

Diritto Amministrativo II
Sentenze in programma per l'a.a. 2019/2020

Il riparto di giurisdizione	1
1. Corte di Cassazione, SS. UU., sent. 6 novembre 1991, n. 11851	1
2. Corte di Cassazione, SS. UU., ord. 15 febbraio 2011, n. 3670.....	3
3. T.A.R. Piemonte, Torino, sent. 21 dicembre 2016, n. 1579	6
4. T.A.R. Toscana, sez. I, sent. 28 febbraio 2018, n. 329	9
5. T.A.R. Puglia, Lecce, sent. 24 gennaio 2017, n. 104.....	12
6. TAR Puglia, Lecce, sent. 4 febbraio 2019, n. 175	15
7. Corte costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204	18
L'azione di condanna al risarcimento del danno	26
1. Corte di Cassazione, S. U., 22 luglio 1999, n. 500	26
2. Consiglio di Stato, Ad. pl., sent. 23 marzo 2011, n. 3	44
3. Corte costituzionale, sent. 4 maggio 2017, n. 94	60
L'azione avverso il silenzio	67
1. T.A.R. Campania sez. VII - Napoli, 25/11/2019, n. 5549	67
2. T.A.R. Lazio sez. II - Roma, 11/12/2017, n. 12204.....	70
La legittimazione a ricorrere	73
1. Cons. Stato, Ad. Plen., Sent. 20/02/2020, n. 6.....	73
Il principio della domanda e i motivi del ricorso	85
1. Consiglio Di Stato, Ad. Pl., sent. 13 Aprile 2015, n. 4.....	85
2. Consiglio di Stato, Ad. Pl., sent. 27 aprile 2015, n. 5.....	94

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE

1. Corte di Cassazione, SS. UU., 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 Mantiniera 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 patto non può che essere 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. Corte di Cassazione, SS. UU., ord. 15 febbraio 2011, n. 3670

Svolgimento del processo

Il Comune di Brescia, con Delib. giunta 21 novembre 2008, istituì un contributo di mille Euro per ogni nato (c.d. "bonus bebè"), con l'espressa finalità di far fronte al problema della bassa natalità nelle famiglie cittadine meno abbienti, ponendo pertanto le condizioni, oltre a quelle dei limiti di reddito, che almeno un genitore fosse cittadino italiano e residente da non meno di due anni nel comune.

A seguito di tale provvedimento proposero ricorso al locale tribunale, ai sensi del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 44 (c.d. "T.U. sull'immigrazione") e D.Lgs. n. 215 del 2003, art. 4 (c.d. "legge sulla parità di trattamento tra persone di diversa razza e origine etnica"), gli immigrati H.A., N.S., W.M.P.G. e H.A., nonché l'ASGI-Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione, lamentandone la natura discriminatoria nei confronti di quei genitori in possesso, come gli istanti, di tutti gli altri requisiti per la concessione del beneficio, ad eccezione di quello della cittadinanza.

Il ricorso venne accolto dal giudice adito, con ordinanza cautelare del 26.1.09, poi confermata dal collegio in sede di reclamo, facendosi obbligo al resistente comune di rimuovere il trattamento discriminatorio, riconoscendo il contributo anche ai genitori stranieri, ove in possesso degli altri requisiti.

Con successiva Delib. giunta 30 gennaio 2009 il Comune di Brescia, preso atto del provvedimento giudiziale e considerato che "l'estensione del beneficio...risulterebbe in contrasto con la finalità prioritaria di sostegno alla natalità delle famiglie di cittadinanza italiana...", dispose la revoca del contributo per tutte le famiglie, sia italiane, sia straniere.

Denunciandone la natura ritorsiva, ai sensi del D.Lgs. n. 215 del 2003, art. 4 bis, l'ASGI, l'H. e gli altri istanti adirono ancora il tribunale per la rimozione del nuovo provvedimento, richiesta che venne accolta con ordinanza del 12.3.09, confermata in sede di reclamo, disponendosi la cessazione della condotta discriminatoria, mediante il ripristino delle condizioni di cui all'originaria delibera, eccetto quella della cittadinanza.

A seguito di tale decisione il Comune di Brescia, con citazione del 26/30.6.09, convenne l'ASGI, l'H. e gli altri innanzi al Tribunale di Brescia, instaurando ex art. 669 octiesc.p.c., il giudizio di merito, al fine precipuo di far dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e revocarsi l'ordinanza cautelare del 12.3.09, tenuto conto della natura amministrativa e discrezionale del provvedimento impugnato dalle controparti, e, nel corso del conseguente giudizio, nel quale i convenuti si erano costituiti ribadendo le proprie precedenti posizioni, con ricorso dell'8.9.10 ha chiesto il regolamento preventivo di giurisdizione.

Hanno resistito, con comune controricorso, gli intimati. Sono state infine depositate memorie da ambo le parti.

Motivi della decisione

[...]

4. Tanto premesso, ritiene la Corte che il ricorso sia privo di fondamento, la chiarezza del dato normativo non consente dubbi in ordine all'attribuzione al giudice ordinario della giurisdizione, in

ordine alla tutela contro gli atti ed i comportamenti, ritenuto lesivi del principio di parità, che il D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 215 (di "attuazione della direttiva 200/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica"), all'art. 3 riconosce "senza distinzione di razza e di origine etnica...a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato", con riferimento, tra l'altro anche alle "prestazioni sociali" (v. sub g), rinviando, con il successivo art. 4, per la relativa tutela giurisdizionale, alle forme previste dal D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, commi 1, 6 e 8 ed art. 11 (T.U. delle "disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"), vale dire ad un procedimento di tipo cautelare, già attribuito alla cognizione del Pretore (oggi sostituita da quella del Tribunale), a conclusione del quale il giudice adotta un'ordinanza, di accoglimento o rigetto della domanda (che, come previsto dall'art. 44, comma 8 cit. T.U., può contenere anche statuizioni risarcitorie), avverso il quale è dato reclamo al collegio. La suddetta tutela giurisdizionale è stata poi estesa, dall'art. 4. Raggiunto al D.Lgs. n. 215 del 2008, dalla n. 101 del 2008, art. 8 sexies di conversione con modifiche del D.L. n. 59 del 2008 (recanti disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia della Comunità europee), ai "casi di comportamenti, trattamenti o altre conseguenze pregiudizievoli posti in essere o determinate, nei confronti della persona lesa da una discriminazione diretta o indiretta o di qualunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento".

Tali previsioni normative, imposte dalla natura delle situazioni soggettive tutelate, veri e propri diritti assoluti, derivanti dal fondamentale principio costituzionale (art. 3 Cost.) di parità e dalle analoghe norme sovranazionali, in attuazione delle quali il legislatore italiano le ha adottate, comportano che anche nella successiva fase cognitiva di merito la giurisdizione non possa che spettare a quello stesso giudice, quello ordinario, cui è stata demandata la tutela provvisoria ed urgente delle suddette situazioni soggettive; tanto in considerazione della strumentalità dei menzionati provvedimenti rispetto a quelli definitivi, cui effetti, non diversamente dalla funzione cui assolvono quelli in via generale previsti dall'art. 669 bis c.p.c., e segg. (al cui modulo processuale risultano conformati: v. Cass. S.U. n. 6172/08), sono finalizzati ad assicurare interinalmente o ad anticipare gli effetti della definitiva decisione, antidiscriminatoria o antiritorsiva. Improprio, pertanto, per la palese anomalia sistematica che implicherebbe, si palesa la tesi secondo cui il giudizio di merito, di cui all'art. 669 octies c.p.c., pur essendo stato preceduto da quello cautelare svolto davanti al G.O., in ragione della natura dei provvedimenti in concreto richiesti ed assunti in tale fase, avrebbe dovuto essere instaurato o, comunque, proseguire nella diversa sede giurisdizionale amministrativa.

Premessa, dunque, l'esistenza nel vigente ordinamento nazionale di chiare ed inequivoche disposizioni legislative, attribuenti al giudice ordinario la potestà giudicandi in relazione alle denunce di atti discriminatori o ritorsivi astrattamente riconducibili al novero di quelli previsti dalle norme in precedenza citate e delle conseguenti richieste di provvedimenti atti a rimuoverlo, risulta agevole affermare che sarà sempre e soltanto quel giudice, in virtù di una incontestabile scelta normativa, coerente alla natura delle situazioni tutelate, a dover conoscere se, in concreto, i

comportamenti denunciati integrino gli estremi dell'ingiustificata discriminazione o dell'illegittima reazione diurni all'art. 4 bis in precedenza citato (e nella specie, da ultimo, invocato dagli odierai resistenti) e a dover adottare i conseguenti provvedimenti idonei a rimuoverne gli effetti nei confronti di chi li abbia posti in essere, incontrando tuttavia, nell'ipotesi in cui sia stato un soggetto pubblico ad adottarli, i consueti limiti esterni che, nel vigente ordinamento, connotano il riparto di attribuzioni tra autorità giudiziaria ordinaria e pubblica amministrazione.

[...]

2. T.A.R. Piemonte, Torino, sent. 21 dicembre 2016, n. 1579

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso portato alla notifica il 4 marzo 2011 e depositato il 23 marzo successivo, i signori -[...] e -[...]-, agendo in proprio e nell'interesse del figlio minore -[...]-, 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 -[...]-.
Hanno premesso i ricorrenti che nel giugno del 2010, a seguito di una visita specialistica presso l'Ospedale Koelliker di Torino, il proprio figlio -[...]-, all'epoca di cinque anni, risultava affetto da una malattia rara denominata Morbo di Coats, una patologia caratterizzata da un anomalo sviluppo dei vasi sanguigni della retina, che può condurre al distacco di quest'ultima e alla perdita del visus, e che negli stadi precoci è trattabile con il laser e la crioterapia.

La diagnosi era confermata nel luglio successivo presso l'Ospedale Maria Vittoria di Torino, dove il minore era sottoposto a due interventi chirurgici, il 22 luglio e il 9 settembre 2010, a seguito dei quali, peraltro il visus dell'occhio sinistro (l'unico interessato dal morbo) subiva un peggioramento, da 2/10 a 1/10.

Nell'ottobre del 2010, su richiesta del medico specialista dell'Ospedale Maria Vittoria di Torino, i ricorrenti si recavano a Siena presso il Policlinico S. Maria delle Scotte, dove il figlio era sottoposto ad una nuova visita, a seguito della quale la specialista escludeva la necessità di un nuovo intervento, raccomandando esclusivamente l'effettuazione di visite di controllo ravvicinate nel tempo.

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

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

- il Policlinico S. Maria delle Scotte di Siena;
- l'Ospedale Sacro Cuore Negar-Centro di Riabilitazione Visiva di Verona;
- e l'Ospedale Pediatrico Bambin Gesù di Roma.

Dal momento, però, che i ricorrenti si erano già rivolti al Policlinico S. Maria delle Scotte di Siena senza ricevere alcuna

terapia per il bambino, ma solo la conferma della diagnosi, i ricorrenti decidevano di recarsi ugualmente all'Hopital Ophtalmique Jules Gonin di Losanna, dove il figlio era sottoposto ad un nuovo intervento in data 8 novembre 2010, conseguendo evidenti progressi, dal momento che il

visus dell'occhio sinistro aumentava rapidamente fino a 5/10.

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

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

3. T.A.R. Toscana, sez. I, sent. 28 febbraio 2018, n. 329

FATTO

Immcas società agricola s.r.l. ha presentato, in data 4.4.2011, domanda di finanziamento in relazione al bando Misura 311, riguardante la diversificazione in attività non agricole per il programma di sviluppo rurale 2007/2013 indetto dalla Regione.

In particolare, l'istanza concerneva I) la ristrutturazione edilizia delle strutture recettive, II) la realizzazione di impianti elettrici e III) di sfruttamento dell'energia geotermica per riscaldamento (sottomisura 100368), nonché IV) l'acquisto e installazione di impianti solari termici e V) di impianti per la produzione di energia di tipo cogenerazione con biomasse agroforestali (sottomisura 100369).

Il bando stabiliva, come requisito di partecipazione, la cantierabilità delle opere di cui si chiedeva il finanziamento alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda (5.4.2011).

L'art. 2.2 del documento attuativo regionale (documento n. 12) definiva come cantierabili da un lato le opere per le quali era stata presentata al Comune, almeno 20 giorni prima della ricezione della domanda di aiuto economico, una denuncia di inizio attività valida ai fini dell'effettivo avvio dei lavori, completa di ogni necessario parere, nulla osta o atto d'assenso comunque denominato, dall'altro lato i macchinari, gli impianti e le attrezzature per le quali erano stati presentati specifici preventivi controfirmati dal fornitore e indicanti il prezzo, la data di consegna e i termini di pagamento. Per i progetti relativi alla realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, il documento attuativo regionale (DAR) prescriveva sia la dichiarazione di aver presentato l'istanza di autorizzazione al Comune entro il termine di ricezione della richiesta di contributo, sia la presentazione dell'autorizzazione stessa entro il termine ultimo di adozione dell'atto di assegnazione.

[...]

In data 13.6.2013 l'Unione dei Comuni ha annunciato alla società istante la decadenza della domanda di aiuto economico disposta con determinazione n. 300 del 18.3.2013 per mancato possesso del requisito della cantierabilità degli interventi da finanziare, ai sensi dell'art. 10 bis della legge n. 241/1990 (documento n. 2).

La ricorrente ha replicato con lettera del 27.6.2013 (documento n. 11) facendo presente che invece le opere erano cantierabili dal 18.12.2010 e che per la costruzione del locale interrato l'autorizzazione era stata rilasciata il 23.2.2011.

L'Unione dei Comuni, con provvedimento del 1.8.2013, senza soffermarsi sulle osservazioni dell'interessata e richiamando la determinazione n. 856 del 25.7.2013 confermativa del diniego di ammissibilità della domanda, ha pronunciato la decadenza della domanda stessa reputando la richiedente "non in possesso della cantierabilità necessaria per la realizzazione degli interventi proposti, come previsto dall'art. 4, lett. B, del bando di misura".

[...]

DIRITTO

1. In via preliminare occorre soffermarsi sulle questioni in rito.

È stato eccepito il difetto di giurisdizione, sull'assunto che nel caso di specie rileverebbe una posizione di diritto soggettivo, e non di interesse legittimo, della ricorrente, in quanto il gravato diniego è espressione di attività amministrativa vincolata.

L'eccezione non è condivisibile.

È noto l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in materia di contributi e sovvenzioni pubbliche, sussiste la giurisdizione ordinaria quando 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* ed il *quomodo* dell'erogazione economica, ovvero allorquando rilevi l'attività amministrativa vincolata, a fronte della quale la posizione del soggetto inciso è di diritto soggettivo (Cass., sez. un. 13 ottobre 2011, n. 21062; idem, 17 gennaio 2013, n. 150).

Tuttavia, se è pur vero che l'interesse legittimo si correla, di norma, all'esercizio di un potere discrezionale dell'Amministrazione, non è altrettanto vero che di fronte ad un provvedimento vincolato il privato vanta sempre diritti soggettivi, ben potendo sussistere posizioni di interesse legittimo in relazione a provvedimenti vincolati, a condizione che questi ultimi siano emanati in via primaria ed immediata per la cura degli interessi pubblici e non per la soddisfazione di aspettative dei privati (Cass., S.U. 19.4.2017, n. 9862). Né la cura primaria dell'interesse pubblico sussiste, in materia di concessione di contributi economici da parte della pubblica amministrazione, solo allorquando l'attività finanziata abbia una immediata rilevanza pubblica (come nel caso dell'attività di interesse pubblico -ad esempio il trasporto pubblico- svolta dal concessionario di pubblico servizio), rilevando invece lo scopo per il quale è previsto l'aiuto economico.

Orbene, il finanziamento chiesto dalla società istante rientra nel programma di sviluppo rurale 2007/2013 indetto dalla Regione Toscana, dal quale emerge il perseguimento, in via primaria ed immediata, dell'interesse pubblico a promuovere gli investimenti finalizzati a diversificare le attività delle aziende agricole. Infatti, come riportato nel sito internet della Regione Toscana, la misura n. 311, cui è riferita l'istanza della ricorrente, *<<intende promuovere gli investimenti finalizzati a diversificare le attività delle aziende agricole per incrementare il reddito aziendale complessivo ed attivare rapporti economici con soggetti operanti al di fuori del settore agroalimentare. Si può esaltare così il ruolo multifunzionale delle aziende agricole, creando nuove opportunità di reddito e di occupazione. Con la diversificazione aziendale è possibile, inoltre, accrescere i livelli di integrazione delle risorse disponibili nelle aree agricole per potenziare la rete di promozione sociale e gli strumenti di prevenzione del disagio, in linea con quanto previsto dalla normativa regionale. L'importanza e la valenza della multifunzionalità dell'impresa agricola sono anche sottolineate dall'OCSE che afferma che "oltre alla produzione di alimenti e fibre (sani e di qualità) l'agricoltura può modificare il paesaggio, contribuire alla gestione sostenibile delle risorse, alla preservazione delle biodiversità, a mantenere la vitalità economica e sociale delle aree rurali". Nello specifico della Toscana, la diversificazione delle attività aziendali verso settori produttivi e di servizio non agricoli sta diventando un'esigenza indilazionabile a causa della perdita di competitività e di capacità di produrre occupazione manifestata dalle imprese operanti nel settore*

agricolo (v. cap. 4 'Economia rurale e qualità della vita' dell'analisi della situazione); nell'analisi territoriale è stato constatato infatti che la diminuzione di competitività e occupazione non si manifesta solo nelle zone C e D, ma anche per quelle ricadenti nelle altre zone>>>. La cura primaria dell'interesse pubblico, cui è asservito il contributo de quo, trova riscontro più generale nell'art. 52, lett. a, punto i, del regolamento CE del 20.9.2005, n. 1698.

Pertanto, si ataglia al caso di specie il sopra citato indirizzo giurisprudenziale secondo cui il privato vanta una posizione di interesse legittimo in relazione al provvedimento vincolato emanato in via primaria, diretta ed immediata per il soddisfacimento di interessi pubblici (Cass., S.U., 19.4.2017, n. 9862).

Rilevano al riguardo le ragioni del conferimento del potere esercitato e le finalità del potere stesso: la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi è da farsi - alla stregua dei principi generali - con riferimento alla finalità perseguita dalla norma cui il provvedimento si ricollega: a seconda che la norma sia diretta in via primaria ed immediata a tutelare posizioni soggettive del privato (norma di relazione - diritti soggettivi), ovvero a tutelare un interesse pubblico della collettività (norma di azione - interessi legittimi; si veda TAR Lombardia, Brescia, II, 4.12.2009, n. 2504).

In conclusione appare dirimente, quale elemento fondante la giurisdizione amministrativa, la circostanza che il contestato provvedimento risulta frutto di attività amministrativa vincolata immediatamente connessa al perseguimento dell'interesse pubblico.

[...]

3. Ciò premesso, entrando nel merito della trattazione del ricorso valgono le seguenti considerazioni. Con la prima censura la società istante lamenta il difetto di motivazione e la mancata valutazione delle osservazioni dalla stessa presentate in risposta al preavviso di diniego.

La doglianza è fondata.

La contestata dichiarazione di decadenza della domanda di aiuto economico (costituente sostanzialmente un diniego di ammissione al finanziamento) ha assunto, come unica motivazione, il fatto che la richiedente non risultava in possesso della cantierabilità necessaria per la realizzazione degli interventi proposti, senza dare contezza di quali fossero le ragioni della ravvisata non cantierabilità, a fronte dei numerosi documenti presentati assieme all'istanza. L'Amministrazione avrebbe dovuto specificare quali fossero i documenti da cui era dato evincere l'inosservanza del requisito di cantierabilità e controdedurre alle osservazioni presentate dalla ricorrente in sede di partecipazione al procedimento.

Pertanto, da un lato risulta violato l'art. 3 della legge n. 241/1990, dall'altro risulta violata la regola del contraddittorio, posto che non risulta esaminata e valutata la nota di risposta presentata dall'interessata ad esito della comunicazione preventiva delle (generiche) ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza ex art. 10 bis della legge n. 241/1990.

[...]

4. 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.

5. TAR Puglia, Lecce, sent. 4 febbraio 2019, n. 175

FATTO

L'extracomunitario ricorrente (cittadino albanese) ha impugnato, domandandone l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, il provvedimento di respingimento alla frontiera, emesso dall'Ufficio di Polizia di Frontiera - Area Marittima di Brindisi il 21 settembre 2018 e notificato in data 21 settembre 2018, ai sensi dell'art. 10, primo comma, del Decreto Legislativo 25 Luglio 1998, n. 286, perché sprovvisto di idonea documentazione attestante scopo e condizione del soggiorno e segnalato ai fini della non ammissione nel registro nazionale ("E' stato dichiarato inammissibile nel territorio Schengen dalle Autorità italiane fino al 10/03/2020").

Dopo avere diffusamente illustrato il fondamento giuridico della domanda di annullamento azionata (pur senza rubricare specifici motivi di gravame), il ricorrente ha concluso come riportato in epigrafe.

Si sono costituiti in giudizio, tramite l'Avvocatura Distrettuale Erariale, la Questura Brindisi e il Ministero dell'Interno, eccependo *in limine* il difetto di giurisdizione dell'adito T.A.R.. Hanno, poi, chiesto la reiezione dell'istanza cautelare e del gravame nel merito.

All'udienza in Camera di Consiglio dell'8 gennaio 2019, fissata per l'esame dell'istanza cautelare incidentalmente proposta, il Presidente del Collegio ha dato avviso alle parti della riserva di decisione nel merito, *ex art.* 60 c.p.a.; indi la causa, su istanza di parte, è stata introitata per la decisione con sentenza in forma semplificata.

DIRITTO

0. - Il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione dell'adito T.A.R..

1. - Rileva il Collegio che la Corte di Cassazione ha affermato che *"il provvedimento del Questore diretto al respingimento incide su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo: l'atto è infatti correlato all'accertamento positivo di circostanze-presupposti di fatto esaustivamente individuate dalla legge (D. Lgs. n. 286 del 1998, art. 10, comma 2, lett. a) e b) ed all'accertamento negativo della insussistenza dei presupposti per l'applicazione dalle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale nelle sue forme del riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria ovvero che impongono l'adozione di misure di protezione solo temporanea per motivi umanitari (D. Lgs. n. 286 del 1998, art. 10, comma 2 e art. 19, comma 1). E pertanto, in mancanza di norma derogatrice che assegni al giudice amministrativo la cognizione della impugnazione dei respingimenti, deve trovare applicazione il criterio generale secondo cui la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, proprio in ragione della inesistenza di margini di ponderazione di interessi in gioco da parte della Amministrazione, spetta al giudice ordinario"* (Cassazione Civile, Sezioni Unite, 17 giugno 2013, n. 15115).

E' stato pure condivisibilmente osservato (T.A.R. Puglia, Lecce, Sezione Seconda, 27 ottobre 2015, n. 3069) che *"Dette considerazioni valgono a fortiori per l'ipotesi di cui all'art. 10 comma 1, vale a dire quella relativa al respingimento immediato"* (statuente che *"1. La polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente*

testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato”) e che “appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la definizione della controversia avente a oggetto il provvedimento di respingimento dello straniero di cui all’art. 10, commi 1 e 2, d.lgs. 286/1998, indipendentemente dal fatto che si tratti di respingimento immediato e diretto (perché avvenuto alla frontiera) ovvero di respingimento cd. differito, cioè eseguito dopo che lo straniero abbia fisicamente varcato la linea di confine, atteso che il potere esercitato è lo stesso e identica è anche la posizione, di diritto soggettivo, del soggetto che di detto provvedimento è destinatario (Tar Lecce. Sez. II, 16 gennaio 2014, n. 140)”.

Anche il Consiglio di Stato (cfr. sentenza Sezione Terza, 13 settembre 2013, n. 4543) ha puntualmente e condivisibilmente rilevato che:

“la giurisprudenza della Corte di Cassazione (S.U. n. 14502/2013 e n. 15115/2013) che afferma la giurisdizione del giudice ordinario in materia di respingimento, non distingue a seconda delle diverse ipotesi di respingimento; né, comunque, le argomentazioni delle due decisioni citate giustificerebbero una simile distinzione.

Il potere di respingimento è infatti lo stesso, e identica è la posizione dello straniero che ne è destinatario. La differenza fra le fattispecie considerate dei due commi dell’art. 10 consiste in ciò: che il caso ordinario e normale è quello del respingimento in limine, ossia immediato; e dal sistema si deduce che, di norma, se tale potere non viene esercitato esso si estingue, subentrando il diverso potere di espulsione o comunque di diniego del permesso di soggiorno. Tuttavia nelle ipotesi considerate nel comma 2 la norma consente – a titolo di eccezione – che il potere di respingimento sopravviva e venga ancora esercitato benché lo straniero abbia fisicamente varcato la linea di frontiera.

In altre parole, le ipotesi derogatorie ed eccezionali del comma 2 si risolvono in una fictioiuris per cui lo straniero materialmente entrato nel territorio nazionale si considera invece ancora in limine e quindi soggetto a quel potere di respingimento che invece senza la fictioiuris non potrebbe essere più esercitato. Ma come si vede il potere dell’autorità è sempre lo stesso e identica è la condizione giuridica dello straniero”.

In definitiva, con riguardo al provvedimento di respingimento alla frontiera di cui all’art. 10 comma 1, del Decreto Legislativo n. 286 del 1998 (respingimento immediato, come nel caso di specie), <<“in ragione della inesistenza di margini di ponderazione di interessi in gioco da parte della Amministrazione, la consistenza della posizione giuridica soggettiva vantata dal destinatario dell’atto è di diritto soggettivo. Pertanto, in mancanza di norma derogatrice che assegni al giudice amministrativo la cognizione della impugnazione dei respingimenti, deve trovare applicazione il criterio generale che attribuisce al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi (cfr. Cassazione Civile, 17 giugno 2013 n. 15115; T.A.R. Veneto Venezia, sez. III, 03 dicembre 2013 n. 1354)” (T.A.R. Lombardia, Milano, II, 29 gennaio 2014, n. 331; in termini, T.A.R. Sicilia, Catania, IV, 10 aprile 2017, n. 766; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, I, 17 dicembre 2015, n. 1123)>> (T.A.R. Puglia, Lecce, Sezione Terza, 2 ottobre 2017, n. 1556; in termini, T.A.R. Puglia, Lecce, Sezione Terza, 9 novembre 2017, n. 1783).

2. - Per tutto quanto innanzi esposto, il ricorso va dichiarato inammissibile, ai sensi degli artt. 9 e 35, comma 1, lett. b) del c.p.a., per difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo in favore del Giudice Ordinario, innanzi al quale potrà essere riproposta l'azione, nei perentori termini di legge.

3 - Sussistono i presupposti di legge (la corresponsabilità della P.A. in relazione all'errore commesso dal ricorrente, cittadino straniero, nella esatta individuazione del plesso giurisdizionale cui rivolgersi, considerata l'indicazione del Giudice Amministrativo quale Giudice cui ricorrere, contenuta nell'impugnato provvedimento) per compensare integralmente tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo, in favore del Giudice Ordinario.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte ricorrente.

6. 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* legge 31 marzo 1877 n. 3761, le sezioni unite della Cassazione romana - la legge del 1865 creava le premesse della legislazione successiva volta a colmare il sempre più grave vuoto di tutela giurisdizionale da essa lasciato con il puro e semplice ignorare tale esigenza negli «affari non compresi» nell'art. 2.

La relazione Crispi al disegno di legge, divenuto la legge (istitutiva della IV Sezione) 31 marzo

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

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

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

2.3.- Se, relativamente alla conservazione della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, l'esame dei lavori dell'Assemblea costituente offre il quadro che si è tratteggiato, da essi non emergono particolari elementi di chiarificazione relativamente alla previsione, nel testo dell'art. 103 Cost., della giurisdizione esclusiva: previsione che compare quasi come accessoria rispetto a quella generale di legittimità, per «la inscindibilità delle questioni di interesse legittimo e

di diritto soggettivo, e per la prevalenza delle prime», le quali impongono di «aggiungere la competenza del Consiglio di Stato per i diritti soggettivi, nelle materie particolari specificamente indicate dalla legge» (Ruini, Assemblea, seduta pomeridiana del 21 novembre 1947).

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

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

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

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

Si è rilevato (*sub* 2.1.) che i rimettenti ricordano diffusamente come la giurisdizione esclusiva - fino al 1990 confinata nei ristretti limiti segnati dagli artt. 29 del t.u. n. 1054 del 1924 e 5, comma 1, della legge n. 1034 del 1971 (ma *adde* gli artt. 11 della legge n. 1185 del 1967; 32 della legge n. 426 del 1971; 16 della legge n. 10 del 1977; 6 della legge n. 440 del 1978; 35 della legge n. 47 del 1985; 11 della legge n. 210 del 1985) - sia stata notevolmente estesa a partire da tale anno contemplando l'impugnazione degli atti delle c.d. autorità amministrative indipendenti (artt. 33 della legge n. 287 del 1990; 7 del d.lgs. n. 74 del 1992; 10 della legge n. 109 del 1994; 2 della legge n. 481 del 1995; 1 della legge n. 249 del 1997) nonché quella degli accordi tra privati e pubblica amministrazione (artt. 11 e 15 della legge n. 241 del 1990; legge n. 537 del 1993); ma tale estensione non appare loro confligente 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 *speciosa 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, *mutatismutandis*, 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.

L'AZIONE DI CONDANNA AL RISARCIMENTO DEL DANNO

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. Ripercorrendo la giurisprudenza di questa S.C., può constatarsi che il principio della irrisarcibilità degli interessi legittimi si è 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 dirittisoggettivi, 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 iusaedificandi 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 un 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 rinvergono 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 incontrovertito) 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 rinvergono 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 consequenziali, 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 consequenziali, 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 è 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 inferito 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 è 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 inferito 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 obiettivo 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 quanto 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 consequenziali, 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 consequenziali 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.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle sezioni unite civili della Corte di cassazione, il 26.3.1999.

DEPOSITATA IN CANCELLERIA IL 22 LUG. 1999.

(*) ndr: così nel testo.

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

DIRITTO

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

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

L'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, nel novellare l'art. 7, comma 3, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, ha poi stabilito che, in tali casi, la tutela risarcitoria va richiesta al giudice amministrativo, attecchendosi 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 asseritamente 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 denunciata 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 allorché 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 soddisfacente, non è ammissibile se non accompagnata dalla

rituale e contestuale proposizione della domanda di annullamento del provvedimento negativo (o del rimedio avverso il silenzio ex art. 31), per converso la domanda risarcitoria è proponibile in via autonoma rispetto al rimedio caducatorio.

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

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

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

Operando una ricognizione dei principi civilistici in tema di causalità giuridica e di principio di auto-responsabilità, il codice del processo amministrativo sancisce la regola secondo cui la tenuta, da parte del danneggiato, di una condotta, attiva od omissiva, contraria al principio di buona fede ed al parametro della diligenza, che consenta la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati secondo il canone della causalità civile imperniato sulla probabilità relativa (secondo il criterio del *“più probabilmente che non”* : Cass., sezioni unite, 11 gennaio 1008, n. 577; sez. III, 12 marzo 2010, n. 6045), recide, in tutto o in parte, il nesso casuale che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., deve legare la condotta antiggiuridica 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 sovrapposibilità 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'*actiodamni* 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-DeutscheGetreivertretung*; 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-riciamato, 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 *regulairis* 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 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 inflessibile 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'*actiodamni* 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 codnav.).

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 *iuranovit 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 *spatiumtemporis*, 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.

3. Corte costituzionale, sent. 4 maggio 2017, n. 94

Considerato in diritto

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

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

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

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

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

4.- In punto di non manifesta infondatezza, ad avviso del giudice a quo, la disposizione censurata violerebbe l'art. 3 Cost., sotto il profilo del principio di uguaglianza, poiché nel prevedere un regime processuale per l'azione risarcitoria da lesione di interessi legittimi «sensibilmente diseguale» rispetto a quello della prescrizione ordinaria per il risarcimento del danno derivante dalla lesione di diritti soggettivi determinerebbe un trattamento di favore per la pubblica amministrazione,

responsabile dell'illecito, disciplinando così in modo differente situazioni soggettive sostanzialmente analoghe e «ugualmente meritevoli di tutela».

Sussisterebbe, inoltre, il contrasto con il citato parametro costituzionale anche sotto il profilo della violazione del principio di ragionevolezza perché, ingiustificatamente, la norma stabilirebbe un termine a pena di decadenza, peraltro, breve e non, invece, un più favorevole «congruo» termine prescrizione, 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 «breve» 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, MedEval, 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, MedEval, 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, VirginiePontin, 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, MedEval, 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 «[1]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.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, il 22 febbraio 2017.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 04 MAG. 2017.

L'AZIONE AVVERSO IL SILENZIO

1. T.A.R. Campania sez. VII - Napoli, 25/11/2019, n. 5549

FATTO e DIRITTO

Esponde 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.

2. T.A.R. Lazio sez. II - Roma, 11/12/2017, 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 ([...]), di proprietà della richiedente.

[...]

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.

LA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE

1. *Cons. Stato, Ad. Plen., Sent. 20/02/2020, n. 6*

FATTO

Con ordinanza n. 7208 del 23 ottobre 2019, la Sezione VI, rilevato un contrasto sul punto tra le Sezioni e ritenuta ravvisabile una questione di particolare importanza, ha rimesso all'Adunanza Plenaria il seguente quesito: 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 piuttosto necessaria, a tali fini, una legittimazione straordinaria conferita dal legislatore.

Oggetto del giudizio sul quale la Sezione rimettente è chiamata a decidere, e dal quale è scaturito il quesito, sono i provvedimenti emessi il giorno 21 novembre 2015 e approvati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze il successivo 22 novembre 2015, con i quali la Banca d'Italia ha disposto la risoluzione degli istituti di credito controinteressati appellati, a causa del ritenuto stato di dissesto in cui essi si trovavano, ai sensi dell'art. 32 del d.lgs. 180/2015; nonché i successivi provvedimenti con i quali ha poi disposto: a) la riduzione integrale del valore delle riserve e delle azioni; b) l'azzeramento del valore nominale degli "elementi di classe 2 computabili nei fondi propri", ovvero in sintesi di parte delle obbligazioni subordinate; c) la cessione dei crediti in sofferenza ad un'unica apposita società veicolo, la permanenza delle residue obbligazioni subordinate nel patrimonio dell'istituto originario in liquidazione e la cessione delle relative aziende, così risanate dalle passività, a distinti enti-ponte, incaricati di cederle successivamente sul mercato; d) il finanziamento, infine, delle necessarie ricapitalizzazioni con l'intervento del Fondo di risoluzione, un fondo di scopo istituito con l'art. 78 del d.lgs. 180/2015 e alimentato con i contributi obbligatori dall'articolo stesso previsti a carico delle banche operanti in Italia.

Ad impugnare i citati provvedimenti sono un gruppo di singoli risparmiatori già titolari di azioni, ovvero di obbligazioni anche subordinate emesse dagli istituti di credito in questione, titoli il cui valore è stato azzerato dalle operazioni appena descritte. Tra i ricorrenti v'è anche Codacons, associazione 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, la quale ha come fine statutario quello di proteggere, anche attraverso azioni in giudizio, i diritti e gli interessi dei consumatori e dei risparmiatori.

In primo grado il TAR Lazio ha dichiarato inammissibile il ricorso per quanto riguarda la posizione dell'associazione Codacons, ritenendola non legittimata a proporlo; lo ha invece respinto nel merito quanto alla posizione dei singoli risparmiatori, ritenendo in sintesi che l'operazione fosse stata legittimamente attuata.

Sia l'associazione sia i singoli risparmiatori hanno impugnato la citata sentenza, deducendo a supporto del gravame una serie di motivi, volti anzitutto, per quanto qui rileva, a contestare il capo della sentenza che ha dichiarato il difetto di legittimazione in capo all'associazione stessa.

La Sezione rimettente, nell'esprimere i propri dubbi, si è confrontata con la tesi posta a base della citata pronuncia di inammissibilità, rinvenendone il caposaldo nella sentenza, sempre della Sezione VI, del 21 luglio 2016 n.3303.

In quella decisione è sostenuto che nell'attuale ordinamento non sarebbe più in vigore la regola di origine giurisprudenziale del cd. doppio binario, secondo la quale gli enti collettivi, e in primo luogo le associazioni, ove presentino determinati requisiti, sono legittimate di per sé, ovvero a prescindere e in aggiunta rispetto a quanto previsto da specifiche disposizioni di legge, ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo i provvedimenti che ritengano lesivi degli interessi diffusi della collettività della quale si configurano come ente esponenziale. Tale regola sarebbe stata sostituita da un principio di tassatività, per cui la legittimazione degli enti esponenziali è eccezionale e sussiste nei soli casi espressamente previsti dalla legge, fra i quali non rientrerebbe quello in esame.

Il Collegio rimettente, viceversa, ritiene tuttora sostenibile l'orientamento tradizionale secondo il quale la legittimazione a proporre ricorso, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, sussiste in capo a tutte le associazioni, anche se sprovviste di legittimazione espressa in via legislativa, che rispondano a determinati criteri, costituiti dall'effettivo e non occasionale impegno a favore della tutela di determinati interessi diffusi o superindividuali, dall'esistenza di una previsione statutaria che qualifichi detta protezione come compito istituzionale dell'associazione, e dalla rispondenza del paventato pregiudizio agli interessi giuridici protetti posti al centro principale dell'attività dell'associazione. Osserva il Collegio rimettente che *“tale indirizzo appare più consono ai valori espressi dalla Carta costituzionale, anzitutto in termini generici perché nel momento in cui, con l'art. 18, si riconosce la libertà di associazione, fra due possibili interpretazioni di una norma è preferibile quella che amplia, e non quella che restringe, le possibilità di azione dell'associazione stessa. Si osserva ancora che, ragionando nei termini opposti, propri dell'indirizzo restrittivo di cui si è detto, si rischierebbe, in ultima analisi, di rimettere alla discrezionalità del legislatore ordinario la tutela in giudizio di interessi di notevole peso e valore sociale, con evidente limitazione dell'effettività della tutela garantita dall'art. 24 Cost. Gli interessi coinvolti, infatti, riguardano settori come l'ambiente, la salute, ovvero, come in questo caso, la stabilità dei mercati finanziari, che i singoli potrebbero proteggere solo agendo in forma associata, con una modalità che del resto è pienamente consona allo spirito dell'art. 2 Cost, che riconosce e garantisce le “formazioni sociali” come luogo in cui la personalità dei singoli va a manifestarsi”*.

Incardinatosi il giudizio dinanzi a questa Adunanza Plenaria, le parti hanno depositato memorie, illustrando e approfondendo il tema. Ne hanno altresì discusso all'udienza dell'11 dicembre 2019.

All'esito la causa è stata trattenuta in decisione.

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 consequenziali. 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 *rationemateriae*, 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 assume 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 Codanco 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”.

10. Tanto chiarito in relazione al generale tema della tutela degli interessi diffusi e all'astratta ammissibilità dell'azione di annullamento introdotta dalle associazioni esponenziali, ritiene l'Adunanza di dover dare alla Sezione remittente ulteriori indicazioni utili a dirimere il caso di specie, in cui, quale nota peculiare, sembra esservi la compresenza di interessi individuali e collettivi.

Si è sin qui chiarito che, fermi i presupposti individuati nel tempo dalla giurisprudenza, nessun dubbio debba porsi in ordine alla legittimazione delle associazioni, quando siano presenti, nella situazione giuridica azionata, tutti i tratti salienti dell'interesse collettivo. In altri termini, la legittimazione, per sussistere, deve riferirsi a un interesse originariamente diffuso, e quindi adespota, che, attenendo a beni a fruizione collettiva, si "personalizza" in capo a un ente esponenziale, munito di dati caratteri, ponendosi per tale via come interesse legittimo proprio dell'ente (la qual cosa esclude la pertinenza del richiamo, per negare la legittimazione, alla sostituzione processuale di cui all'articolo 81, c.p.c.).

10.1. La situazione in esame è tuttavia peculiare poiché gli atti impugnati hanno verosimilmente provocato la lesioni di plurimi interessi legittimi individuali, e prova ne è che fra i ricorrenti vi sono anche numerosi risparmiatori.

Occorre dunque chiedersi se sia ravvisabile, *a latere* dell'interesse plurisoggettivo dei singoli risparmiatori (*id est* una sequenza di interessi legittimi di identico contenuto), anche un più ampio interesse collettivo proprio dell'associazione nei termini sino ad ora indicati, ossia una posizione giuridica derivante dalla diffusione nella comunità di meri interessi omogenei non individualmente protetti. Ovvero occorre, detto altrimenti, chiedersi se la sussistenza di interessi individualmente protetti, e quindi azionabili dagli interessati *utisinguli*, escluda di per sé la possibilità di una "personalizzazione" in capo all'ente di un interesse diffuso e la sua conseguente azionabilità quale interesse proprio di natura collettiva.

10.2. Il tema si pone in relazione alle deduzioni –contenute anche negli scritti di parte– concernenti il profilo dell'omogeneità degli interessi tutelati rispetto alla generalità dei consumatori

rappresentati, interessi di cui l'ente esponenziale assume di farsi portatore, in modo da poter escludere qualsiasi contrasto "interno" tra i potenziali interessati.

In proposito questa Adunanza ritiene che quando vi sia compresenza di interessi collettivi in capo all'ente associativo e di interessi individuali concorrenti, autonomamente azionabili, sia necessario acclarare che l'ente non si sta affiancando alle posizioni individuali di più soggetti nella difesa di un interesse che resta individuale pur se plurisoggettivo –il che potrebbe al più sorreggere una legittimazione al mero intervento- ma sta facendo valere un interesse proprio, di natura collettiva nei termini dianzi evidenziati, che può coesistere con più posizioni individuali.

Tale accertamento non può che essere condotto alla luce dei seguenti punti fermi:

- l'interesse collettivo del quale si è occupata la giurisprudenza, sin qui considerata, è una "derivazione" dell'interesse diffuso per sua natura adespota, non già una "superfetazione" o una "posizione parallela" di un interesse legittimo comunque ascrivibile anche in capo ai singoli componenti della collettività (sul punto, Consiglio di Stato, Sez V, 12 marzo 2019, n. 1640).

- esso può considerarsi sussistente ove riferito a beni materiali o immateriali a fruizione collettiva e non esclusiva, tenendo comunque presente, in linea generale, che è pur possibile che un provvedimento amministrativo incida al contempo su interessi sia collettivi che individuali, ma che l'associazione è legittimata ad agire solo quando l'interesse collettivo possa dirsi effettivamente sussistente secondo la valutazione che ne fa il giudice;

- la diversità ontologica dell'interesse collettivo (ove accertato secondo il criterio sin qui rappresentato), rispetto all'interesse legittimo individuale, porta ad escludere, in radice, la necessità di un'indagine in termini di omogeneità (oltre che degli interessi diffusi dal quale quello collettivo promana, anche) degli interessi legittimi individuali eventualmente lesi dall'esercizio del potere contestato. Nel senso che se l'interesse collettivo c'è, si tratta di un interesse dell'ente e quindi diventa non pertinente in radice porsi anche il tema dell'omogeneità degli interessi legittimi individuali dei singoli (in tal senso, chiaramente, Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451).

E' ben noto al Collegio quanto affermato da questa Adunanza plenaria con la decisione n. 9/2015, a mente della quale *"E', inoltre, indispensabile che l'interesse tutelato con l'intervento sia comune a tutti gli associati, che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi e che non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione (anche con gli interessi di uno solo dei consociati), che implicherebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 27 aprile 2015, n.2150)"*.

L'affermazione deve però essere rettamente intesa, in coerenza con quanto si qui detto, in guisa da evitare che in casi come quello di specie (in cui accanto agli interessi diffusi, coagulatisi nella loro dimensione collettiva in capo all'associazione, convivono interessi legittimi in senso proprio dei singoli) si finisca per porre a raffronto, in nome del requisito dell'omogeneità, gli interessi indistinti e diffusi nella comunità o categoria, con i plurimi interessi legittimi individuali, posto che, com'anzi detto, la tipologia e la natura degli interessi in questione restano ontologicamente distinti.

L'omogeneità dell'interesse diffuso nella comunità o categoria rappresentata è infatti requisito consunstanziale dell'interesse collettivo tutelato, inteso quale aggregazione di interessi diffusi oggettivamente assonanti secondo la valutazione che ne fa il giudice; per converso, l'omogeneità non è requisito che debba riferirsi agli interessi legittimi individuali.

10.3. Trasferita sul piano pratico, l'affermazione può tradursi nel senso che non è affatto necessario che la tutela dell'interesse collettivo ridondi anche in un materiale ed effettivo vantaggio per tutti i singoli componenti della comunità o della categoria che, in relazione agli atti contestati, vantino un interesse individuale, concreto e qualificato.

Esemplificando, e con riferimento al caso di specie, se l'interesse collettivo incarnato dall'associazione è quello di tutelare i risparmiatori in presenza di vicende amministrative o normative che ne possano mettere in pericolo il relativo patrimonio, il requisito dell'omogeneità potrà escludersi solo se può ragionevolmente ipotizzarsi che nell'ambito della categoria rappresentata, vi possano essere risparmiatori presso i quali è diffuso un interesse opposto.

Sarebbe invece ultroneo verificare se, in concreto, tutti i singoli risparmiatori, nessuno escluso, siano stati effettivamente lesi nel patrimonio, o se piuttosto vi siano uno o più risparmiatori, controinteressati, che da quegli atti impugnati abbiano invece ritratto un vantaggio materiale, poiché così procedendo – se si aprisse cioè ad un'indagine circa la coerenza dell'interesse collettivo (oltre che rispetto all'interesse diffuso, anche) rispetto alle posizioni di interesse legittimo in ordine a “beni della vita” dei singoli - l'inevitabile risultato sarebbe quello di confondere i piani dell'interesse collettivo e della sua lesione con quello della lesione delle singole posizioni giuridiche di ciascuno dei componenti la comunità o la categoria.

11. Tanto chiarito, ritiene il Collegio che, nel caso in esame, sussistano i presupposti perché, a seguito dell'enunciazione del principio di diritto di cui al precedente § 9, la causa sia rimessa alla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, la quale ne valuterà le concrete ricadute al fine di deciderla con la sentenza definitiva, con ogni conseguenza anche in ordine alle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando nella causa d'appello come in epigrafe promossa, enuncia il principio di diritto di cui al precedente § 9, restituendo, per il resto, gli atti alla Sezione rimettente, ai sensi dell'art. 99, comma 4, Cod. proc. amm..

IL PRINCIPIO DELLA DOMANDA E I MOTIVI DEL RICORSO

1. *Consiglio Di Stato, Ad. Pl., sent. 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 conseguenziale 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. [...]

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. [...]

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 consequenziale statuizione anche in ordine al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio"), chiedendo, come visto, anche, nel petitum, la "rinnovazione" della procedura concorsuale; nella memoria depositata in data 8 gennaio 2014, la parte appellante afferma che il lungo tempo trascorso dalla proposizione dell'appello non ha inciso negativamente sulla posizione, sussistendo ancora interesse alla decisione di merito e all'annullamento dei provvedimenti impugnati.

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

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

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

3. Con riguardo agli argomenti testuali, vale quanto previsto dal codice del processo amministrativo 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. 112c.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, sicché 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 risalenza nel tempo rispetto all'affermazione giurisprudenziale in modo chiaro della regola dell'esigenza della predeterminazione dei criteri delle prove rispetto alla amministrazione comunale e la mancanza di qualsivoglia imputabilità di comportamento in capo ai controinteressati (seppure essi fossero, naturalmente, a conoscenza della impugnativa del concorso già dalla proposizione avvenuta nel corso dell'anno 1999), giustificano la compensazione totale delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese del doppio grado compensate.

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

2. Consiglio di Stato, Ad. Pl., sent. 27 aprile 2015, n. 5

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

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

b) in considerazione della natura assorbente del vizio lamentato con il secondo motivo di ricorso - consistente nella violazione di una regola riconducibile direttamente ai principi generali di

imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., capace di travolgere l'intera procedura di gara - lo ha esaminato ed accolto annullando gli atti impugnati;

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

d) ha compensato le spese di lite.

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

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

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

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

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

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

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

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

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;

[...]

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

[...] 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). [...]

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 themadecidendum (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 *themadecidendum* (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 pleora 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 riepande 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).
[...]

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 riepande 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 principiarsi 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.

[...]