *in parte qua*, 2, del decreto-legge 19 agosto 2003, n. 220, convertito dalla legge 17 ottobre 2003, n. 280, nella parte in cui detta una normativa che riserva al giudice sportivo la cognizione delle controversie relative alle sanzioni disciplinari non tecniche inflitte ad atleti, tesserati associazioni e società sportive, sottraendola al giudice amministrativo, anche là dove esse incidano su diritti ed interessi legittimi.

Al par. 4.5. della motivazione, la sentenza della Consulta ha posto a fondamento della statuizione di rigetto il rilievo che la mancata praticabilità della tutela impugnatoria non toglie che le situazioni di diritto soggettivo o di interesse legittimo siano adeguatamente tutelabili innanzi al giudice amministrativo, munito oltretutto di giurisdizione esclusiva *in subiecta materia*, mediante la tutela risarcitoria.

Si supera così l'impostazione tradizionale che vedeva l'annullamento quale sanzione indefettibile a fronte del riscontro di un vizio di legittimità, dandosi vita ad un sistema delle tutele duttile, che consente un accertamento non costitutivo dell'illegittimità, a fini risarcitori.

In definitiva, l'evoluzione del diritto amministrativo, già nel sistema normativo anteriore al codice del processo amministrativo, si è orientata in senso opposto alla praticabilità di una soluzione rigidamente processuale che imponga la proposizione del ricorso di annullamento quale condizione per accedere alla tutela risarcitoria anche quando la sentenza costitutiva non sia, o non sia più, necessaria ed utile per soddisfare l'interesse sostanziale al bene della vita.

6. La soluzione esposta si pone in linea di continuità con il più recente orientamento interpretativo di questo Consiglio (sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3059; sez. V, 3 febbraio 2009, n. 578; sez. VI, 21 aprile

2009, n. 24363; sez V, 3 novembre 2010, n. 7766), che ha spostato l'indagine sul rapporto tra azione di danno e domanda di annullamento dal terreno processuale al piano sostanziale, pervenendo alla condivisibile conclusione che la mancata promozione della domanda impugnatoria non pone un problema di ammissibilità dell'*actio damni* ma è idonea ad incidere sulla fondatezza della domanda risarcitoria.

L'Adunanza Plenaria, sviluppando queste coordinate ermeneutiche alla luce dei principi ricavabili anche dal sopravvenuto codice del processo amministrativo, reputa che l'analisi dei rapporti sostanziali debba essere svolta, piuttosto che sul piano dell'ingiustizia del danno valorizzato dalle pronunce in esame, su quello della causalità.

Detta indagine consente, in modo più appropriato, di introdurre il necessario temperamento all'autonomia processuale delle tutele cogliendo la dipendenza sostanziale, come fatto da apprezzare in concreto, tra rimedio impugnatorio e azione risarcitoria.

In questo quadro, le esigenze di preservazione della stabilità dei rapporti pubblicistici e di prevenzione di comportamenti opportunistici, perseguite dalla giurisprudenza anche di questa Adunanza Plenaria con l'affermazione del principio della pregiudizialità ed evidenziate in modo puntuale nell'ordinanza di rimessione, possono allora essere soddisfatte, in modo più convincente, con l'applicazione delle norme di cui agli artt. 1223 e seguenti del codice civile in materia di causalità giuridica.

7. Assume rilievo, in particolare, il più volte citato disposto dell'art. 1227, comma 2, del codice civile - norma applicabile anche in materia aquiliana per effetto del rinvio operato dall'art. 2056 - che, dando seguito ad un principio già affermato dalla dottrina francese ottocentesca, considera non risarcibili i danni evitabili con un comportamento diligente del danneggiato.

L'Adunanza, riprendendo le indicazioni già in precedenza fornite, reputa che la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione e degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, oggi sancita dall'art. 30, comma 3, del codice del processo amministrativo, sia ricognitiva di principi già evincibili alla stregua di un'interpretazione evolutiva del capoverso dell'articolo 1227 cit.

7.1. Come è noto, le regole di cui al primo e al secondo comma dell'art. 1227 disciplinano i due diversi segmenti del nesso causale in materia di illecito civile.

In particolare, il comma 1, in combinato disposto con l'art. 1218 c.c., nell'affrontare il primo stadio della causalità (c.d. causalità materiale), inerente al rapporto tra condotta illecita (o inadempitiva) e danno-evento, valorizza il concorso di colpa del danneggiato come fattore che limita il risarcimento del danno-causato in parte dallo stesso danneggiato o dalle persone di cui questi risponde.

Il comma 2, invece, operando sui criteri di determinazione del danno-conseguenza ex art. 1223 c.c., regola il secondo stadio della causalità (c.d. causalità giuridica), relativo al nesso tra danno-evento (o evento-inadempimento contrattuale) alle conseguenze dannose da esso derivanti.

In questo quadro la norma introduce un giudizio basato sulla cd. causalità ipotetica, in forza del quale non deve essere risarcito il danno che il creditore non avrebbe subito se avesse serbato il comportamento collaborativo cui è tenuto, secondo correttezza. Si vuole, a questa stregua, circoscrivere il danno derivante dall'inadempimento entro i limiti che rappresentano una diretta conseguenza dell'altrui colpa.

Sul piano teleologico, la prescrizione, espressione del più generale principio di correttezza nei rapporti bilaterali, mira a prevenire comportamenti opportunistici che intendano trarre occasione di lucro da situazioni che hanno leso in modo marginale gli interessi dei destinatari tanto da non averli indotti ad attivarsi in modo adeguato onde prevenire o controllare l'evolversi degli eventi (cfr., per ulteriori applicazioni del principio di causalità ipotetica, artt. 1221, comma 1 e 1805, comma 2 c.c., 369 cod nav.).

L'articolo 1227, capoverso, costituisce allora applicazione del più generale principio di esclusione della responsabilità ogni volta in cui si provi, in base ad un giudizio ipotetico più che strettamente causale, che il danno prodottosi non rappresenta una perdita patrimoniale per il creditore o per il danneggiato in quanto l'avrebbe egualmente subita o perché avrebbe potuto evitarla.

La giurisprudenza e la dottrina hanno nel tempo dilatato, in sede interpretativa, la portata ed i confini dell'impegno cooperativo gravante sul creditore vittima di un altrui comportamento illecito.

Risulta così superato il tradizionale indirizzo restrittivo secondo il quale il canone della «diligenza» di cui all'art. 1227, comma 2, imporrebbe il mero obbligo (negativo) del creditore di astenersi da comportamenti volti ad aggravare il danno, mentre esulerebbe dallo spettro degli sforzi esigibili la tenuta di condotte di tipo positivo sostanziandosi in un *facere*. La giurisprudenza più recente, muovendo dal presupposto che la disposizione in parola non è formula meramente ricognitiva dei principi che governano la causalità giuridica consacrati dall'art. 1223 c.c. ma costituisce autonoma espressione di una regola precettiva che fonda doveri comportamentali del creditore imperniati sul canone dell'auto-responsabilità, ha, infatti, adottato un'interpretazione estensiva ed evolutiva del comma 2 dell'art. 1227, secondo cui il creditore è gravato non soltanto da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno), ma anche da un obbligo positivo (tenere quelle condotte, anche positive, esigibili, utili e possibili, rivolte a evitare o ridurre il danno).

Tale orientamento si fonda su una lettura dell'art. 1227, comma 2, alla luce delle clausole generali di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. e, soprattutto, del principio di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost. Detto approccio ermeneutico è, quindi, ispirato da una lettura della struttura del rapporto obbligatorio in forza della quale, anche nella fase patologica dell'inadempimento, il creditore, ancorché vittima dell'illecito, è tenuto ad una condotta positiva (cd. controazione) tesa ad evitare o a ridurre il danno.

Un limite all'obbligazione cooperativa e mitigatrice del creditore e agli sforzi in capo allo stesso esigibili è, peraltro, rappresentato dalla soglia del c.d. apprezzabile sacrificio: il danneggiato è tenuto ad agire diligentemente per evitare l'aggravarsi del danno, ma non fino al punto di sacrificare i propri rilevanti interessi personali e patrimoniali, attraverso il compimento di attività complesse, impegnative e rischiose. L'obbligo di cooperazione gravante sul creditore, espressione del dovere di correttezza nei rapporti fra gli obbligati, non comprende, pertanto, l'esplicazione di attività straordinarie o gravose attività, ossia un *"facere"* non corrispondente all' *id quod plerumque accidit*. (così, da ultimo, Cass.civ., sez. I, 5 maggio 2010, n. 10895).

7.2. Resta allora da vedere, venendo al tema oggetto del presente giudizio, se nel novero dei comportamenti esigibili dal destinatario di un provvedimento lesivo sia sussumibile, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., anche la formulazione, nel termine di decadenza, della domanda di annullamento, quante volte l'utilizzazione tempestiva di siffatto rimedio sarebbe stata idonea, secondo il ricordato

paradigma della causalità ipotetica basata sul giudizio probabilistico, ad evitare, in tutto o in parte, il pregiudizio.

7.2.1. L'Adunanza non ignora che, secondo l'orientamento interpretativo tradizionalmente prevalente, il comportamento operoso richiesto al creditore non comprenderebbe l'esperimento di un'azione giudiziaria, sia essa di cognizione o esecutiva, trattandosi di attività per definizione complessa e aleatoria, come tale non esigibile in quanto esplicativa di una mera facoltà, dall'esito non certo.

Questo Consiglio reputa tuttavia che tale indirizzo, laddove fissa, con affermazione perentoria ed astratta, il principio dell'inesigibilità *ex bona fide* di condotte processuali, meriti rivisitazione.

In linea di principio va osservato che il principio dell'insindacabilità delle scelte giudiziarie, al di là dei limiti e dei divieti puntualmente stabiliti, è interessato da un graduale ma chiaro superamento da parte della giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione, propensa a sanzionare le condotte processualmente scorrette con gli strumenti del divieto dell'abuso del diritto, della clausola di buona fede e dell'*exceptio doli generalis*.

Va ricordata, al riguardo, la sentenza della Cassazione, sezioni unite, 15 novembre 2007, n. 23726 (conf. sez. III 3 maggio 2008, n. 15476; sez. II, 27 maggio 2008, n. 13791), che ha affermato il principio secondo cui il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario integra condotta contraria alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, e si risolve in abuso del processo ostativo all'esame della domanda.

Tale pronuncia afferma con forza la vigenza, nel nostro sistema, di un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto.

A questa stregua la disarticolazione, da parte del creditore, dell'unità sostanziale del rapporto (sia pure nella fase patologica della coazione all'adempimento), oltre a violare il generale dovere di correttezza e buona fede, in quanto attuata nel processo e tramite il processo, si risolve anche in abuso dello stesso ed in una violazione del canone del giusto processo. Viene così in rilievo una condotta che, pur formalmente conforme al paradigma normativo, disattende il limite modale che impone al titolare di ogni situazione soggettiva di non azionarla con strumenti, sostanziali e processuali, che infliggano all'interlocutore un sacrificio non comparativamente giustificato dal perseguimento di un lecito e ragionevole interesse (v. sul concetto di limite modale, con particolare riguardo all'esercizio del diritto di recesso nei rapporti negoziali, Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106).

Il divieto di abuso del diritto si applica allora anche in chiave processuale: il creditore deve evitare di esercitare un'azione con modalità tali da implicare un aggravio della sfera del debitore, sì che il divieto di abuso del diritto diviene anche divieto di abuso del processo. Si giunge, così, all'elaborazione della figura dell'abuso del processo quale esercizio improprio, sul piano funzionale e modale, del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa (conf. Cass., sez. I, 3 maggio 2010, n. 10634, che applica il principio del divieto di abuso del processo ai fini della liquidazione delle spese giudiziali; per un ancoraggio dell'abuso del processo, in correlazione agli artt. 24, 111 e 113 Cost. nonché ai principi del diritto europeo, si vedano gli articoli 88, 91, 94 e 96 del codice di rito civile e gli artt. 1, 2 e 26 del codice del processo amministrativo).

Ai fini che qui interessano, assume particolare rilievo la circostanza, sottolineata dalle Sezioni Unite, che il divieto di abuso concerne, oltre che la fase fisiologica del rapporto, anche quella patologica: il creditore, cioè, deve cooperare col debitore non solo per agevolare l'adempimento, ma anche per non aggravare la sua posizione una volta che si è verificata la violazione dell'impegno obbligatorio. E tanto si ricava proprio dal secondo comma dell'art. 1227 c.c., il quale impone a colui che abbia subito l'inadempimento (o il fatto illecito) di porre in essere in base a buona fede anche comportamenti attivi, entro i limiti del sacrificio non apprezzabile, per evitare l'aggravamento del danno.

7.2.2. In definitiva, la persuasiva elaborazione pretoria di cui si è dato conto mette in luce che il divieto di tenere condotte contrarie a buona fede ha un ancoraggio costituzionale nel dettato dell'art. 2 Cost, costituisce canone di valutazione anche delle condotte processuali ed opera anche nella fase patologica del rapporto obbligatorio.

Ora, se si considera che, alla stregua di questa recente e convincente lettura, l'obbligo di cooperazione di cui al comma 2 dell'art. 1227 ha fondamento proprio nel canone di buona fede *ex art. 1175 c.c.* e, quindi, nel principio costituzionale di solidarietà, si deve concludere che anche le scelte processuali di tipo omissivo possono costituire in astratto comportamenti apprezzabili ai fini della esclusione o della mitigazione del danno laddove si appuri, alla stregua del giudizio di causalità ipotetica di cui si è detto, che le condotte attive trascurate non avrebbero implicato un sacrificio significativo ed avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno.

Si deve allora preferire al tradizionale indirizzo che esclude, per definizione, la sindacabilità delle condotte processuali ai sensi del capoverso dell'art. 1227 c.c., un più duttile criterio interpretativo che, in coerenza con le clausole generali in materia di correttezza, buona fede e solidarietà di cui la norma in esame è espressione, consenta la valutazione della condotta complessiva, anche processuale, del creditore, con riguardo alle specificità del caso concreto.

7.2.3. Applicando detto criterio interpretativo, si deve allora ritenere che la mancata impugnazione di un provvedimento amministrativo possa essere ritenuto un comportamento contrario a buona fede nell'ipotesi in cui si appuri che una tempestiva reazione avrebbe evitato o mitigato il danno (in questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2010, n. 7124; sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 5183; sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6908; sez. IV 3 maggio 2005, n. 2136).

Si deve, infatti, considerare che il ricorso per annullamento finalizzato a rimuovere la fonte del danno, pur non essendo più l'unica tutela esperibile, è il mezzo di cui l'ordinamento giuridico processuale dota i soggetti lesi da un provvedimento illegittimo proprio per evitare che quest'ultimo produca conseguenze dannose. Ne deriva che l'utilizzo del rimedio appropriato coniato dal legislatore proprio al fine di raggiungere gli obiettivi della tutela specifica delle posizioni incise e della prevenzione del danno possibile, costituisce, in linea di principio, condotta esigibile alla luce del dovere di solidale cooperazione di cui alla norma civilistica in esame.

Nella specie assume un ruolo decisivo la considerazione, di tipo comparativo, che la tecnica di tutela non praticata, quella di annullamento, se si eccettua il profilo del termine decadenziale, non implica costi ed impegno superiori a quelli richiesti per la tecnica di tutela risarcitoria, ed anzi si presenta più semplice e meno aleatoria nella misura in cui richiede il solo riscontro della presenza di un vizio di legittimità invalidante senza postulare la dimostrazione degli altri elementi invece necessari a fini

risarcitori, quali l'elemento soggettivo, il duplice nesso eziologico nonché l'esistenza e la consistenza del danno risarcibile in base ai parametri di cui agli artt. 1223 e seguenti del codice civile

Si deve allora reputare che la scelta di non avvalersi della forma di tutela specifica e non (comparativamente) complessa che, grazie anche alle misure cautelari previste dall'ordinamento processuale, avrebbe plausibilmente (ossia più probabilmente che non) evitato, in tutto o in parte il danno, integra violazione dell'obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile. Detta omissione, apprezzata congiuntamente alla successiva proposizione di una domanda tesa al risarcimento di un danno che la tempestiva azione di annullamento avrebbe scongiurato, rende configurabile un comportamento complessivo di tipo opportunistico che viola il canone della buona fede e, quindi, in forza del principio di auto-responsabilità cristallizzato dall'art. 1227, comma 2, c.c., implica la non risarcibilità del danno evitabile.

A diversa conclusione si deve invece pervenire laddove la decisione di non fare leva sullo strumento impugnatorio sia frutto di un'opzione discrezionale ragionevole e non sindacabile in quanto l'interesse all'annullamento oggettivamente non esista, sia venuto meno e, in generale, non sia adeguatamente suscettibile di soddisfazione. Si consideri, a titolo esemplificativo, l'ipotesi in cui il provvedimento sia stato immediatamente eseguito producendo una modificazione di fatto irreversibile; o quella in cui i tempi tecnici del processo non consentano, ragionevolmente, di praticare, in modo efficiente, il rimedio della tutela ripristinatoria; o, ancora, le situazioni in cui, per effetto di specifica previsione di legge (cfr. l'art. 246, comma 4, del codice dei contratti pubblici, da ultimo confluito nell'art. 125, comma 3, del codice del processo amministrativo), il mezzo dell'annullamento non possa soddisfare, in termini reali, l'aspirazione al conseguimento del bene della vita desiderato. Dette evenienze, ostative al soddisfacimento in natura della posizione azionata, possono maturare nel corso del giudizio in guisa da produrre la concentrazione in itinere della domanda sul solo profilo del risarcimento sulla base della regola giurisprudenziale prima ricordata, oggi canonizzata dall'art. 34, comma 3, del codice del processo amministrativo.

La soluzione esposta, che riprende indicazioni già fornite dalla Corte di Cassazione nelle citate ordinanze delle Sezioni Unite 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660, si pone in linea con l'indirizzo sostenuto dalla prevalente giurisprudenza comunitaria che, come in precedenza sottolineato, pur ammettendo la proponibilità della domanda risarcitoria in via autonoma rispetto al rimedio impugnatorio, considera nel merito infondata la pretesa al ristoro dei danni che sarebbero stati evitati mediante la tempestiva impugnazione dell'atto lesivo.

Si sancisce in questo modo un coordinamento, non processuale ma sostanziale, tra il rimedio caducatorio e quello risarcitorio. In questi termini, come è stato efficacemente notato in dottrina, si può parlare di un *coordinamento delle tutele* più che di un *coordinamento delle azioni*.

7.2.4. Va soggiunto che la mancata proposizione del ricorso per annullamento va apprezzata nel quadro di una valutazione più ampia - oggi recepita dagli artt. 30 e 124 del codice del processo amministrativo oltre che dall'art. 243 *bis* del codice dei contratti pubblici- del comportamento complessivo della parte in seno al quale detta omissione processuale si colloca.

Andrà allora ponderata la concorrente rilevanza eziologica spiegata dal mancato utilizzo di rimedi e di condotte che, non implicando rilevanti costi e oneri, sono, a maggior ragione, esigibili, alla stregua dei

canoni ermeneutici sopra esposti, come l'attivazione del rimedio dei ricorsi amministrativi e la proposizione di tempestive istanze volte a sollecitare la rimozione o la modificazione in autotutela del provvedimento illegittimo, in una agli ulteriori comportamenti diligenti idonei ad incidere in senso favorevole sul rapporto amministrativo oggetto del provvedimento illegittimo (cfr. art. 243 bis del codice dei contratti pubblici).

8. Vanno, infine, analizzati i profili processuali e probatori che connotano l'applicazione al processo amministrativo della *regula iuris* sottesa all'art. 1227, capoverso, del codice civile.

Questa Adunanza reputa di non diversi discostare e dall'orientamento già espresso dal Consiglio (sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 5183) in merito alla necessità di adattare l'applicazione della regola civilistica alle peculiarità del processo amministrativo imperniato sul metodo acquisitivo che permea l'operatività del principio dispositivo (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11 febbraio 2011, n. 924; vedi oggi l'art. 63, comma 2, del codice del processo amministrativo). Si deve poi tenere conto della specificità del tema probatorio in esame, il quale impinge in buona misura su *quaestiones iuris* - quelle relative all'individuazione degli strumenti giuridici di tutela praticabili, al plausibile esito del ricorso per annullamento ed agli sbocchi degli ulteriori mezzi di tutela anche stragiudiziali - che soggiacciono al principio *iura novit curia*.

Si deve allora ritenere che, sulla base di principi già desumibili dal quadro normativo precedente ed oggi recepiti dall'art. 30, comma 3, del codice del processo amministrativo, il Giudice amministrativo sia chiamato a valutare, senza necessità di eccezione di parte ed acquisendo anche d'ufficio gli elementi di prova all'uopo necessari, se il presumibile esito del ricorso di annullamento e dell'utilizzazione degli altri strumenti di tutela avrebbe, secondo un giudizio di causalità ipotetica basato su una logica probabilistica che apprezzi il comportamento globale del ricorrente, evitando in tutto o in parte il danno.

Un rilievo significativo è destinato ad assumere l'utilizzo del mezzo di prova delle presunzioni ex artt. 2727 e seguenti del codice civile, che consente di valutare se l'apprezzamento dell'illegittimità dell'atto operato in sede risarcitoria avrebbe portato anche all'annullamento dello stesso – dato, questo, in linea generale presumibile, vista l'identità dell'oggetto delle valutazioni - in modo da impedire, alla luce anche delle misure provvisorie adottabili in corso di giudizio o *ante causam*, di mitigare o ridurre il danno.

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.

6.3.Corte costituzionale, 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 prescrizioneale,

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 prescrizione 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 Agroconsulting).

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 prescrizione 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 prescrizione 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.

7. L'azione avverso il silenzio e l'azione di adempimento

7.1. T.A.R. Campania sez. VII - Napoli, 25 novembre 2019, n. 5549

FATTO e DIRITTO

Espongono 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, convertito in legge n. 494/1993, come modificato dalla legge n. 296/2006;

- 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;

- 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 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 come modificata dalla Legge 27/12/2006, n. 296 ... 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 e modificato dall'art. 1, co. 251, della legge n. 296/2006 - 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 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).

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 rientra tra le competenze degli Enti gestori, alla luce del disposto degli artt. 104 e 105 del D.lgs. n. 112/1998", 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, 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.

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; 28 maggio 2013, n. 2902), pronunciando quindi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (Cons. Stato, sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 996)"* (Cons. di Stato, V, sent. n. 884/2014; 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.

7.2. T.A.R. Lazio, sez. II - Roma, 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, 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, sicché nel caso di ricorso proposto ai sensi dell'art. 117 Cod. proc. amm. 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; in termini: Id., Sez. IV, 22 giugno 2011, n. 3798; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 28 luglio 2017, n. 1327).

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).

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 e 117 cod. proc. amm., e non invece l'azione di annullamento, di cui all'articolo 29 cod. proc. amm. 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.

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 stabilisce che la comunicazione dei motivi ostativi 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 procedurali 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.

Deve, infatti, tenersi presente che - al di là degli snodi procedurali 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., 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., 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.

7.3. T.A.R. Toscana, sez. III-Firenze, 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

affidenti 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 decidendum 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.

8. La tutela cautelare

8.1. T.A.R. Lazio, sez. III - Roma, 10 ottobre 2019, n. 11713

FATTO e DIRITTO

Con il presente gravame, la ricorrente impugna il decreto ministeriale del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (di seguito, anche semplicemente "MIUR" o "Ministero") n. 196 del 28

giugno 2012, recante *"Modalità e contenuti delle prove di ammissione ai corsi di laurea ad accesso programmato a livello nazionale a.a. 2012/2013"*, nonché gli atti conseguenti, compreso l'esito negativo della prova di ammissione da costei sostenuta, censurando - tra l'altro - la scelta del MIUR di non stilare una graduatoria unica per tutte le sedi (e non solo di aggregare le università a gruppi di 3 o 4, formando una graduatoria solo tra queste) o, in alternativa, di applicare comunque l'aggregazione e non la sola graduatoria locale.

Il MIUR e le Università intimamente si costituivano in giudizio, depositando in giudizio memoria di stile.

La Sezione con ordinanza n. 64/2013 *"ritenuto ... di ribadire il contenuto dell'ordinanza della Sezione n. 4763/2012 che ha ritenuto, in fase cautelare, sufficientemente fondato il motivo relativo alla mancata graduazione dei candidati a livello nazionale presenti, anche alla luce della ordinanza n. 3541 del 18 giugno 2012 del Consiglio di Stato, che ha a sua volta ritenuto non manifestamente infondata la relativa questione di costituzionalità"*, accoglieva l'istanza cautelare *"per l'effetto, ammette(ndo) con riserva e in soprannumero la ricorrente alla facoltà di medicina e chirurgia di Firenze"* ... *"sino alla definizione del giudizio da parte della Corte Costituzionale"*, contestualmente disponendo l'integrazione del contraddittorio.

Tale incombente veniva svolto nei termini assegnati, come da relativa attestazione depositata in giudizio.

Il legale di parte ricorrente, con successiva memoria versata in atti il 14 giugno 2019 - nel rappresentare come la ricorrente, iscritta con riserva alla facoltà di *"Medicina e Chirurgia"* in forza delle statuizioni cautelari, di cui alla citata ordinanza di questo Tribunale n. 64/2013, abbia studiato con profitto e sia ormai prossima alla laurea - chiedeva che venisse dichiarata l'improcedibilità del ricorso, insistendo per la stabilizzazione dell'immatricolazione della stessa, in relazione all'esser costei ormai iscritta al quinto anno del corso di laurea.

All'udienza pubblica del 17 luglio 2019, la causa veniva trattata e, quindi, trattenuta in decisione.

Deve essere, innanzi tutto, disattesa la deduzione di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse sollevata dalla difesa di parte ricorrente.

Il Collegio ritiene, infatti, di dover confermare quell'univoco orientamento, già espresso dalla Sezione, che esclude la possibilità di configurare l'improcedibilità dell'impugnativa per presunto *"consolidamento della posizione del candidato"*, ritenendo tale istituto, invero, estraneo alle norme processuali - che assegnano al provvedimento amministrativo di ammissione con riserva, assunto (come nel caso di specie) soltanto per doverosa esecuzione dell'ordinanza cautelare, valenza meramente interinale ed effetti del tutto provvisori rispetto alla pronuncia definitiva di merito che, a seconda dell'esito, assorbe oppure travolge l'ordinanza stessa - e, comunque, non pertinente ad una procedura a carattere concorsuale (e non idoneativo) quale quella per cui è causa (in tal senso, T.A.R. Lazio, Roma,

Sezione III, 11 settembre 2018, n. 9253; id. 13 aprile 2018, n. 4105; id. 14 novembre 2017, n. 11313; id. 14 novembre 2017, n. 11312).

Ne consegue, pertanto, come la mera ammissione con riserva per effetto di una pronunzia cautelare - per sua natura interinale e provvisoria - non consenta, di per sé, di ritenere consolidata nel corso di studi intrapreso la posizione di chi ne abbia beneficiato per effetto del mero decorso del tempo (in tal senso, da ultimo, questa Sezione III, n. 7768/2019).

Osserva, inoltre, il Collegio come non sia nemmeno possibile ritenere che il consolidamento della posizione della ricorrente possa, nel caso di specie, derivare dalla documentazione dalla stessa versata in atti a ridosso dell'udienza di discussione (consistente nella certificazione dei numerosi esami da costei sostenuti con esito favorevole), ivi rinvenendosi, non già documenti provenienti dall'Ateneo che, attestando, a seguito di nuova valutazione della posizione della studente, la sua immatricolazione *pleno jure*, siano idonei a superare la posizione (per sua natura interinale) a lei attribuita dal favorevole provvedimento cautelare, bensì una nota dell'Università degli Studi di Firenze prot. n. 114636 del 21 giugno 2019 di espresso rigetto dell'istanza di formalizzazione e stabilizzazione della posizione della ricorrente "*nelle more della definizione del giudizio pendente dinanzi al TAR Lazio*" e, dunque, di conferma dell'attuale immatricolazione della stessa (solo) con riserva.

Ciò premesso, passando ad esaminare il merito della controversia, il ricorso è fondato e deve, dunque, essere accolto, con esclusivo riferimento al solo motivo in cui si censura la scelta del MIUR di non usare la graduatoria unica per tutte le sedi (e non solo di aggregarle a gruppi di 3 o 4, formando una graduatoria solo tra queste) o, in alternativa, di applicare comunque l'aggregazione e non la sola graduatoria locale.

Omissis

Ne discende, pertanto, l'illegittimità della censurata scelta ministeriale che, in quanto manifestamente irragionevole, deve - dunque - essere annullata (solo) per quanto d'interesse della ricorrente.

Ne consegue che, in sede di conformazione alla presente sentenza, la ricorrente, ove non abbiano già superato l'esame di laurea:

a) dovrà essere posta in condizione di formulare la sua scelta come se fosse stata formulata una graduatoria per ogni Ateneo, in dipendenza dei posti disponibili nella sede da costei indicata nella domanda di partecipazione come prima in ordine di preferenza, tenuto conto della sua posizione in graduatoria e dei posti disponibili;

b) in caso di infruttuoso esperimento di tale operazione, ossia in assenza di posti disponibili nella sede di prima scelta, alla ricorrente (in ossequio al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale) dovrà essere consentito di optare per una delle altre sedi da lei individuate in ordine di preferenza, sempre alla luce dei posti disponibili;

c) in caso di esperimento infruttuoso anche di tale seconda operazione, alla ricorrente dovrà essere consentito di optare per la sede nella quale, secondo il punteggio ottenuto, avrebbe potuto avere ingresso ove fosse stata stilata una graduatoria unica nazionale.

In ciascuna di tali ipotesi, l'Ateneo di destinazione, previa definitiva immatricolazione della ricorrente, avvierà d'ufficio il procedimento di riconoscimento degli esami già sostenuti.

Per quanto riguarda, infine, la domanda di risarcimento danni formulata in atti, tale pretesa deve, invece, essere respinta, attesa la pressoché immediata intervenuta immatricolazione con riserva della ricorrente.

I peculiari profili della controversia inducono, comunque, alla compensazione integrale tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

8.2. T.A.R. Sicilia sez. III - Palermo, 3 maggio 2019, n. 1222

FATTO e DIRITTO

1. Con atto introduttivo del giudizio, notificato il 24.10.2014 e depositato il 7/11/2014, l'Ente associativo di formazione professionale "Ecap Palermo" ha impugnato, al fine dell'annullamento previa sospensione cautelare, la nota prot. n. 73111 del 26 settembre 2014, con il quale il Dipartimento regionale istruzione e formazione professionale ha dato comunicazione di avvio del procedimento di revoca dell'accreditamento provvisorio di cui ai DD.DD.GG. nn. 2300, 2301, 2302, 2303, 2304 e 2305 del 6 giugno 2007 - disponendone, nelle more della conclusione, la sospensione - per la presunta violazione delle Disposizioni dell'Accreditamento 2013 e conseguente applicazione delle lett. c) e d) dell'art. 11 delle medesime, e ciò a causa, sia del suo coinvolgimento nel procedimento penale n. 7696/2011, pendente innanzi al Tribunale di Messina, sia per l'asserito omesso pagamento di alcune mensilità stipendiali agli impiegati.

Ne deduce l'illegittimità per difetto d'istruttoria e motivazione, poiché non vi sarebbe alcuna indagine a suo carico nel procedimento penale in riferimento al quale sarebbe stata soltanto formulata una richiesta di informazioni e, quanto al mancato pagamento degli stipendi, ciò sarebbe dovuto al fatto del mancato accreditamento delle somme necessarie da parte della Regione.

1.1. OMISSIS

1.2. Con ordinanza collegiale n. 215 del 29.1.2015, è stata accolta nei limiti e ai fini del riesame la domanda cautelare proposta in via incidentale con il ricorso introduttivo e i primi motivi aggiunti.

1.3. Con i secondi motivi aggiunti, notificati il 4.12.2015 e depositati il 4.1.2016, è impugnato il D.D.G. n. 7008/2015 del 5 ottobre 2015, con il quale il Dipartimento Regionale Istruzione e Formazione Professionale, a seguito della nuova istruttoria procedimentale e in esecuzione dell'ordine di riesame disposto dal Tribunale, ha confermato la decisione assunta con il D.D.G. n. 6764 del 20 novembre 2014, di revoca dei DD.DD.GG. nn. 2300, 2301, 2302, 2303, 2304 e 2305 del 6 giugno 2007, di accreditamento delle sedi operative dell'Ecap di Palermo, identificate con i C.I.R.S. AH1059 _ 01, AH1059 _ 02, AH1059 _ 03, AH1059 _ 04, AH1059 _ 05, e AH1059 06, oltre che per le medesime ragioni di cui al provvedimento confermato, anche a causa della mancata restituzione di somme già erogate per la omessa rendicontazione di progetti formativi risalenti al PROF 2003.

Onissis

1.4. L'Assessorato regionale dell'istruzione e della formazione professionale, con memoria del 1.2.2016, ha, preliminarmente, dedotto l'improcedibilità del ricorso introduttivo e dei primi motivi aggiunti, a seguito del riesame conclusosi con nuovo provvedimento di conferma della revoca dell'accREDITAMENTO; nel merito, ha chiesto il rigetto dei secondi motivi aggiunti, siccome infondati rispetto a tutti i profili denunciati, sia per il rispetto delle regole poste a tutela della partecipazione procedimentale, sia per il coinvolgimento di taluni dei rappresentanti dell'Ente nei procedimenti penali riguardanti il sistema della formazione professionale, sia per l'imputabilità all'Ente dell'omesso pagamento degli emolumenti stipendiali e contributi previdenziali ai dipendenti, sia per l'omessa rendicontazione delle spesa dei pubblici finanziamenti già ricevuti, sia, infine, per la sufficienza, ai fini della revoca, dell'accertamento e della valutazione, autonomamente compiuti in sede amministrativa, riguardo ai fatti oggetto d'indagine da parte del giudice penale.

Omissis

2. Preliminarmente va rilevata e dichiarata l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso introduttivo e dei primi motivi aggiunti, atteso che i provvedimenti con essi censurati sono stati sostituiti dal provvedimento impugnato con i secondi motivi aggiunti, adottato in sede di riesame su ordine del Tribunale, verso il quale si è ormai spostato l'interesse dell'Ente ricorrente.

2.1. Nel merito, va, innanzitutto, scrutinato il terzo dei motivi proposti con il secondo ricorso per motivi aggiunti, alla stregua del quale l'Ente ricorrente lamenta la violazione del giudicato cautelare formatosi sull'ordinanza collegiale di questa Sezione n. 215/2015.

Il motivo è infondato in forza del consolidato orientamento giurisprudenziale, anche di questo Tribunale - condiviso riguardo al caso di specie - in ordine all'ampiezza dei poteri dell'Amministrazione in sede di esecuzione di ordinanze propulsive, secondo il quale il remand è una

tecnica di tutela cautelare che rimette in gioco l'assetto di interessi definiti con il provvedimento impugnato e restituisce all'Amministrazione l'intero potere decisionale iniziale con l'unico vincolo di eliminare i vizi riconosciuti fondati in sede di deliberazione sommaria dal giudice cautelare: il giudice fissa il principio di diritto al quale deve conformarsi, in sede di riedizione del potere, l'Amministrazione che è, però, libera di adottare un atto con identico contenuto dispositivo ma basato su una diversa motivazione o adottato all'esito di un differente procedimento (cfr. Consiglio di Stato, IV, 4 febbraio 2013, n. 651).

In altre parole, le ordinanze emesse "ai fini del riesame", comportano una completa riedizione del procedimento conclusosi con il provvedimento impugnato, finalizzata a eliminare i vizi (sostanziali o formali) riconosciuti *prima facie* dal giudice cautelare come fondati, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale, senza tuttavia pregiudicarne il risultato finale, cosicché il nuovo atto, quando non meramente confermativo, costituendo nuova espressione di una funzione amministrativa e non di mera attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale, porta a una pronuncia d'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, trasferendosi l'interesse del ricorrente all'annullamento del nuovo provvedimento (TAR Palermo, sez. II, 15 ottobre 2018, n. 2103; T.A.R. Milano, sez. I, 10 marzo 2014, n. 614; T.A.R. Napoli, sez. III, 12 luglio 2013, n. 3649; T.A.R. Milano, sez. I, 17 maggio 2013, n. 1326; T.A.R. Roma, sez. II, 10 luglio 2012, n. 6242).

2.2. Ne consegue l'infondatezza anche delle precedenti due censure (I e II motivo) poiché, rispetto all'avvio del procedimento di riesame, risulta effettuata da parte resistente la relativa comunicazione con nota prot. n. 57868 del 31 luglio 2015, cui ha fatto seguito la partecipazione in sede istruttoria dell'ECAP mediante la presentazione di osservazioni (con nota PEC del 4.8.2015), nelle quali sono state richiamate le tesi già articolate negli scritti difensivi agli atti del presente giudizio; l'Assessorato resistente, inoltre, ha dato accesso, su richiesta dell'Ente ricorrente del 14.10.2015, a tutti gli atti del procedimento di riesame, con nota prot. n. 77862, del 23 ottobre 2015, con n. 3 allegati (nota prot. n. 62635, del 26 agosto 2015, copia dei verbali delle sedute del Tavolo Tecnico del 7 e 14 settembre 2015; nota prot. n. 69539, del 29 settembre 2015).

Ebbene, risulta dai verbali delle sedute del Tavolo tecnico, appena richiamate, che sono state esaminate singolarmente le osservazioni difensive avanzate dall'Ente ricorrente: in particolare, a conclusione del verbale del 14 settembre 2015, l'Amministrazione ha sottolineato che con le osservazioni presentate dall'Ente *"fondamentalmente non si aggiungono elementi di novità da istruire rispetto a quanto già rassegnato con il ricorso per motivi aggiunti (ndr. i primi motivi aggiunti)"*.

Il provvedimento di conferma impugnato, dunque, è stato adottato in contraddittorio con l'Ente, cui è stato comunicato l'avvio del procedimento e dato modo di formulare le proprie controdeduzioni, che sono state oggetto di espressa considerazione in sede di nuova istruttoria posta a base e richiamata al momento della decisione finale di conferma.

8.3. 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 decisivo* - 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.

8.4. Consiglio di Stato, sez. III, decr. 24 marzo 2021, n. 1529

DECRETO

sul ricorso numero di registro generale 2721 del 2021, proposto dal sig. G. G. in proprio e nella qualità di ditta individuale omonima, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati....;

contro

Regione Campania e Comune di Battipaglia, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Salute e MI.VA'. di Robertiello Gerarda, non costituiti in giudizio; per la riforma del decreto cautelare del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quinta) n. 539/2021, resa tra le parti, concernente la sospensione delle attività di vendita di generi alimentari e dei prodotti agricoli e florovivaistici svolta in posteggi fuori mercato in relazione alle misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19;

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 l'appello avverso il decreto monocratico cautelare adottato dal Presidente del Tribunale amministrativo regionale, a fronte del testuale disposto normativo di cui all'articolo 56 c.p.a., può essere considerato ammissibile nei soli casi del tutto eccezionali di provvedimento che abbia solo veste formale di decreto ma contenuto sostanzialmente decisorio;

Ritenuto che 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;

Considerato che, secondo la prospettazione dell'appellante, lo stesso sarebbe titolare in concessione – recentemente prorogato dal Comune di Battipaglia – di "posteggio isolato", il che – in questa sede di deliberazione sommaria, e in mancanza di rilevamenti "in loco" – fa ritenere che la vendita di generi alimentari non sia esercitata "in prossimità o all'interno di aree mercatali", secondo la definizione contenuta nelle richiamate ordinanze regionali nn. 7, 8, 9 e 10 del marzo 2021;

Rilevato che, nelle suindicate ordinanze, che si sono susseguite con cadenza quasi quotidiana, la Regione ha sentito il dovere di chiarire, precisare, confermare il contenuto delle prescrizioni sospensive dell'attività di "fiere e mercati", ma non ha definito né regolato la vendita di generi alimentari in "posteggi isolati";

Rilevato che, oltre a non rispondere al quesito interpretativo sul punto, rivolto al SUAP del Comune di Battipaglia dall'odierno appellante sig. Giugliano, la polizia municipale ha redatto verbale di violazione amministrativa in cui; a) si indicano genericamente, a fondamento della ritenuta violazione, le (sole) ordinanze nn. 7 e 8, e non anche le successive nn. 9 e 10 del 2021, senza indicare in alcun modo le ragioni della violazione, specialmente in un caso, come quello in esame, in cui le sospensioni di vendita di alimentari non menzionano i "posteggi isolati";

b) manca ogni riferimento al tipo di eventuale, ulteriore specifica violazione contestata, come ad esempio situazioni di assembramento di acquirenti, mancanza di misure igieniche anti-contagio ecc. Ritenuto che, in tali circostanze, allo stato attuale non appare né puntuale né corrispondente alle regole regionali indicate, né il verbale di accertamento di violazione né, soprattutto, la disposta chiusura totale del “posteggio isolato” dell’appellante, giacché è evidente che detta attività – la vendita di alimentari all’aperto in posteggio isolato – è, in mancanza di specificazione regolatoria, meno e non più pericolosa ai fini del contagio anche rispetto a quella svolta “in prossimità o all’interno del mercato” e cioè in aree dove i potenziali assembramenti dei cittadini sono ben maggiori, sicché mancano nella fattispecie ragionevolezza e proporzionalità della misura adottata;

Considerato, quindi, che l’istanza va accolta con conseguente sospensione della misura adottata in sede di “accertamento di violazione”, cioè la chiusura totale del “posteggio isolato” stante la gravità e irreversibilità del danno per l’appellante che da tale esercizio di vendita trae la esclusiva fonte di sostentamento;

Resta ferma, ovviamente, la necessità per l’appellante di garantire – e la potestà comunale di verificare – il rispetto scrupoloso delle regole anti-contagio, a partire da quelle sul distanziamento e divieto di assembramento.

P.Q.M.

Accoglie l’istanza e, per l’effetto, sino alla data già fissata per la camera di consiglio innanzi al T.A.R., sospende l’esecutorietà della misura della chiusura totale temporanea dell’esercizio in “posteggio isolato” dell’appellante. 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 Roma il giorno 24 marzo 2021.

9. L’appello

9.1. Consiglio di Stato, sez. V, 3 dicembre 2018, n. 1867

FATTO1. Con la sentenza in epigrafe impugnata n. 1004 del 4 luglio 2013, il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria ha respinto il ricorso proposto dall’odierno appellante P., volto ad ottenere la declaratoria di illegittimità del diniego di accesso agli atti presentata l’11 ottobre 2012 all’Agenzia delle Entrate di Genova.

2. L’originario ricorrente aveva chiesto che venisse accertato il proprio diritto all’ostensione degli atti richiesti, con la conseguente condanna al rilascio degli atti oggetto dell’*actio ad exhibendum* ed il risarcimento del danno.

3. L’Agenzia delle Entrate (Direzione Regionale di Genova e Direzione Provinciale di Genova) si era costituita in giudizio, chiedendo che il ricorso venisse dichiarato inammissibile, in quanto riguardante la posizione di un soggetto terzo, non evocato in giudizio.

4. Il T.a.r., con la impugnata decisione, ha riepilogato quali fossero i termini essenziali della controversia ed ha rilevato che:a) l'amministrazione aveva espressamente negato il diritto d'accesso, sul rilievo che gli atti da visionare riguardavano direttamente la persona del signor G, fratello dell'originario ricorrente e non evocato in giudizio quale controinteressato;b) gli atti di cui si era chiesto l'accesso erano infatti intestati ed indirizzati al medesimo signor G (mai evocato in giudizio), benché tra i due fratelli pendesse una controversia civile;c) sotto il profilo oggettivo, larga parte della congerie di atti di cui si era chiesta l'ostensione afferiva a versamenti di imposte e tasse relativi a tributi comunali ed erariali, a cartelle di pagamento, a provvedimenti inerenti alla procedura esecutiva di riscossione e che si trattava di atti non nella disponibilità dell'Agenzia delle Entrate di Genova;d) l'istanza era genericamente formulata.

4.1. Alla stregua di tali, convergenti, elementi, il primo giudice ha dichiarato il ricorso inammissibile per tre ragioni (per carenza di legittimazione attiva all'accesso, per genericità dell'istanza e ai sensi dell'art. 116 comma 1, c.p.a. e per l'assoluto difetto di notifica al controinteressato), compensando le spese.

5. L'originario ricorrente, rimasto integralmente soccombente, ha impugnato la decisione del T.a.r., riproponendo alcune delle tesi rappresentate in primo grado. In particolare, egli ha sostenuto l'esaminabilità dei documenti prodotti in appello (sebbene non prodotti in primo grado), non ostandovi il disposto di cui all'art. 104 del c.p.a., facendo presente che gli era stato notificato uno sfratto esecutivo: ciò gli aveva impedito di reperire la detta documentazione (lo sfratto riguardava un magazzino ove era contenuta la detta documentazione, che, di conseguenza, era stata depositata soltanto in appello).

L'appellante ha, poi, sostenuto la indispensabilità della documentazione della quale era stato richiesto l'accesso, ai fini di potere proporre una articolata difesa in giudizio, evidenziando che nessuna prova sussisteva dell'asserita lite civile intercorsa con il proprio fratello germano.

6. In data 6 febbraio 2013 l'Agenzia delle Entrate si è costituita in giudizio.

7. Alla camera di consiglio del 21 gennaio 2014, su richiesta della parte appellante (che ha fatto presente che avrebbe dovuto acquisire la copia della procura notarile che il fratello dell'appellante avrebbe in passato asseritamente rilasciato a quest'ultimo) la trattazione della causa è stata differita al merito.8. In data 31 ottobre 2018 l'Agenzia delle Entrate ha depositato una memoria, chiedendo che il ricorso in appello venisse dichiarato inammissibile, ovvero comunque respinto nel merito, in quanto:

a) l'impugnazione conteneva motivi sparsi e non contestava tutti i profili della motivazione della declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado, contenuta nella sentenza impugnata;b) si fondava su documenti nuovi, neppure esplicativi della fondatezza della pretesa articolata con il ricorso di primo grado.

8. Alla camera di consiglio del 22 novembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello risulta inammissibile ed è comunque infondato, nei sensi di cui alla motivazione che segue.

2. Seguendo la tassonomia propria delle questioni (secondo le coordinate ermeneutiche dettate dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2015), si fa presente che:a) a mente del combinato disposto degli artt. artt. 91, 92 e 101, comma 1, c.p.a., il Collegio farà esclusivo riferimento alle censure poste a sostegno del ricorso in appello e già proposte in primo grado (senza tenere conto di motivi "nuovi" e delle ulteriori censure sviluppate nelle memorie difensive successivamente depositate, in quanto intempestive, violative del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione e della natura puramente illustrativa delle comparse conclusionali: cfr. *ex plurimis* Cons. Stato Sez. V, n. 5865 del 2015);b) la ricostruzione fattuale resa dal T.a.r. è rimasta incontestata (art. 64 del c.p.a.) e pertanto il Collegio ad essa farà integrale riferimento.

3. La prima questione da esaminare, in via preliminare, consiste nella composita eccezione di inammissibilità dell'appello articolata dall'appellata amministrazione.

3.1. Si osserva, in proposito, che:a) per la consolidata giurisprudenza amministrativa (tra le tante, Consiglio di Stato, sez. VI, 30 gennaio 2018, n. 634, Consiglio di Stato, sez. VI, 12 dicembre 2012 n. 6370) "*in ossequio ai generali principi processuali in tema di impugnazione, giusta i quali nel giudizio d'appello la cognizione del giudice resta circoscritta alle questioni dedotte dall'appellante, ed al combinato disposto degli artt. 29, comma 1, legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e 6, n. 3 r.d. 17 agosto 1907, n. 642, è onere dell'appellante criticare il decisum di primo grado precisando i motivi per i quali la decisione impugnata sarebbe erronea e da riformare. Corollario di tale principio è che, qualora la decisione impugnata si sorregga su una pluralità di motivi, ciascuno dei quali sia da solo in grado di sostenerla perché fondato su specifici presupposti logico-giuridici, spetta all'appellante contrastarli tutti, sicché l'omessa contestazione di uno di tali motivi implica, in applicazione dell'art. 329, comma 2, c.p.c., l'acquiescenza a detto capo, il formarsi del giudicato su di esso e, per l'effetto, l'inammissibilità del gravame proposto avverso gli altri capi.*" ;

b) sulla stessa linea si pone la giurisprudenza civile di legittimità: secondo la Suprema Corte di Cassazione, invero, "*ove la sentenza sia sorretta da una pluralità di ragioni, distinte ed autonome, ciascuna delle quali giuridicamente e logicamente sufficiente a giustificare la decisione adottata, l'omessa impugnazione di una di esse rende inammissibile, per difetto di interesse, la censura relativa alle altre, la quale, essendo divenuta definitiva l'autonoma motivazione non impugnata, non potrebbe produrre in nessun caso l'annullamento della sentenza..*" (si veda in particolare Cass. Civ. n. 3386 del 2011).

3.2. Nel caso di specie, uno dei capisaldi della sentenza reiettiva riposava nella genericità della richiesta di accesso e della documentazione richiesta e non è stato censurato, per cui l'appello risulta inammissibile.

3. Per completezza, si evidenzia comunque che l'appello è anche infondato, in quanto:

a) l'appellante richiese atti che riguardavano il proprio fratello germano;b) egli non ha chiarito in alcun modo se quest'ultimo fosse controinteressato, ovvero se egli agisse anche nell'interesse del fratello;c) secondo quanto parrebbe evincersi dalla circostanza che alla camera di consiglio del 21 gennaio 2014 l'appellante chiese un rinvio, facendo presente che avrebbe dovuto acquisire copia della procura notarile che il proprio germano gli aveva asseritamente rilasciato, sembrerebbe intendersi che egli agisse in delega del fratello germano;d) sta di fatto, però che la procura non è stata mai prodotta e che neppure è stata persuasivamente smentita la circostanza che tra l'appellante ed il proprio fratello germano vi fosse una condizione di conflittualità sfociata in una lite civile.

4. La richiesta di accesso, pertanto, era inammissibile, sia perché non era chiaro l'interesse azionato, sia in assenza di dimostrazione della legittimazione a richiedere l'ostensione degli atti riguardanti il fratello (mai evocato, sebbene destinatario degli atti oggetto della richiesta di accesso), ma anche per la genericità intrinseca della richiesta medesima.

4.1. Muovendo da tali premesse, il Collegio considera irrilevante la questione concernente la ammissibilità – o meno - della produzione documentale successiva, in quanto la richiesta di accesso – a monte- non aveva alcuna possibilità di essere accolta.

5. Conclusivamente, l'appello deve essere respinto.6. Le spese processuali del secondo grado seguono la soccombenza e pertanto l'appellante deve essere condannato a corrisponderle all'appellata amministrazione nella misura che appare equo determinare in Euro tremila (€ 3000//00), oltre oneri accessori, se dovuti.

P.Q.M.Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 8151 del 2013, come in epigrafe proposto, lo

respinge.Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali del grado in favore dell'appellata amministrazione, nella misura complessiva di Euro tremila (€ 3000//00) oltre oneri accessori, se dovuti.Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

9. 2. Consiglio di Stato, sez. VI, 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 monocalci, 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., 30 luglio 2018, n. 10

FATTO

1. Il Consorzio stabile ReseArch s.c.a.r.l. ha proposto appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale delle Marche indicata in epigrafe, con cui è stato dichiarato irricevibile il suo ricorso per l'annullamento degli atti con cui la Multiservizi s.p.a. - affidataria *in house* dall'Autorità d'Ambito Territoriale n. 2 (Marche - Centro Ancona) della gestione del servizio idrico integrato per i Comuni soci - ha confermato l'efficacia del rapporto contrattuale d'appalto dei lavori di realizzazione del nuovo depuratore a servizio dei Comuni della Valle del Misa e del Nevola (di cui al bando pubblicato il 12 dicembre 2015) con l'aggiudicatario Consorzio stabile Progettisti Costruttori.

2. Omissis

5. Nel proprio appello il Consorzio ReseArch ha contestato la dichiarazione di irricevibilità del proprio ricorso e riproposto le censure in esso contenute. Omissis

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 irricevibilità 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; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2018, n. 421; Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2017, n. 5955), 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. 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).

8. La Sezione ha, quindi, rimesso all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, Cod. proc. amm., il punto di diritto, oggetto di contrasti in giurisprudenza, relativo all'interpretazione dell'art. 105, comma 1, Cod. proc. amm., 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, 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. 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, l'art. 105 Cod. proc. amm., presenta, nonostante i persistenti elementi di diversità, una più spiccata assonanza con la

disciplina contenuta negli articoli 353 e 354 del codice di procedura civile, il che risulta coerente con quanto previsto, in sede di legge delega, dall'art. 44, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69 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.

Alla luce dell'art. 39 Cod. proc. amm. (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).

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.), 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 instantiae* e non come *novum iudicium* (cfr. Cass., sez. un. 16 novembre 2017, n. 27199), 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 determinino l'ingiustizia, sia quelli che ne

determinano l'invalidità. Solo nei rari casi di nullità-inesistenza (l'art. 161, secondo comma, Cod. proc. civ. 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. 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 (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 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. 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).

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, 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 delle 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).

24. Omissis

25. Omissis

26. Va aggiunto che l'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. 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. (da ritenersi principio generale del processo ai sensi del rinvio esterno di cui all'art. 39 Cod. proc. amm.) 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., 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., 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), 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. 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 e 111 Cost.), 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, 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. 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).

32. 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 menomazioni 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 contraddittorio in senso lato), l'ulteriore distinzione (fatta propria dal testo dell'art. 105 Cod. proc. amm.) tra mancanza del contraddittorio in

sensu 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. (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 incumbenti inutili (l'integrazione del contraddittorio o il rinvio al primo giudice affinché disponga l'integrazione del contraddittorio) quando le risultanze già acquisite consentono di definire il giudizio in senso sfavorevole per la parte ricorrente (v. Cons. Stato, ad. plen. 27 aprile 2015, n. 5; Cons. Stato sez. IV, 1 giugno 2016, n. 2316; Cons. giust. amm. sic. 17 giugno 2016, n. 172; Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 370; Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2013, n. 2893).

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 dello 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); *b*) l'omessa comunicazione della data dell'udienza (Cons. Stato sez. V, 10 settembre 2014 n. 4616; Cons. Stato sez. V, 28 luglio 2014 n. 4019; Cons. Stato sez. IV 12 maggio 2014 n. 2416; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1831); *c*) l'erronea fissazione dell'udienza durante il periodo feriale (Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2013, n. 5601); *d*) la violazione dell'art. 73, comma 3, Cod. proc. amm. 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; Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2017, n. 2921; Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2016 n. 478; Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2015, n. 3992; Cons. Stato, sez. III, 19 marzo 2015, n. 1438); *e*) la definizione del giudizio in forma semplificata senza il rispetto delle garanzie processuali prescritte dall'art. 60 Cod. proc. amm. (Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2010, n. 7982; Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2013, n. 5601); *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 processuale, 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. 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.), 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, comma 2, lett. *d*) e 105, comma 1, Cod. proc. amm.. Anche alla luce del principio processuale di cui all'art. 156, comma 2, Cod. proc. civ. 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. 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. (*"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; Cass. sez. un. 3 novembre 2016, n. 22232; Cass. civ., sez. VI, 22 febbraio 2018, n. 4294).

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.

49. Tale conclusione si impone alla luce dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., 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, che aveva già ritenuto

applicabile l'art. 346 Cod. proc. civ., contenente una previsione analoga a quella ora inserita nell'art. 105, comma 2, Cod. proc. amm.).

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. 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 dibattito 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.*

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., 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., 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.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.

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

10. Il giudizio di ottemperanza

10.1. T.A.R. Trentino-Alto Adige, sez. I-Trento, 12 luglio 2019, n. 102

FATTO

La società agricola La Villa s.a.s. di Be. Ma. & C., (da qui società La Villa), con sede nella provincia di Trento ed operante principalmente nel settore dell'allevamento del bestiame, ha inoltrato nel 2014 alla Agenzia per le erogazioni in agricoltura (di seguito AGEA o Agenzia) la "domanda unica di pagamento per l'anno 2014", prevista per il pagamento diretto agli agricoltori delle misure di sostegno individuate dalla politica agricola comunitaria ai sensi dei regolamenti CE n. 1122/2009 e 73/2009, individuando il contributo nella misura di Euro 130.748,36. Il protrarsi del silenzio dell'amministrazione su tale domanda è stato dichiarato illegittimo con sentenza di questo Tribunale n. 306 del 20 novembre 2017 con cui è stato ordinato ad A.G.E.A. di provvedere entro il termine di trenta giorni. AGEA ha quindi provveduto con definitivo provvedimento, comunicato in data 5 dicembre 2017, con il quale la domanda è stata respinta a causa dell'asserito mancato assolvimento dell'onere di provare mediante idonea documentazione la movimentazione del bestiame dal Comune di allevamento (non limitrofo) a quello del pascolo. La società La Villa ha, quindi, proposto ricorso avverso tale provvedimento. Dopo aver disposto con l'ordinanza istruttoria n. 121 del 1 giugno 2018 l'acquisizione di una relazione sui fatti di causa, il ricorso è stato accolto con la sentenza di questo Tribunale n. 283 del 20 dicembre 2018 che ha annullato il provvedimento di diniego impugnato.

Nonostante la notificazione, ritualmente intervenuta in data 21 dicembre 2018, sia al domicilio reale di AGEA sia all'Avvocatura dello Stato della citata sentenza n. 283/2018 e ancorché non sia stato interposto appello, con conseguente passaggio in giudicato della pronuncia stessa, l'Agenzia non ha provveduto a concludere il procedimento per la liquidazione del contributo avviato con la "domanda unica di pagamento per l'anno 2014". Inoltre, successivamente alla sentenza n. 283/2018, nell'ambito di una diversa controversia instaurata presso il TAR di Roma l'amministrazione, con riferimento al pagamento dei contributi dell'anno 2014, ha ribadito le medesime ragioni di diniego contenute nel provvedimento annullato da questo Tribunale.

Omissis

La società La Villa, in relazione all'inerzia dell'amministrazione e tenuto conto di quanto affermato nella sentenza n. 283/2018, con il ricorso in esame ha, quindi, chiesto l'adempimento di tale pronuncia con la riattivazione del procedimento per il pagamento del contributo cui AGEA, a seguito dell'annullamento del provvedimento di diniego, era tenuta, come statuito nella stessa sentenza (*"Non può invece trovare accoglimento l'ulteriore domanda volta ad ottenere la condanna di AGEA al rilascio del definitivo provvedimento di accoglimento e di liquidazione della somma richiesta, posto che ciò esula, ex art. 34, co. 2, cod. proc. amm., dai limiti della cognizione di questo giudice, al quale non è attribuita la possibilità di sostituirsi all'Amministrazione nell'esercizio di un potere che, a seguito dell'annullamento, dovrà essere rieditato da AGEA"*). La ricorrente ha richiesto principalmente a questo Tribunale che l'esercizio della giurisdizione sia esteso al merito ex art. 134, comma 1, lett. a), cod. proc. amm. e, quindi, l'emanazione, in luogo dell'amministrazione inadempiente, del provvedimento di accoglimento della "domanda unica di pagamento per l'anno 2014" i cui presupposti già emergerebbero dalla sentenza di cui è chiesta l'esecuzione. In subordine la società La Villa ha chiesto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 114 cod. proc. amm., che sia ordinata ad AGEA l'ottemperanza, entro un congruo termine, della citata sentenza, prescrivendo le relative modalità mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo (da adottarsi espressamente da parte di Agea). Quest'ultima domanda è stata accompagnata dalla richiesta di nomina di un commissario *ad acta*, per il caso di eventuale perdurare dell'inerzia oltre il termine fissato, nonché con quella di condanna di AGEA, ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e), cod. proc. amm., al pagamento di una somma di denaro, a titolo di penalità di mora (c.d. "astreinte"), per ogni giorno di ritardo nell'eseguire la decisione di questo Tribunale.

L'intimata Agenzia non si è costituita in giudizio.

Alla camera di consiglio del 4 luglio 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

I) Il ricorso per l'ottemperanza alla sentenza di questo Tribunale n. 283/2018, nei termini che seguono, merita accoglimento.

La completa inerzia mantenuta dall'Agenzia a seguito dell'annullamento, disposto con la predetta sentenza, del provvedimento di rigetto della domanda di pagamento del contributo per l'anno 2014, a fronte dell'interesse della ricorrente di natura pretensiva non soddisfatto (già) dalla caducazione dell'atto impugnato, risulta, invero, illegittima e violativa dell'obbligo nascente dal giudicato, in forza del quale l'amministrazione avrebbe dovuto, rieditando il relativo potere, definire con un provvedimento espresso il procedimento di liquidazione del contributo, avviato con la domanda a suo tempo inoltrata, ma rimasto inconcluso proprio per l'annullamento del provvedimento di rigetto.

Va, dunque, ordinata ad AGEA l'ottemperanza alla sentenza di questo Tribunale n. 283/2018.

II) Ciò posto, vale evidenziare che laddove il giudice, in caso di accoglimento del ricorso, ordini l'ottemperanza, l'art. 114, comma 4, lett. a), cod. proc. amm., prevede l'alternativa tra il prescrivere le relative modalità mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione. In ogni caso entrambe le previste opzioni (e non soltanto, come prospettato dalla ricorrente, l'emanazione del provvedimento da parte del giudice in luogo dell'amministrazione) costituiscono evidentemente esercizio di giurisdizione con cognizione estesa al merito, tale essendo, alla stregua dell'art. 134, comma 1, lett. a), cod. proc. amm., ogni controversia avente ad oggetto l'attuazione del giudicato nell'ambito del giudizio di ottemperanza. Si aggiunga, d'altra parte, che qualora alla determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo si accompagni la nomina, ex lett. d) del comma 4 dell'art. 114 citato, di un commissario *ad acta* che agisce quale *longa manus* del giudice (C.d.S., sez. III, sent. n. 3124/2013), risulta viepiù evidente l'estensione al merito della giurisdizione così esercitata, come accade nel caso dell'emanazione del provvedimento da parte del giudice.

III) Occorre allora considerare che, nella fattispecie in esame, ai fini dell'emanazione del provvedimento da parte del giudice del contributo nella misura richiesta, i dati posti a base della sentenza di questo Tribunale n. 283/2018 non sono sufficienti. Tali dati postulano, ma non affrontano puntualmente, anche il profilo del carico UBA/ha (presupposto cui è subordinata l'ammissibilità delle misure di sostegno comunitarie di cui ai regolamenti CE n. 1122/2009 e 73/2009), la cui verifica deve essere eseguita dall'amministrazione nell'ambito del (ri)esercizio del potere necessario alla conclusione del procedimento e non, come pretende la ricorrente, dal giudice dell'ottemperanza nell'ambito di un giudicato a formazione progressiva.

IV) In ragione di quanto precede deve, pertanto, trovare accoglimento l'istanza di parte ricorrente formulata in via subordinata diretta alla determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo, non potendosi procedere all'emanazione diretta, da parte di questo giudice e in luogo dell'amministrazione inadempiente, del provvedimento richiesto in via principale.

V) Perciò, va stabilito che AGEA dovrà ottemperare alle statuizioni della sentenza di cui trattasi in primo luogo senza potersi riferire al provvedimento di diniego del 5 dicembre 2017, annullato da detta sentenza, né, in particolare, alla mancata prova della movimentazione del bestiame, movimentazione accertata proprio dalla suddetta sentenza, neppure attraverso il richiamo in altri atti, come è avvenuto con la nota istruttoria resa da AGEA nel giudizio r.g. n. 14229/2019 presso il TAR di Roma. AGEA

dovrà in ogni caso concludere, entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione o notificazione della presente decisione, il procedimento avviato con la domanda unica di pagamento per l'anno 2014 con un provvedimento espresso che tenga conto delle seguenti circostanze accertate dalla sentenza n. 283/2018 relativamente alla società La Villa: 1) la detenzione, nel periodo ricompreso tra il 14 maggio 2014 e il 25 novembre 2018, dell'allevamento con codice azienda 060FG547 ID FISCALE NTRNTN79E68L858T; 2) il trasferimento dal 7 luglio 2014 al 24 novembre 2014 di n. 52 bovini dal proprio allevamento con codice azienda 060FG547, del quale era detentrica, ai pascoli siti nel Comune dell'Aquila Camarda - fraz. di Assergi - aventi codice pascolo 049AQ03P; 3) la titolarità dell'allevamento ovino, nel Comune dell'Aquila, avente codice azienda 049AQL46 con ID FISCALE 01872230220 dal 9 settembre 2014; 4) il caricamento nell'allevamento con codice azienda 049AQL46 di n. 25 capi ovini. Tali dati, posti a base della sentenza n. 238/2018 (come ulteriormente precisati dalla sentenza medesima secondo quanto riportato in fatto), devono essere assunti quale riferimento nell'esercizio del potere necessario alla conclusione del procedimento relativo alla domanda unica di pagamento per l'anno 2014, senza che in merito ad AGEA risulti riservata alcuna discrezionalità. AGEA, ai fini dell'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento, dovrà, peraltro, verificare, sulla base dei (e fermi restando i) dati individuati dalla sentenza ottemperanda, il presupposto del carico UBA/ha.

VI) Nel caso di ulteriore inadempimento, ossia protrattesi oltre il termine che precede, da parte di AGEA si nomina sin da ora, quale commissario *ad acta*, il direttore del dipartimento politiche europee e internazionali e dello sviluppo rurale del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, con facoltà di delega da esercitarsi con atto formale a favore di personale interno al dipartimento in possesso di idonea qualifica e competenza, il quale provvederà nel senso determinato al punto V), su semplice istanza scritta della società ricorrente, in nome, per conto e a spese dell'amministrazione inadempiente, entro il successivo termine di sessanta giorni.

VII) Quanto alla domanda volta alla condanna, ex art. 114, comma 4, lett. e), cod. proc. amm., al pagamento di una somma di denaro, a titolo di penalità di mora, il Collegio ritiene che con la nomina del commissario *ad acta* incaricato di concludere il procedimento relativo alla domanda unica di pagamento per l'anno 2014, la domanda di ottemperanza della ricorrente risulti adeguatamente soddisfatta.

VIII) Va infine disposta, a cura della segreteria del Tribunale, la trasmissione della presente sentenza alla Procura regionale della Corte dei Conti del Lazio per la verifica di eventuali responsabilità di amministratori o funzionari, anche in considerazione della reiterazione del comportamento silente e comunque inerte da parte di AGEA, già riscontrato da questo Tribunale amministrativo (sentenze n. 306 del 2017, n. 224, n. 225 e n. 226 del 2018).

Le spese del giudizio, da distrarsi a favore del difensore della ricorrente dichiaratosi antistatario nel corso dell'udienza odierna, seguono la regola della soccombenza e vanno poste a carico di AGEA nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale regionale di giustizia amministrativa per la Regione autonoma del Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto lo accoglie, nei termini indicati in motivazione, e, per l'effetto:

- ordina ad AGEA di ottemperare alla sentenza di questo Tribunale n. 283/2018 e conseguentemente di concludere, entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione o notificazione della presente decisione, nei sensi di cui alla motivazione, il procedimento avviato con la domanda unica di pagamento per l'anno 2014 con un provvedimento espresso;
- nomina sin da ora, quale commissario *ad acta* per il caso di ulteriore inadempienza, il direttore del dipartimento politiche europee e internazionali e dello sviluppo rurale del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, con facoltà di delega nei confronti di personale interno al dipartimento, affinché provveda, nei sensi di cui alla motivazione, in nome, per conto e a spese dell'amministrazione inadempiente, entro il successivo termine di sessanta giorni;
- respinge la domanda di condanna ex art. 114, comma 4, lett. e), cod. proc. amm.;
- dispone la trasmissione della presente sentenza alla Procura regionale della Corte dei Conti del Lazio.

Condanna l'Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura (AGEA) alla rifusione nei confronti della ricorrente delle spese processuali nella misura di Euro 2.000,00 (duemila/00), oltre alla rifusione del contributo unificato e agli accessori di legge, da distrarsi a favore del difensore antistatario.

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

10. 2. T.A.R. Campania, sez. V-Napoli, 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. Omissis

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 decisorii" (Consiglio di Stato sez. III, 29.10.2018, n. 6130).

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 sperando l'azione di nullità di cui all'art. 114 comma 2, lett. b, c.p.a., 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).

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

III. Omissis

IV. Il ricorso è fondato.

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; T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, 16.08.2018, n. 476);

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).

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 indicando 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.

VII. Omissis

VIII. Le spese di lite seguono la regola della soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta) accoglie, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso in ottemperanza e, per l'effetto, dichiara, per quanto di interesse, nulli i provvedimenti gravati.

Condanna l'Azienda resistente alla rifusione, in favore della parte ricorrente, delle spese di giudizio che liquida in € 1.500, oltre C.P.A. ed I.V.A.

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

10. 3. T.A.R. Umbria, sez. I- Perugia, 16 dicembre 2020, n. 609

FATTO e DIRITTO

Con reclamo proposto ex art. 114 comma 6, cod. proc. amm. i ricorrenti, in epigrafe meglio identificati, lamentano l'inadempimento della sentenza TAR Umbria n. 109/2019 con la quale l'adito Tribunale Amministrativo ha ordinato al Ministero dell'Economia e Finanze (e per esso in via sostitutiva al commissario) di conformarsi al giudicato derivante dal decreto della Corte di Appello di Perugia emesso in data 16 novembre 2015 e depositato il data 1° Marzo 2016 nei procedimenti riuniti a quello iscritto al n.r.g. 1111/2011 V.G., di riparazione del danno da ritardo giudiziario (*ex lege* n. 89 del 2001) nel termine di 60 giorni dalla notifica o comunicazione della sentenza. Al suddetto commissario *ad acta* in virtù della citata sentenza è stato ordinato, in ipotesi di ulteriore inadempimento del Ministero, di provvedere ad istanza di parte in via sostitutiva entro i successivi 60 giorni.

La sentenza citata veniva notificata al Ministero dell'Economia e delle Finanze, a cura degli odierni istanti, in data 5 Marzo 2019. Stante il perdurante inadempimento dell'Amministrazione, i difensori di parte ricorrente chiedevano l'attivazione del Commissario designato con raccomandata del 7 maggio 2019 affinché provvedesse, nel successivo termine di 60 giorni assegnato, al pagamento delle somme dovute agli odierni istanti.

In assenza di riscontro, gli odierni ricorrenti proponevano innanzi a questo Tribunale amministrativo regionale un primo incidente nell'esecuzione, che veniva accolto con la sentenza n. 132 del 3 Marzo 2020.

I ricorrenti lamentano che, nonostante la predetta sentenza sia stata trasmessa dagli istanti all'Amministrazione con raccomandata del 4 Marzo 2020, questa non ha ad oggi soddisfatto la loro pretesa.

2. L'Amministrazione intimata ha esposto difficoltà esecutive legate all'elevatissimo numero di analoghi decreti da ottemperare, chiedendo la sostituzione del commissario *ad acta* con altro dirigente della stessa Amministrazione soccombente, proprio al fine di provvedere in tempi più celeri al pagamento delle somme di cui questa Amministrazione è debitrice.

3. Alla camera di consiglio del giorno 20 novembre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Il reclamo è fondato e va accolto nei termini che seguono.

Rileva il Collegio che, pur non potendo che prendere atto delle difficoltà evidenziate dell'Amministrazione resistente, se il ritardo dell'evasione delle pratiche di liquidazione degli indennizzi di cui alla legge n. 89 del 2001 dipende dall'articolazione degli Uffici e delle relative competenze, costituisce onere della stessa Amministrazione intimata provvedere ad adottare le misure organizzative ritenute più opportune ai fini della tempestiva evasione delle pratiche di liquidazione ed allo smaltimento dell'arretrato accumulato onde rendere effettivo il diritto degli istanti all'ottenimento degli indennizzi in tempi ragionevoli.

4.1. Come già affermato nelle precedenti decisioni, il commissario *ad acta*:

- è organo del giudice dell'ottemperanza e che le sue determinazioni vanno adottate esclusivamente in funzione dell'esecuzione del giudicato ed eventuali inerzie nell'esecuzione degli ordini impartiti possono rilevare ai fini di un'eventuale responsabilità erariale (*ex multis* T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 3 Marzo 2017, n. 518);

- deve provvedere sia all'allocazione della somma in bilancio, ove manchi un apposito stanziamento, nonché all'espletamento delle fasi di impegno, liquidazione, ordinazione e pagamento della spesa, sia al reperimento materiale della somma, con la precisazione che l'esaurimento dei fondi di bilancio o la mancanza di disponibilità di cassa non costituiscono legittima causa di impedimento all'esecuzione del giudicato, dovendo il predetto organo straordinario porre in essere tutte le iniziative necessarie per rendere possibile il pagamento (*ex plurimis* T.A.R. Calabria Reggio Calabria, sez. I, 26 gennaio 2016, n. 108).

5. Per quanto attiene alla richiesta di sostituzione del commissario, rileva il Collegio che, nella materia *de qua*, la legge pone precisi vincoli alla nomina del commissario *ad acta*, escludendo che possano essere nominati i titolari di incarichi di Governo, i capi dipartimento e coloro che ricoprono incarichi dirigenziali generali. L'art. 5 sexies, comma 8, della legge n. 89 del 2001, difatti, prevede che

"[q]ualora i creditori di somme liquidate a norma della presente legge propongano l'azione di ottemperanza di cui al titolo I del libro quarto del codice del processo amministrativo, di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il giudice amministrativo nomina, ove occorra, commissario ad acta un dirigente dell'amministrazione soccombente, con esclusione dei titolari di incarichi di Governo, dei capi dipartimento e di coloro che ricoprono incarichi dirigenziali generali".

Pertanto, in accoglimento dell'istanza dell'Amministrazione, si ritiene di sostituire il Commissario precedentemente nominato, individuando quale nuovo commissario il Dirigente dell'Ufficio II della medesima Direzione dei servizi erogati alle amministrazioni e ai terzi del Dipartimento dell'Amministrazione Generale, del Personale e dei servizi del Ministero dell'Economia e delle Finanze, affinché provveda, entro il termine perentorio di 60 giorni dalla notifica o dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza, all'esecuzione delle sentenze nn. 109 del 2019 e 132 del 2020.

Il commissario, provvederà a:

a - prelevare le somme da qualsiasi capitolo di spesa del Ministero competente al pagamento, ovvero, in caso di incapienza, da qualsiasi altro capitolo di spesa dello Stato, scelto a sua discrezione secondo il criterio di buona amministrazione;

b - utilizzare se necessario anche i fondi fuori bilancio;

c - utilizzare in alternativa, sempre a sua scelta, l'istituto del pagamento in conto sospeso.

6. Considerato il ritardo in cui si trova l'Amministrazione nel portare ad esecuzione le sentenze nn. 109 del 2019 e 132 del 2020 appare giustificabile alla luce dell'elevatissimo numero di analoghe sentenze da eseguire e delle conseguenti difficoltà di pronta liquidazione dei indennizzi di cui alla legge n. 89 del 2001, si rinviengono giusti motivi per compensare tra le parti in causa le spese del giudizio

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), accoglie il reclamo e, per l'effetto, ordina gli adempimenti indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

10. 4. Consiglio di Stato, Ad. pl., 25 giugno 2014, n. 15

1. Con gli appelli in epigrafe il Ministero della Giustizia impugna le sentenze in epigrafe anche, o solo, nella parte in cui è stata disposta la condanna dell'Amministrazione al pagamento di somme di denaro a titolo di penalità di mora ex art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, in ragione della mancata esecuzione dei decreti della Corte di Appello di Roma di condanna alla corresponsione di un indennizzo a titolo di equa riparazione per eccessiva durata del processo di cui

alla L. 24 marzo 2001 n. 89 (cd. *Legge Pinto*).

I gravami in esame sono affidati alla deduzione della violazione dell'art. 114, comma 4, cod. proc. amm., dell'art. 6 par. i) della CEDU, dell'art. 117 della Costituzione, degli artt. 2 e 3, comma 7, della legge n. 89 del 2001. I motivi di ricorso possono così essere compendati.

1.1. Con un primo motivo la difesa erariale ha ricordato come un primo orientamento giurisprudenziale abbia ritenuto doversi escludere l'ammissibilità dell'*astreinte* nel caso in cui l'esecuzione del giudicato consista nel pagamento di una somma di denaro, in quanto la penalità di mora costituisce un mezzo di coazione indiretta sul debitore, utile in modo particolare quando si è in presenza di obblighi di *facere* infungibili: di qui l'iniquità della condanna dell'Amministrazione al pagamento di ulteriori somme di denaro, quando l'obbligo di cui si chiede l'adempimento consiste, esso stesso, nell'adempimento di un'obbligazione pecuniaria.

Omissis

3. Con l'Ordinanza 18 aprile 2014, n. 14, la sezione quarta di questo Consiglio ha riunito gli appelli di cui in epigrafe, in ragione della ricorrenza di profili di connessione oggettiva e parzialmente soggettiva.

Con la stessa Ordinanza si è disposta la rimessione dei ricorsi all'esame dell'Adunanza Plenaria in ragione dei contrasti giurisprudenziali già registratisi in merito alle questioni relative: a) alla natura ed all'ammissibilità in generale dell'*astreinte* di cui all'art. 114, comma 4, lett. e) cod. proc. amm. nel caso in cui l'esecuzione del giudicato consista nel pagamento di una somma di denaro;

b) alla sua applicabilità, in particolare, all'equa riparazione di cui alla c.d. legge Pinto, per l'indebita "automaticità" della condanna dell'Amministrazione fatta in assenza della previa verifica dei presupposti indicati dal c.p.a.

DIRITTO1. E' sottoposta al vaglio dell'Adunanza Plenaria la *quaestio iuris* relativa all'ammissibilità della comminatoria delle penalità di mora, di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, nel caso in cui il ricorso per ottemperanza venga proposto in ragione della non esecuzione di una sentenza che abbia imposto alla pubblica amministrazione il pagamento di una somma di denaro. Ai fini della soluzione del problema è necessaria un'indagine sulla genesi e sulla fisionomia dell'istituto in esame.

2. L'art. 114, comma 4, lett. e, c.p.a. prevede che il giudice dell'ottemperanza, in caso di accoglimento del ricorso *in executivis*, "*salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo*".

La norma, che costituisce una novità nel processo amministrativo italiano, delinea una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, inquadrabile nell'ambito delle pene private o delle sanzioni civili indirette, che mira a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'

obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688).

La norma dà la stura, in definitiva, ad un meccanismo automatico di irrogazione di penalità pecuniarie in vista dell'assicurazione dei valori dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale a fronte della mancata o non esatta o non tempestiva esecuzione delle sentenze emesse nei confronti della pubblica amministrazione e, più in generale, della parte risultata soccombente all'esito del giudizio di cognizione.

Il modello della penalità di mora trova un antecedente, nell'ambito del processo civile, nell'art. 614-*bis* (inserito nel c.p.c. dall'art.49, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69), rubricato "attuazione degli obblighi di fare infungibile o non fare". La norma in analisi dispone che *"Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. (...)".* Al comma II viene precisato che *"Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile"*.

3. Sia l'istituto previsto dal codice del processo amministrativo sia quello contemplato dal codice di procedura civile sono fortemente innovativi rispetto alla nostra tradizione processuale. Il legislatore nazionale si è, infatti, mostrato in passato restio all'abbandono dell'ispirazione liberal-individualistica di matrice ottocentesca, manifestando diffidenza per il recepimento dell'istituto delle misure coercitive indirette, ritenute una forma di eccessiva ingerenza dello Stato delle libere scelte degli individui anche in merito all'osservanza, in forma specifica o meno, di un comando giudiziale.

Prima della riforma del 2009, dunque, la possibilità che un provvedimento giurisdizionale di condanna fosse assistito da una penalità di mora era prevista, in modo episodico, solo con riferimento a fattispecie tassativamente individuate da norme speciali, insuscettibili di applicazione analogica. Tra queste vanno ricordati l'art. 18, ultimo comma, dello Statuto dei lavoratori, in base al quale il datore di lavoro, in caso di illegittimo licenziamento, è tenuto al pagamento di una somma commisurata alle retribuzioni dovute dal momento del licenziamento fino a quello dell'effettivo reintegro; gli artt. 124, co. 2, e 131, co. 2, del codice della proprietà industriale, che, in tema di brevetti, prevede l'adozione di una sanzione pecuniaria in caso di violazione della misura inibitoria applicata nei confronti dell'autore della violazione del diritto di proprietà industriale; l'art. 156 della legge sul diritto d'autore, relativo alla protezione del diritto d'autore, che prevede parimenti una sanzione pecuniaria in caso di inosservanza della statuizione inibitoria; l'art. 8, co. 3, d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, che, in tema di ritardato pagamento nelle transazioni commerciali, contempla la possibilità di irrogare un'*astreinte* in caso di mancato rispetto degli obblighi imposti dalla sentenza che abbia accertato l'iniquità delle clausole contrattuali; l'art. 140, co. VII, del codice del consumo, che ha previsto misure pecuniarie per il caso di inadempimento del professionista a fronte di pronunce rese dal giudice civile su ricorsi

proposti dalle associazioni di tutela degli interessi collettivi in materia consumeristica; l'art. 709-ter, co. 2, n. 4, cod. proc. civ., che, con riferimento alle controversie relative all'esercizio della potestà genitoriale o alle modalità dell'affidamento dei figli, prevede, a carico del genitore inadempiente alle obbligazioni di *facere*, il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende.

Con l'art. 614-bis cod. proc. civ. e con l'art. 114, comma 4, lettera e, cod. proc. amm., il nostro ordinamento, conferendo alla misura in esame un respiro generale, ha esibito, quindi, una nuova sensibilità verso l'istituto delle sanzioni civili indirette, dando seguito ai ripetuti moniti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo cui *“il diritto ad un tribunale sarebbe fittizio se l'ordinamento giuridico interno di uno Stato membro permettesse che una decisione giudiziale definitiva e vincolante restasse inoperante a danno di una parte”* (sent. Hornsby c. Grecia, 13/03/1997, e Ventorio c. Italia, 17/05/2011).

Nell'adeguamento dell'ordinamento nazionale al panorama degli ordinamenti più evoluti *in subiecta materia* il legislatore ha seguito il modello francese delle cc. dd. *“astreintes”*, costituenti misure coercitive indirette a carattere esclusivamente patrimoniale, che mirano ad incentivare l'adeguamento del debitore ad ogni sentenza di condanna, attraverso la previsione di una sanzione pecuniaria che la parte inadempiente dovrà versare a favore del creditore vittorioso in giudizio.

Il carattere essenzialmente sanzionatorio della misura, prevista dall'ordinamento francese con riferimento ad ogni tipo di sentenza di condanna, è dimostrato dal tenore della legge 5 luglio 1972, ove, all'art. 6, si prevede specificamente che l'*astreinte* è *“indépendante des dommages-intérêts”*. La natura giuridica della misura coercitiva indiretta francese, dunque, non è ispirata alla logica riparatoria che permea la teoria generale della responsabilità civile, dovendosi configurare la sua comminatoria alla stregua di una pena privata o, più precisamente, di una sanzione civile indiretta. Trattasi, quindi, di una pena, e non di un risarcimento, che vuole sanzionare la disobbedienza all'ordine del giudice, a prescindere dalla sussistenza e dalla dimostrazione di un danno. E' altresì pacifica, nella stessa prospettiva, la cumulabilità della penalità con il danno cagionato dall'inosservanza del precetto giudiziale, al pari della non defalcabilità dell'ammontare della sanzione dall'importo dovuto a titolo di riparazione.

Nel campo dei rapporti amministrativi la legge 8 febbraio 1995 ha poi attribuito anche ai *Tribunaux Administratifs* e alle *Cours Administratives d'Appel* il potere, prima assegnato dal decreto 30 luglio 1963 al solo *Conseil d'Etat*, di disporre l'*astreinte* a carico dell'amministrazione inadempiente, anticipando al momento della pronuncia della sentenza la possibilità di disporre il mezzo di coercizione indiretta e introducendo un nuovo potere del giudice amministrativo, nei casi in cui l'esecuzione del giudicato amministrativo comporti necessariamente l'emanazione di un provvedimento dal contenuto determinato, di ordinare all'amministrazione l'adozione dell'atto satisfattorio e, quando risulti opportuno, di fissare un termine per l'esecuzione (si veda la disciplina oggi prevista dagli artt. L.911-4 e 911-5 del *code de justice administrative*).

Norme simili, pur se con modulazioni diverse, sono presenti anche negli ordinamenti tedesco (c.d.

Zwangsgeld) e inglese (c.d. *Contempt of Court*). Le *Zwangsgeld*, in particolare, possono assistere esclusivamente provvedimenti di condanna a obblighi di fare infungibili o di non fare (come negli ordinamenti rumeno, greco e sloveno) e consistono in una condanna al pagamento di una somma di denaro (*Zwangsgeld/Ordnungsgeld*) in favore dello Stato, con la possibilità di conversione in arresto (*Zwangsgeld/Ordnungshaft*) nel caso in cui il debitore non disponga di un patrimonio capiente. Il *Contempt of Court*, invece, può, come avviene per le *astreintes* francesi, essere pronunciato a fronte della violazione di ogni provvedimento dell'autorità giudiziaria, a prescindere dal suo contenuto, e consiste in una sanzione pecuniaria da versarsi allo Stato (in alternativa al sequestro di beni) o in una sanzione detentiva (*arrest for the contempt of the court*), con facoltà di scelta discrezionale per il giudice tra la misura patrimoniale e quella limitativa della libertà personale.

3.1. Tutte le misure descritte sono ispirate dalla medesima esigenza di offrire uno strumento di coazione all'adempimento delle pronunce giurisdizionali. La breve ricognizione comparatistica effettuata, mettendo in luce l'eterogeneità delle opzioni abbracciate nei vari ordinamenti circa l'ambito di applicazione delle penalità di mora, consente di mettere in chiaro che la scelta attuata dall'art. 614-bis c.p.c., al pari di alcuni degli altri ordinamenti passati in rassegna, di limitare l'*astreinte* al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un non fare o un fare infungibile, non deriva da un limite concettuale insito nella *ratio* o nella struttura ontologica dell'istituto ma è il frutto di un'opzione discrezionale del legislatore.

4. Si deve, a questo punto, segnalare che la penalità di mora disciplinata dall'art. 114, comma 4, lett. e, c.p.a. si distingue in modo significativo da quella prevista per il processo civile. I profili differenziali rispetto all'omologo istituto di cui all'art. 614 bis c.p.c. sono, infatti, molteplici e di rilevante importanza:

a) mentre la sanzione di cui al 614-bis c.p.c. è adottata con la sentenza di cognizione che definisce il giudizio di merito, la penalità è irrogata dal Giudice Amministrativo, in sede di ottemperanza, con la sentenza che accerta il già intervenuto inadempimento dell'obbligo di contegno imposto dal comando giudiziale;

b) di conseguenza, nel processo civile la sanzione è ad esecuzione differita, in quanto la sentenza che la commina si atteggia a *condanna condizionata* (o *in futuro*) al fatto eventuale dell'inadempimento del precetto giudiziario nel termine all'uopo contestualmente fissato; al contrario, nel processo amministrativo l'*astreinte*, salva diversa valutazione del giudice, può essere di immediata esecuzione, in quanto è sancita da una sentenza che, nel giudizio d'ottemperanza di cui agli artt. 112 e seguenti c.p.a., ha già accertato l'inadempimento del debitore;

c) le *astreintes* disciplinate dal codice del processo amministrativo presentano, almeno sul piano formale, una portata applicativa più ampia rispetto a quelle previste nel processo civile, in quanto non si è riprodotto nell'art. 114, co. 4, lett. e, c.p.a., il limite della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un non fare o un fare infungibile;

d) la norma del codice del processo amministrativo non richiama i parametri di quantificazione

dell'ammontare della somma fissati dall'art. 614 *bis* c.p.c.;e) il codice del processo amministrativo prevede, accanto al requisito positivo dell'inesecuzione della sentenza e al limite negativo della manifesta iniquità, l'ulteriore presupposto negativo consistente nella ricorrenza di “*ragioni ostative*”.

4.1 La questione dell'applicabilità delle *astreintes* nel caso in cui sia chiesta, nell'ambito di un giudizio di ottemperanza, l'esecuzione di un titolo giudiziario avente ad oggetto somme di danaro, trae origine dalla terza delle differenze delineate.

Per il processo amministrativo, infatti, manca una previsione esplicita che limiti la riferibilità delle penalità di mora al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un non fare o un fare infungibile. Nasce quindi il problema relativo alla possibilità di richiedere l'applicazione delle penalità anche nel caso dell'ottemperanza a sentenze aventi ad oggetto un dare pecuniario.

5. Mentre la dottrina è in gran parte favorevole ad una lettura estensiva della norma *de qua*, la giurisprudenza amministrativa ha manifestato significative divisioni sulla questione rimessa all'Adunanza Plenaria.^{5.1.} L'opinione prevalente ammette l'applicazione delle penalità di mora anche per le sentenze di condanna pecuniaria (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 462, Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3781; Cons. Stato, sez. V, sent., 19 giugno 2013, n. ri 3339, 3340, 3341 e 3342; Cons. Stato, sez. III, 30 maggio 2013, n. 2933; C.g.a.r.s., 30 aprile 2013, n. 424; Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3272; Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2012, n. 2744; Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2011 n. 6688; Cons. di Stato, Sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4216; C.g.a.r.s., 22 gennaio 2013, n. 26; Cons. Stato sez. VI, 6 agosto 2012, n. 4523, Cons. Stato sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4685).

Deporrebbero a favore di tale opzione ermeneutica (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 462) le seguenti argomentazioni:a) il tenore letterale della disposizione, che, a differenza dell'art. 614-*bis* cod. proc. civ., non pone “*alcuna distinzione per tipologie di condanne rispetto al potere del giudice di disporre, su istanza di parte, la condanna dell'amministrazione inadempiente al pagamento della penalità di mora*” (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 462), con una scelta che “*appare coerente con il rilievo che il rimedio dell'ottemperanza, grazie al potere sostitutivo esercitabile, nell'alveo di una giurisdizione di merito, dal giudice in via diretta o mediante la nomina di un commissario ad acta, non conosce, in linea di principio, l'ostacolo della non surrogabilità degli atti necessari al fine di assicurare l'esecuzione in re del precetto giudiziario*” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688);

b) la peculiare natura giuridica della penalità di mora ex art. 114, comma 4, lettera e), cod. proc. amm., che, in virtù della sua diretta derivazione dal modello francese delle cc. dd. “*astreintes*”, “*assolve ad una finalità sanzionatoria e non risarcitoria in quanto non mira a riparare il pregiudizio cagionato dall'esecuzione della sentenza ma vuole sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all'adempimento*” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688), integrando un strumento “*di pressione nei confronti della p.a., inteso ad assicurare il pieno e completo rispetto degli obblighi conformativi discendenti dal decisum giudiziale*” (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 462);

c) il rilievo secondo cui la matrice sanzionatoria della misura, idonea a confutare il rischio di duplicazione risarcitoria, è confermata dalla considerazione da parte dell'art. 614-bis, comma 2, cod. proc. civ., sempre nell'ottica dell'aderenza al modello francese, della misura del danno quantificato e prevedibile come *“solo uno dei parametri di commisurazione in quanto prende in considerazione anche altri profili, estranei alla logica riparatoria, quali il valore della controversia, la natura della prestazione e ogni altra circostanza utile, tra cui si può annoverare il profitto tratto dal creditore per effetto del suo inadempimento”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688).

5.2 L'opposto orientamento dà risposta negativa alla questione (cfr. di recente Cons. Stato, Sez. IV, 13 giugno 2013 n. 3293; Cons. Stato, Sez. III, 06 dicembre 2013, n. 5819) sulla scorta delle seguenti argomentazioni: a) la considerazione per la quale la funzione della penalità di mora nel giudizio di ottemperanza sarebbe quella di *“incentivare l'esecuzione di condanne di fare o non fare infungibile prima dell'intervento del commissario ad acta, il quale comporta normalmente maggiori oneri per l'Amministrazione, oltre che maggiore dispendio di tempo per il privato”*, di modo che *“ove il giudizio di ottemperanza sia prescelto dalla parte per l'esecuzione di sentenza di condanna pecuniaria del giudice ordinario, la tesi favorevole all'ammissibilità dell'applicazione dell'astreinte finirebbe per consentire una tutela diversificata dello stesso credito a seconda del giudice dinanzi al quale si agisca atteso che il creditore pecuniario della p.a. nel giudizio di ottemperanza potrebbe ottenere maggiori e diverse utilità rispetto a quelle conseguibili nel giudizio di esecuzione civile solo in base ad un'opzione puramente potestativa”* (cfr. Cons. di Stato, Sez. III, 6 dicembre 2013, n. 5819);

b) la valorizzazione dell'iniquità della condanna al pagamento di una somma di danaro laddove l'obbligo oggetto di domanda giudiziale sia esso stesso di natura pecuniaria, di talché sarebbe già assistito, per il caso di ritardo nel suo adempimento, dall'obbligo accessorio degli interessi legali, cui la somma dovuta a titolo di *astreinte* andrebbe ulteriormente ad aggiungersi, con le conseguenze della *“duplicazione ingiustificata di misure volte a ridurre l'entità del pregiudizio derivante all'interessato dalla violazione, inosservanza o ritardo nell'esecuzione del giudicato, nonché dell'ingiustificato arricchimento del soggetto già creditore della prestazione principale e di quella accessoria”* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 6 dicembre 2013, n. 5819);

c) l'impossibilità di cumulare un modello di esecuzione surrogatoria con uno di carattere compulsorio, dal momento che il sistema nazionale di esecuzione amministrativa della decisione, connotato da caratteri di estrema incisività e pervasività, porrebbe già a presidio delle ragioni debitorie dell'amministrazione *“la doppia garanzia sul piano patrimoniale del riconoscimento degli accessori del credito e su quello coercitivo generale dell'intervento del Commissario ad acta”* (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, ord. 18 aprile 2014, n. 2004).

6. L'Adunanza Plenaria ritiene di aderire all'orientamento prevalente che ammette l'operatività dell'istituto per tutte le decisioni di condanna adottate dal Giudice Amministrativo ex art. 112 c.p.a., ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni pecuniarie.

6.1. A sostegno dell'opzione estensiva si pone, innanzitutto, un *argomento di diritto comparato*. Si deve considerare, infatti, che il sistema francese, modello sul quale sono stati conati gli istituti nazionali che

prevedono l'irrogazione della penalità di mora, è connotato da un'indiscussa funzione sanzionatoria, essendo teleologicamente orientato a costituire una pena per la disobbedienza alla statuizione giudiziaria, e non un risarcimento per il pregiudizio sofferto a causa di tale inottemperanza.

Il modello transalpino, quindi, in aderenza al *favor* espresso dalla giurisprudenza della CEDU verso la massima estensione, anche *in executivis*, dell'effettività delle decisioni giurisdizionali, dimostra che il rimedio compulsorio in esame può operare anche per le condanne pecuniarie, in quanto non conosce limiti strutturali in ragione della natura della condotta imposta dallo *iussum iudicis*. Si conferma, in questo modo, che la delimitazione dell'ambito oggettivo di operatività della misura è frutto di una scelta di politica legislativa e non un limite concettuale derivante dalla fisionomia dell'istituto.

6.2. L'argomento di diritto comparato si salda con l'*argomento letterale*. L'analisi del dato testuale dell'art. 114, comma 4, lettera e), cod. proc. amm., chiarisce, infatti, che, in sede di codificazione del processo amministrativo, il legislatore ha esercitato la sua discrezionalità, in sede di adattamento della conformazione dell'istituto alle peculiarità del processo amministrativo, nel senso di estendere il raggio d'azione delle penalità di mora a tutte le decisioni di condanna. La norma in analisi non ha, infatti, riprodotto il limite, stabilito dalla legge di rito civile nel titolo dell'art. 614-*bis*, della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile. Si deve aggiungere che la norma in esame non solo non contiene un rinvio esplicito all'art. 614-*bis*, ma neanche richiama implicitamente il modello processual-civilistico. Decisiva risulta la constatazione che l'art. 114, comma 4, lettera e), cod. proc. amm., modifica l'impianto normativo del rito civile prevedendo l'ulteriore limite negativo rappresentato dall'insussistenza di "*ragioni ostative*". Significativa appare, in questa direzione, anche la considerazione che nel giudizio civile l'*astreinte* è comminata dalla sentenza di cognizione con riguardo al fatto ipotetico del futuro inadempimento, mentre nel processo amministrativo la penalità di mora è applicata dal giudice dell'esecuzione a fronte del già inverato presupposto della trasgressione del dovere comportamentale imposto dalla sentenza che ha definito il giudizio.

Non può, dunque, essere attribuito un rilievo decisivo ai lavori preparatori, in quanto il riferimento, operato dalla Relazione governativa di accompagnamento, alla riproduzione dell'art. 614-*bis* cod. proc. civ., va inteso come richiamo della fisionomia dell'istituto e non come recepimento della sua disciplina puntuale.

In definitiva, a fronte dell'ampia formulazione dell'art. 114, co. IV, lett. e, cod. proc. amm., un'operazione interpretativa che intendesse colmare una lacuna che non c'è attraverso il richiamo dei limiti previsti dalla diversa norma del processo civile, si tradurrebbe in un'inammissibile analogia *in malam partem* volta ad assottigliare lo spettro delle tutele predisposte dal codice del processo amministrativo nel quadro di un potenziamento complessivo del giudizio di ottemperanza.

6.3. Occorre mettere l'accento, a questo punto, sull'*argomento sistematico*. La diversità delle scelte abbracciate dal legislatore per il processo civile e per quello amministrativo si giustifica in ragione della diversa architettura delle tecniche di esecuzione in cui si cala e va letto il rimedio in esame. Nel processo civile, stante la distinzione tra sentenze eseguibili in forma specifica e pronunce non attuabili

in re, la previsione della penalità di mora per le sole pronunce non eseguibili in modo forzato mira a introdurre una tecnica di coercizione indiretta che colmi l'assenza di una forma di esecuzione diretta. Detto altrimenti, nel sistema processual-civilistico, con l'innesto della sanzione in parola il legislatore ha inteso porre rimedio all'anomalia insita nell'esistenza di *sentenze di condanna senza esecuzione*, dando la stura ad una tecnica compulsoria che supplisce alla mancanza di una tecnica surrogatoria. Nel processo amministrativo, per converso, la norma si cala in un archetipo processuale in cui, grazie alle peculiarità del giudizio di ottemperanza, caratterizzato dalla nomina di un commissario *ad acta* con poteri sostitutivi, tutte le prestazioni sono surrogabili, senza che sia dato distinguere a seconda della natura delle condotte imposte.

La penalità di mora, in questo diverso *humus* processuale, assumendo una più marcata matrice sanzionatoria che completa la veste di strumento di coazione indiretta, si atteggia a tecnica compulsoria che si affianca, in termini di completamento e cumulo, alla tecnica surrogatoria che permea il giudizio d'ottemperanza.

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

6.4. Le considerazioni esposte sono suffragate anche dall'*argomento costituzionale*. 6.4.1. Non può ravvisarsi, in primo luogo, la paventata disparità collegata all'opzione potestativa, esercitabile da parte del creditore, attraverso la scelta, in sostituzione del rimedio dell'esecuzione forzata civile - priva dello strumento della penalità di mora per le sentenze di condanna pecuniaria -, dell'ottemperanza amministrativa, rafforzata dalla comminatoria delle *astreintes*.

Il riscontro di profili di disparità dev'essere, infatti, effettuato tenendo conto dei soggetti di diritto e non delle tecniche di tutela dagli stessi praticabili. Ne deriva che la possibilità, per un creditore pecuniario della pubblica amministrazione, di utilizzare, in coerenza con una consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione e di questo Consiglio, due diversi meccanismi di esecuzione, lungi dal porre in essere una disparità di trattamento, per la quale difetterebbe il referente soggettivo discriminato, evidenzia un arricchimento del bagaglio delle tutele normativamente garantite in attuazione dell'art. 24 Cost. in una con i canoni europei e comunitari richiamati dall'art. 1 c.p.a.

6.4.2. Non può neanche ravvisarsi, sotto altra e complementare angolazione, una discriminazione ai danni del debitore pubblico, per essere lo stesso soggetto, diversamente dal debitore privato, a tecniche di esecuzione diversificate e più incisive. Tale differenziazione è il precipitato logico e ragionevole della peculiare condizione in cui versa il soggetto pubblico destinatario di un comando giudiziale.

La pregnanza dei canoni costituzionali di imparzialità, buona amministrazione e legalità che informano l'azione dei soggetti pubblici, qualificano in termini di maggior gravità l'inosservanza, da parte di tali soggetti, del precetto giudiziale, in guisa da giustificare la previsione di tecniche di esecuzione più penetranti, tra le quali si iscrive il meccanismo della penalità di mora.

In questo quadro va rimarcato che la previsione di cui all'art. 114, comma 4, lett. e, c.p.a., si inserisce armonicamente in una struttura del giudizio di ottemperanza complessivamente caratterizzata, proprio per la specialità del debitore, da un potere di intervento del giudice particolarmente intenso, come testimoniato dall'assenza del limite dell'infungibilità della prestazione, dalla previsione di una giurisdizione di merito e dall'adozione di un modello surrogatorio di tutela esecutiva.

6.5. La tesi esposta non è, infine, scalfita dall'*argomento equitativo* su cui fanno leva i fautori della tesi restrittiva, richiamando il rischio di duplicazione di risarcimenti, con correlativa locupletazione del creditore e depauperamento del debitore. L'argomento è inficiato dal rilievo che la penalità di mora, come fin qui osservato, assolve ad una funzione coercitivo-sanzionatoria e non, o quanto meno non principalmente, ad una funzione riparatoria, come dimostrato, tra l'altro, dalle caratteristiche dei modelli di diritto comparato e dalla circostanza che nell'articolo 614 *bis* c.p.c. la misura del danno è solo uno di parametri di quantificazione dell'importo della sanzione.

Trattandosi di una pena, e non di un risarcimento, non viene in rilievo un'inammissibile doppia riparazione di un unico danno ma l'aggiunta di una misura sanzionatoria ad una tutela risarcitoria. E', in definitiva, insito nella diversa funzione della misura, da un lato, che a tale sanzione, diversamente da quanto accade per i *punitive damages*, si possa accedere anche in mancanza del danno o della sua dimostrazione; e, dall'altro, che al danno da inesecuzione della decisione, da risarcire comunque in via integrale ai sensi dell'art. 112, comma 3, c.p.a., si possa aggiungere una pena che il legislatore, pur se implicitamente, ha inteso destinare al creditore insoddisfatto.

Si deve aggiungere che la locupletazione lamentata, frutto della decisione legislativa di disporre un trasferimento sanzionatorio di ricchezza, ulteriore rispetto al danno, dall'autore della condotta inadempitiva alla vittima del comportamento antigiuridico, si verifica in modo identico anche per sentenze aventi un oggetto non pecuniario, per le quali parimenti il legislatore, pur se non attraverso meccanismi automatici propri degli accessori del credito pecuniario (rivalutazione e interessi), prevede l'azionabilità del diritto al risarcimento dell'intero danno da inesecuzione del giudicato (art. 112, comma 3, cit), in aggiunta alla possibilità di fare leva sul meccanismo delle penalità di mora.

Anche sotto questo punto di vista, quindi, le sentenze aventi ad oggetto un dare pecuniario non pongono problemi specifici e non presentano caratteristiche diverse rispetto alle altre pronunce di condanna. Va aggiunto che la funzione deterrente e general-preventiva delle penalità di mora verrebbe frustrata dalla mancata erogazione della tutela in analisi ove vi sia già stato o possa essere assicurato un integrale risarcimento.

6.5.1. Si deve, infine, osservare che la considerazione delle peculiari condizioni del debitore pubblico, al pari dell'esigenza di evitare locupletazioni eccessive o sanzioni troppo afflittive, costituiscono fattori da valutare non ai fini di un'astratta inammissibilità della domanda relativa a inadempimenti pecuniari, ma in sede di verifica concreta della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura nonché al momento dell'esercizio del potere discrezionale di graduazione dell'importo. Non va sottaciuto che l'art. 114, comma 4, lett. e, c.p.a., proprio in considerazione della specialità, in questo caso favorevole, del debitore pubblico - con specifico riferimento alle difficoltà nell'adempimento collegate a vincoli

normativi e di bilancio, allo stato della finanza pubblica e alla rilevanza di specifici interessi pubblici- ha aggiunto al limite negativo della manifesta iniquità, previsto nel codice di rito civile, quello, del tutto autonomo, della sussistenza di *altre ragioni ostative*.

Ferma restando l'assenza di preclusioni astratte sul piano dell'ammissibilità, spetterà allora al giudice dell'ottemperanza, dotato di un ampio potere discrezionale sia in sede di scrutinio delle ricordate esimenti che in sede di determinazione dell'ammontare della sanzione, verificare se le circostanza addotte dal debitore pubblico assumano rilievo al fine di negare la sanzione o di mitigarne l'importo.

7. L'Adunanza Plenaria afferma pertanto il seguente principio di diritto: *“Nell'ambito del giudizio di ottemperanza la comminatoria delle penalità di mora di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, è ammissibile per tutte le decisioni di condanna di cui al precedente art. 113, ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria”*. .

8. Ciò affermato l'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a., restituisce gli atti alla Sezione quarta di questo Consiglio per le ulteriori pronunce di rito, sul merito della controversia e sulle spese del giudizio.

P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

affermato il principio di diritto di cui in motivazione, restituisce gli atti alla Sezione quarta per ogni ulteriore statuizione di rito, nel merito della controversia e sulle spese del giudizio.

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