APPENDICE

ATTIVITÀ DEL CONSIGLIO DI STATO E DEL CGARS

2020

(a cura di Giulia Ferrari, Consigliere di Stato)

ATTIVITÀ CONSULTIVA

SOMMARIO: 1. Questioni di rilevante impatto sociale. 1.1. Emergenza Covid-19. **1.2.** Misure di sostegno agli orfani di crimini domestici e di reati di genere e alle famiglie affidatarie. **1.3.** Carte di pagamento. **1.4.** Contratti di credito ai consumatori. **2. Autorità amministrative indipendenti. 2.1.** Regime di pubblicità degli atti dell'Anac. **3. Pubblica amministrazione. 3.1.** Incarico in organi di Governo. **3.2.** Riorganizzazione dei Ministeri. **3.3.** Contratti di programma. **3.4.** Fatturazione elettronica nei rapporti con la Pubblica amministrazione. **3.5.** Amministrazioni pubbliche incluse nel perimetro di Sicurezza nazionale cibernetica. **4. Religione. 5. Provvedimento amministrativo. 6. Protezione civile. 7. Straniero. 7.1.** Accesso in Italia dei minori stranieri non accompagnati. **7.2.** Centri di accoglienza. **7.3.** Concessione della cittadinanza italiana. **8. Contratti della Pubblica amministrazione. 8.1.** Regolamento recante le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici (*e-procurement*). **8.2.** Schema di contratto *standard* in tema di partenariato pubblico-privato. **9. Beni culturali. 9.1.** Dichiarazione di interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico. **9.2**. Limiti al sindacato della verifica dell'interesse culturale dei beni ai fini del vincolo di tutela. **10. Edilizia. 10.1.** Ordinanza di demolizione di immobile sequestrato in sede penale. **10.2.** Chiusura di verande e balconi di superficie inferiore a 50 mq. in Sicilia. **11. Commercio. 11.1.** Utilizzo degli strumenti di pagamento elettronici. **11.2.** Registro pubblico delle opposizioni (RPO) all'utilizzo dei propri dati personali e del proprio numero telefonico per vendite o promozioni commerciali. **12. Contributi e finanziamenti. 12.1.** Credito d'imposta per investimenti in favore di leghe e società sportive professionistiche e dilettantistiche. **12.2.** Carta elettronica per i "consumi" in cultura segnalando la necessità del monitoraggio. **12.3.** Regolamento sui criteri di erogazione del Fondo per gli investimenti nelle isole minori. **12.4.** Contributi per abbandono di terre nelle zone montane. **13. Pubblico impiego. 14. Pubblica istruzione. 15. Forze armate. 15.1.** Restituzione di eccedenze retributive e rideterminazione del trattamento retributivo a carico di un poliziotto dispensato per inidoneità assoluta al servizio. **15.2.** Compenso sostitutivo per congedo ordinario maturato nel periodo di aspettativa per infermità. **15.3.** Disparità di trattamento degli ufficiali del ruolo straordinario ad esaurimento dell'Arma dei Carabinieri rispetto ai parigrado della Polizia di Stato. **15.4.** Indennità di trasferimento a personale militare a seguito di assegnazione, all'esito di concorso, alla nuova sede di servizio. **16. Professioni e mestieri. 16.1.** Corsi di formazione per l'accesso alla professione di avvocato. **16.2.** Regolamento sull'ammissione dei medici alle scuole di specializzazione in medicina. **16.3.** Requisiti per l'esercizio della professione di "accompagnatore di media montagna" in Lombardia. **17. Editoria. 18. Circolazione stradale. 19. Giochi. 20. Giurisdizione. 21. Processo amministrativo. 22. Attività consultiva del Consiglio di Stato. 22.1.** Confini della attività consultiva del Consiglio di Stato. **22.2.** Termine entro il quale il Consiglio di Stato in sede consultiva deve rendere il parere. **22.3.** Adunanza della sezione consultiva con collegamento da remoto. **22.4.** Presupposti

per la correzione di errore materiale di un parere. **23. Ricorso straordinario al Capo dello Stato e al Presidente della Regione Siciliana.**

1. Questioni di rilevante impatto sociale.

Molti i pareri resi dalla Sezione consultiva per gli atti normativi e dalla prima Sezione consultiva del Consiglio di Stato in materie di rilevante impatto sociale.

1.1. Emergenza Covid-19.

- Sugli interventi economici nel periodo dell'emergenza Covid-19.

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere (favorevole) 3 novembre 2020, n. 1717 sullo schema di Regolamento del Ministro dell'economia e delle finanze recante "Requisiti di accesso, condizioni, criteri e modalità degli interventi del Patrimonio Destinato", ai sensi dell'art. 27, comma 5, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020, n. 77.

Ha chiarito la Sezione che l'art. 27, comma 1, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, autorizza la costituzione da parte di Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. di un patrimonio destinato all'attuazione di "interventi e operazioni di sostegno e rilancio del sistema economico-produttivo italiano in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 ".

Diversamente dal modello civilistico, il Patrimonio Destinato non è costituito mediante segregazione di una parte del patrimonio di Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. ma di beni specificamente conferiti dal Ministero dell'economia e delle finanze. Si tratta quindi di un fondo interamente pubblico, la cui gestione è affidata a Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. che non assume alcun rischio in ordine alla sua operatività.

L'art. 27, d.l. n. 34 del 2020 cit. ha previsto che in via preferenziale il Patrimonio Destinato effettui i propri interventi mediante sottoscrizione di prestiti obbligazionari convertibili, la partecipazione ad aumenti di capitale, l'acquisto di azioni quotate sul mercato secondario in caso di operazioni strategiche.

La disciplina di rango legislativo impone altresì di tenere in considerazione l'incidenza dell'impresa con riferimento allo sviluppo tecnologico, alle infrastrutture critiche e strategiche, alle filiere produttive strategiche, alla sostenibilità ambientale e alle altre finalità di cui al comma 86 dell'art. 1, l. 27 dicembre 2019, n. 160, alla rete logistica e dei rifornimenti, ai livelli occupazionali e del mercato del lavoro.

- *Sull'ordinanza del Sindaco di Messina che obbliga chi intende attraversare lo stretto di Messina a registrarsi.*

Con parere 7 aprile 2020, n. 735 la sez. I ha disposto l'annullamento straordinario a tutela dell'unità dell'ordinamento, ai sensi degli artt. 138, t.u. enti locali e 2, comma 3, lett. p), l. n. 400 del 1988, dell'ordinanza del Sindaco di Messina n. 105 del 5 aprile 2020, che impone a "chiunque intende fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina, sia che viaggi a piedi sia che viaggi a bordo di un qualsiasi mezzo di trasporto" l'obbligo di registrarsi, almeno 48 ore prima della partenza, "nel sistema di registrazione on-line www.sipassaacondizione.comune. messina.it, fornendo una serie di dati identificativi e

di informazioni personali", e di "Attendere il rilascio da parte del Comune di Messina del nulla osta allo spostamento, essendo necessaria una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali.
La Sezione ha in primo luogo ribadito (richiamando propri precedenti pareri: n. 1588 del 2010; n. 1675 del 2009; n. 1796 del 2008; n. 1707 del 2007; n. 1481 del 2006; n. 9771 del 2005; n. 1313 del 2003) la perdurante vigenza dell'istituto dell'annullamento straordinario degli atti degli enti locali, con riguardo alle materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato, pur dopo la riforma del titolo V della Costituzione introdotta con la legge costituzionale n. 3 del 2001, nonché l'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato (stante la sopravvenuta abrogazione, ad opera del primo decreto correttivo e integrativo del codice del processo amministrativo - d.lgs. n. 195 del 2011 - della norma di abrogazione del secondo periodo del comma 26 dell'art. 17, l. n. 127 del 1997, disposta inizialmente dal n. 18 del comma 1 dell'art. 4 dell'allegato 4 al suddetto codice).
La Sezione ha altresì evidenziato come l'istituto dell'annullamento straordinario a tutela dell'unità dell'ordinamento, lungi dal potersi considerare superato, evidenzia, oggi, una sua rinnovata attualità e rilevanza, proprio a fronte di fenomeni di dimensione globale quali l'attuale emergenza sanitaria da pandemia che affligge il Paese, al fine di garantire il razionale equilibrio tra i poteri dello Stato e tra questi e le autonomie territoriali. Tale potere - ha ribadito la Sezione - trova la sua ragion
d'essere nell'obbligo gravante sul Presidente del Consiglio dei ministri, sancito dall'art. 95 Cost., di assicurare il mantenimento dell'unità di indirizzo politico ed amministrativo, nel quadro di unità e di indivisibilità della Repubblica, di cui all'art. 5 Cost., come bene evidenziato da una non recente, ma non meno attuale, giurisprudenza della Consulta (sentenza n. 23 del 1959) secondo cui "L'istituto, radicato nella tradizione del nostro Stato, . . . ha sopra tutto la funzione di contribuire a mantenere in armonia . . . il carattere unitario dell'ordinamento della pubblica Amministrazione nonostante la molteplicità dell'articolazione di questo in una pluralità di organismi dotati di varia autonomia, inserendosi in piena armonia nel sistema concepito dall'art. 5 Cost., nel quale il decentramento organico e istituzionale è ordinato in modo da non contrastare col carattere unitario dello Stato".
In questo senso, ha chiarito la Sezione, nell'atto di annullamento straordinario convivono, dunque, elementi propri dell'ordinario controllo di legittimità insieme ad elementi di straordinarietà della misura che, per essere preordinata primariamente a tutela dell'unità dell'ordinamento e per essere rimessa alla decisione dei vertici istituzionali dello Stato (delibera del Consiglio dei ministri) e alla emanazione del Capo dello Stato, che rappresenta l'unità della Repubblica in tutte le sue articolazioni e manifestazioni istituzionali, si pone su un piano di alta amministrazione e richiede, per il suo esercizio, che gli elementi di illegittimità che viziano l'atto assumano una connotazione e una rilevanza tali costituire una lesione concreta e attuale all'unitarietà dell'ordinamento giuridico nazionale. In questo senso, nell'annullamento straordinario del Capo dello Stato l'elemento finalistico – la tutela dell'unità dell'ordinamento, da assicurarsi mediante

l'esercizio di poteri straordinari di alta amministrazione – presenta un'evidente prevalenza sull'elemento causale oggettivo della rilevazione di vizi di illegittimità dell'atto da annullare. In altri termini, le illegittimità dell'atto annullato, che vengono in rilievo soprattutto e naturalmente (ma non solo) sotto il profilo dell'incompetenza dell'ente locale, funzionale e/o territoriale, in termini di esorbitanza dai fisiologici limiti di attribuzione dell'ente locale medesimo, rilevano solo in quanto mezzo o strumento attraverso il quale si attua la lesione dell'unità dell'ordinamento giuridico, la cui tutela costituisce il fine precipuo dell'istituto straordinario in esame.
La Sezione ha dunque evidenziato come in presenza di emergenze di carattere nazionale, pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali.
Fatta questa premessa, la Sezione ha affermato che è del tutto inconfigurabile, nel vigente ordinamento giuridico, un potere del Sindaco di un Comune di dettare norme che possano trovare applicazione ed avere efficacia obbligante al di fuori del perimetro della propria circoscrizione territoriale. Né può ammettersi che un simile effetto, del tutto abnorme, possa essere comunque conseguito in via indiretta, in ragione del fatto che, per ragioni fisiche e geografiche o legate alla concreta configurazione attuale delle infrastrutture e delle reti di comunicazione, sia necessario un qualche attraversamento del territorio comunale da parte di persone provenienti da altre aree territoriali e dirette verso altri comuni di destinazione.
L'ordinanza oggetto di annullamento straordinario, inoltre, impone determinati obblighi di fare a tutte le persone che intendano "fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina" consistenti nella registrazione, almeno 48 ore prima dell'orario previsto di partenza, nel sistema on-line www.sipassaacondizione.comune.messina.it, disponibile sul web e sulla pagina istituzionale del Comune di Messina, fornendo una serie di dati identificativi personali e relativi alla località di provenienza, a quella di destinazione e ai motivi del trasferimento.
Sotto tale profilo la previsione in esame si pone in contrasto con l'art. 23 Cost., che fa divieto a qualsiasi pubblica autorità di imporre ai cittadini prestazioni personali o patrimoniali "se non in base alla legge" (legge che, in questo caso, certamente non sussiste).
L'ordinanza in esame si pone altresì in contrasto con il principio di uguaglianza espresso dall'art. 3 Cost., poiché introduce una irragionevole disparità di trattamento nei confronti delle persone che per motivi legittimi hanno necessità di attraversare lo Stretto, rispetto alla generalità dei cittadini sul restante territorio nazionale.
Ma soprattutto l'ordinanza in questione, nella parte in cui introduce, senza alcuna base di legge, un potere comunale di previa autorizzazione all'ingresso e al transito sul territorio comunale (obbligo di "Attendere il rilascio da parte del Comune di Messina, e per esso della Polizia Municipale . . . del Nulla Osta allo spostamento"), si pone in contrasto diretto ed evidente con la libertà personale e la libertà di circolazione previste dagli artt. 13 e 16 Cost..

L'ordinanza viola infine anche le attribuzioni riservate allo Stato in materia di profilassi internazionale, di cui all'art. 117, secondo comma, lett. q), Cost., materia in appartenenza statale, come ribadito di recente dalla Consulta (sentenza n. 5 del 2018).

1.2. Misure di sostegno agli orfani di crimini domestici e di reati di genere e alle famiglie affidatarie.

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere (favorevole) 18 febbraio 2020, n. 449 sullo schema di decreto concernente le misure di sostegno agli orfani di crimini domestici e di reati di genere e alle famiglie affidatarie.

Il decreto è adottato in attuazione dell'art. 1, commi 279 e 280, l. 27 dicembre 2017, n. 205, dell'art. 11, l. 11 gennaio 2018, n. 4, dell'art. 1, comma 492, lettera a), l. 30 dicembre 2018, n. 145 e dell'art. 8, l. 19 luglio 2019, n. 69; disposizioni che hanno, tra l'altro, previsto successive implementazioni del Fondo di rotazione per la solidarietà delle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive, dell'usura e dei reati intenzionali violenti nonché per gli orfani per crimini domestici, di cui al d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 2011, n. 10, come modificato dall'art. 14, l. 7 luglio 2016, n. 122, nonché dall'art. 1, comma 4, l. 11 gennaio 2018, n. 4.

Le leggi n. 205 del 2017 e n. 4 del 2018 rinviano, quale strumento di attuazione, ad un decreto avente natura regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'istruzione, dell'università e della ricerca, dell'interno, del lavoro e delle politiche sociali e della salute, da adottarsi entro tre mesi dall'entrata in vigore delle norme medesime.

L'art. 8, l. n. 69 del 2019 (c.d. "codice rosso") rinvia, a sua volta, la disciplina attuativa ad un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, in questo caso senza prevedere il necessario concerto degli altri Ministri. L'Amministrazione richiedente riferisce, a tal proposito, di aver ritenuto di predisporre un unico schema di regolamento, da adottare a norma dell'art. 17, comma 3, l. 23 agosto 1988, n. 400, al fine di dare unitariamente attuazione, per ragioni di coerenza e sistematicità della disciplina, alle citate disposizioni di rango primario.

Richiamando il parere interlocutorio della stessa Sezione n. 3236 del 27 dicembre 2019 vale ricordare che i principali benefici – contenuti entro i limiti di spesa individuati dalla normativa primaria di riferimento – sono individuabili nella tutela: del diritto allo studio in favore degli studenti e degli istituti scolastici ed educativi del sistema nazionale di istruzione, degli istituti di istruzione e formazione professionale, delle Università, delle istituzioni di Alta formazione artistica, musicale e coreutica (Afam) e degli Istituti tecnici superiori (Its); del diritto al lavoro; del diritto del minore ad essere affidato ad una famiglia che si occupi del proprio mantenimento e della propria educazione e istruzione, ai sensi dell'art. 4, l. 4 maggio 1983, n. 184, recante "Diritto del minore ad una famiglia".

1.3. Carte di pagamento.

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere 20 novembre 2020, n. 1898 sullo schema di regolamento che interviene sul decreto ministeriale 7 novembre 2001,

n. 458 (recante "Regolamento sul funzionamento dell'archivio informatizzato degli assegni bancari e postali e delle carte di pagamento") a seguito dell'introduzione, con d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218 (art. 6, comma 3), dell'art. 10-*ter*, l. 15 dicembre 1990, n. 386, mediante il quale viene disciplinato, alla luce delle successive direttive comunitarie e della normazione interna di recepimento, il preavviso di revoca dell'autorizzazione all'utilizzo di carte di pagamento nonché l'annotazione dell'avvenuto pagamento delle ragioni di debito.
Ha chiarito la Sezione che le disposizioni recate dal regolamento in oggetto hanno aggiunto, ai dati contenuti nell'archivio informatizzato degli assegni bancari e postali e delle carte di pagamento (c.d. Centrale di Allarme Interbancaria, CAI), istituito presso la Banca d'Italia con d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, il dato ulteriore relativo all'avvenuto pagamento, effettuato successivamente all'iscrizione nell'archivio (per effetto della revoca dell'autorizzazione all'utilizzo della carta di pagamento), di tutte le ragioni di debito nei confronti dell'emittente.
Il testo interviene, conseguentemente, sulla disciplina della trasmissione dei dati relativi alle carte di pagamento. Contiene, infine, l'aggiornamento dei riferimenti normativi in materia di protezione dati, adeguati ai Regolamenti UE.

1.4. Contratti di credito ai consumatori.
Con parere 28 settembre 2020, n. 1536 la Sezione consultiva per gli atti normativi ha affermato che L'adozione del regolamento sulla disciplina dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, che dà attuazione all'art. 120-*quinquiesdecies*, commi 3, 4 e 5, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, ha lo scopo principale di accelerare e semplificare il recupero dei crediti nell'interesse della stabilità del sistema bancario ("*enforcing contracts*"), rinvenendo risposte al problema delle sofferenze bancarie e alle conseguenti ricadute negative sui requisiti patrimoniali delle banche; scopo, questo, su cui si innesta la necessaria tutela del cliente-consumatore, allo scopo di evitare che l'obiettivo di efficientare il recupero dei crediti insoluti si traduca in una pressione sociale eccessiva sui debitori, in un settore particolarmente delicato e sensibile, qual è quello degli immobili residenziali, tra cui la prima casa di abitazione principale.
E' stato evidenziato che l'art. 120-*quinquiesdecies*, comma 3, d.lgs. n. 385 del 1993 prevede che - fermo restando il divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c. - il finanziatore e il consumatore, al momento della conclusione del contratto di credito, possono inserire nel contratto una clausola in forza della quale, in caso di inadempimento del consumatore, la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito del consumatore anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo, con diritto del debitore a introitare l'eventuale eccedenza del valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero conseguito con i proventi della vendita se è superiore al debito residuo.

Il decreto sottoposto all'esame della Sezione normativa attua la previsione del comma 5 dell'art. 120-*quinquiesdecies*, d.lgs. n. 385 del 1993, che dispone che il Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia, sentita la Banca d'Italia, detta disposizioni di attuazione dei commi 3 e 4 del medesimo articolo.
Il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 (recante Attuazione della direttiva 2014/17/UE, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali nonché modifiche e integrazioni del titolo VI-bis del d.lgs. n. 385 del 1993, sulla disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi e del d.lgs. n. 141 del 2010) ha inserito (con l'art. 1, comma 2) nel Titolo VI (Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti) del d.lgs. n. 385 del 1993 un nuovo Capo I-bis intitolato Credito immobiliare ai consumatori (artt. 120-quinquies – 120-noviesdecies).
L'art. 120-*quinquiesdecies* detta norme in tema di Inadempimento del consumatore. I commi da 3 a 5 introducono la novità del contratto di credito con clausola di restituzione o di trasferimento: "3. Fermo quanto previsto dall'art. 2744 c.c., le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. La clausola non può essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell'art. 120-*quater*. 4. Agli effetti del comma 3: a. il finanziatore non può condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola; b. se il contratto di credito contiene la clausola, il consumatore è assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza; c. costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili; non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 40, comma 2; d. il valore del bene immobile oggetto della garanzia è stimato da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità di cui al terzo comma dell'art. 696 c.p.c., con una perizia successiva all'inadempimento. Si applica quanto previsto ai sensi dell'art. 120-*duodecies*. 5. Con decreto, il Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia, sentita la Banca d'Italia, detta disposizioni di attuazione dei commi 3 e 4".
La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 4 febbraio 2014, n. 2014/17/UE, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010, così detta Mortgage Credit Directive (MCD), mira a uniformare (in sede di armonizzazione e di avvicinamento dei relativi ordinamenti) le eterogenee discipline dei Paesi membri riguardo all'attività di erogazione di crediti per beni immobili residenziali,

e ciò essenzialmente al duplice scopo di promuovere e assicurare lo sviluppo di un mercato creditizio più trasparente ed efficiente e di rafforzare la tutela dei consumatori dopo la crisi del debito del 2007-2008 [il terzo considerando della direttiva ricorda che "il G20 ha incaricato il Consiglio per la stabilità finanziaria (Financial Stability Board) di fissare principi in materia di requisiti validi per la sottoscrizione in relazione a beni immobili residenziali"], ovvero (quinto considerando) "Al fine di agevolare la creazione di un mercato interno ben funzionante e caratterizzato da un elevato livello di protezione dei consumatori nel settore dei contratti di credito relativi ai beni immobili e al fine di garantire che i consumatori interessati a tali contratti possano confidare nel fatto che gli enti con i quali interagiscono si comportino in maniera professionale e responsabile", con l'obiettivo (settimo considerando) di "creare un autentico mercato interno, con un livello elevato ed equivalente di protezione dei consumatori", da perseguire essenzialmente attraverso la piena armonizzazione relativamente alle informazioni precontrattuali attraverso il formato del Prospetto informativo europeo standardizzato (PIES) e il calcolo del TAEG (tasso annuo effettivo globale).
Emerge dunque chiaramente che lo scopo principale di queste novità normative è quello di accelerare e semplificare il recupero dei crediti nell'interesse della stabilità del sistema bancario ("*enforcing contracts*"), rinvenendo risposte al problema delle sofferenze bancarie e alle conseguenti ricadute negative sui requisiti patrimoniali delle banche; scopo, questo, su cui si innesta la necessaria tutela del cliente-consumatore, allo scopo di evitare che l'obiettivo di efficientare il recupero dei crediti insoluti si traduca in una pressione sociale eccessiva sui debitori, in un settore particolarmente delicato e sensibile, qual è quello degli immobili residenziali, tra cui la prima casa di abitazione principale.
I commi 3, 4 e 5 dell'art. 120-*quinquiesdecies* del TUB attuano in particolare l'art. 28 della direttiva, relativo alla Morosità e pignoramenti, collocato nel Capo 10, relativo alla Buona esecuzione dei contratti di credito e diritti connessi. Il paragrafo 4 dell'art. 28 della direttiva prevede che "Gli Stati membri non impediscono alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il credito" (il paragrafo 5 aggiunge che, "Se il prezzo ottenuto per il bene immobile influisce sull'importo dovuto dal consumatore, gli Stati membri predispongono procedure o misure intese a consentire di ottenere il miglior prezzo possibile per la vendita del bene immobile in garanzia").
Attraverso questa previsione del diritto dell'Unione il legislatore italiano ha introdotto, con il d.lgs. n. 72 del 2016, l'istituto regolato dai commi da 3 a 5 dell'art. 120-*quinquiesdecies*, della cui attuazione si tratta, che, secondo l'opinione prevalente, avrebbe previsto una clausola contrattuale riconducibile al modello del così detto "patto marciano", che si ha (in sintesi) quando il creditore, in caso di inadempimento del debitore, non diventa puramente e semplicemente proprietario della cosa ricevuta in garanzia (come accade nel patto commissorio, vietato dall'art. 2744 c.c: "È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore"), ma assume l'obbligo, a garanzia del debi-

tore, di versare al debitore la differenza tra l'ammontare del credito e l'eventuale accertato maggior valore del bene, stimato da un perito scelto dalle parti di comune accordo successivamente all'inadempimento. In disparte la questione teorica [se tale figura contrattuale abbia una causa solutoria, come surrogato dell'adempimento (una sorta di *datio in solutum* preventiva), oppure rappresenti un meccanismo esecutivo di natura privata e stragiudiziale, un surrogato di un'esecuzione forzata sui beni del debitore], il patto marciano è stato non da ieri ritenuto legittimo dalla prevalente giurisprudenza (Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273; 18 marzo 2015, n. 5440; da ultimo, id., sez. III, 17 gennaio 2020, n. 844), proprio in quanto ben distinguibile dal patto commissorio. La clausola opera, in linea con il modello del "patto marciano" delineato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, come trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento (in caso di previsione di "trasferimento" del bene, come regolato dall'art. 11 dello schema di decreto qui in esame), o tramite la vendita stragiudiziale a terzi del bene immobile oggetto di ipoteca (mediante esercizio, da parte del finanziatore o del professionista incaricato, del mandato irrevocabile a vendere, o mediante cura diretta della vendita da parte del debitore, come previsto dall'art. 12 dello schema di decreto).

Nel quadro delle esigenze di "*enforcing contracts*" e nell'ottica di una gestione "attiva" dei crediti deteriorati, è stato peraltro già introdotto nell'ordinamento italiano un istituto di "autotutela convenzionale esecutiva" del creditore, in qualche modo analogo, ancorché con un diverso ambito applicativo, costituito dal finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato, previsto dall'art. 48-*bis* inserito nel TUB dall'art. 2, comma 1, d.l. 3 maggio 2016, n. 59, recante Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 giugno 2016, n. 119. Ancor prima, con il d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla l. 2 dicembre 2005, n. 248 (art. 11-*quaterdecies*, commi 12-12-*sexies*), era stato previsto il prestito vitalizio ipotecario, al quale è collegato un meccanismo negoziale simile al patto marciano. Queste figure contrattuali mirano ad aprire nuovi spazi all'interno del sistema italiano, tradizionalmente imperniato sul divieto del patto commissorio e sull'accentramento dell'esecuzione delle garanzie dinanzi all'autorità giudiziaria.

Lo schema di decreto disciplina gli elementi essenziali, tutti da ritenersi necessari e inderogabili, della speciale figura di "patto marciano" introdotta dalla norma primaria, ossia: a) l'alienazione, da parte del debitore in favore della banca finanziatrice, nell'ambito di un rapporto di mutuo immobiliare ipotecario, dell'immobile residenziale acquistato e gravato da garanzia ipotecaria, sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore (o la programmazione di una vendita con effetti solutori, in caso di vendita stragiudiziale a terzi del bene immobile oggetto di ipoteca); b) l'obbligo della banca di versare al debitore l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto al debito garantito; c) la previsione della stima del bene da eseguirsi dopo l'inadempimento con garanzia di imparzialità e attendibilità; d) l'effetto *esdebitativo ex lege*; e) la predeterminazione *ex lege* di un una soglia minima di inadempimento quale presupposto di efficacia della clausola.

Ha ancora chiarito la Sezione che i commi 3 e 4 dell'art. 120-quinquiesdecies (che delimitano l'ambito contenutistico della "delega" alla norma regolamentare contenuta nel

comma 5), richiedono previsioni attuative (soprattutto, se non esclusivamente, il comma 4, poiché il comma 3 si limita a stabilire, in modo specifico e autoapplicativo, i caratteri e gli effetti essenziali dalla clausola, mentre il comma 4, nel declinare ulteriori effetti della clausola, reca in parte previsioni autoapplicative [quale quella di cui alla lettera a), che vieta che il finanziatore possa condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola, e quella di cui alla lettera c), che definisce in maniera puntuale qual è la soglia di gravità dell'inadempimento del debitore in presenza della quale può operare la clausola], in parte previsioni, invece, che effettivamente lasciano spazio a misure attuative regolamentari [quali le residue previsioni di cui alle lettera b), che prevede che il consumatore debba essere assistito, a titolo gratuito, da un consulente, e alla lettera d), sulla scelta del perito per la valutazione dell'immobile]). In questo senso, non risulta particolarmente ampio il ventaglio delle possibili scelte discrezionali lasciate dalla legge alla presente fonte regolamentare (e dovrà conseguentemente essere attentamente valutata la possibile esorbitanza di talune previsioni regolamentari rispetto all'ambito legittimo di esercizio del potere regolamentare).

2. Autorità amministrative indipendenti.

2.1. Regime di pubblicità degli atti dell'Anac.

Con il parere 1 giugno 2020, n. 1028 la sez. I ha affrontato la questione relativa al regime di pubblicità degli atti dell'Autorità nazionale anticorruzione, principiando dal complesso rapporto tra le regole della trasparenza e quelle della riservatezza.

Ha premesso che l'Autorità può adottare diverse tipologie di atti. In via meramente esemplificativa, e non esaustiva, si possono individuare: a) atti rientranti tra quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Si tratta degli atti contemplati agli artt. 13 e seguenti del predetto decreto legislativo che l'Autorità deve pubblicare sul proprio sito nella sezione amministrazione trasparente, al pari di tutti gli altri soggetti pubblici, e privati, tenuti a tale pubblicazione; b) atti rientranti tra quelli contemplati dall'art. 12, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 33 del 2013, ai sensi del quale "sono altresì pubblicati [sul sito istituzionale, n.d.r.] le direttive, le circolari, i programmi e le istruzioni emanati dall'amministrazione e ogni atto, previsto dalla legge o comunque adottato, che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti ovvero nei quali si determina l'interpretazione di norme giuridiche che le riguardano o si dettano disposizioni per l'applicazione di esse, ivi compresi i codici di condotta, le misure integrative di prevenzione della corruzione individuate ai sensi dell'art. 1, comma 2-*bis*, l. 6 novembre 2012, n. 190, i documenti di programmazione strategico-gestionale e gli atti degli organismi indipendenti di valutazione"; c) atti per i quali è richiesta la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale da specifiche diposizioni di legge; d) atti a contenuto normativo o di carattere generale per i quali non è prevista dal legislatore una disciplina specifica ma che presuppongono la pubblicità, quali, ad esempio, i contratti-tipo e i bandi-tipo per i quali non si pongono esigenze di tutela della privacy; e) atti relativi all'attività di vigilanza e consultiva svolta dall'Anac. Per questi ultimi atti, in ragione della loro eterogeneità, non può stabilirsi un regime specifico; tuttavia, per tali atti risultano pertinenti, a giudizio della Sezione, i riferimenti ai commi 3 e

4 dell'art. 7 *bis*, d.lgs. n. 33 del 2013, ai sensi dei quali "3. Le pubbliche amministrazioni possono disporre la pubblicazione nel proprio sito istituzionale di dati, informazioni e documenti che non hanno l'obbligo di pubblicare ai sensi del presente decreto o sulla base di specifica previsione di legge o regolamento, nel rispetto dei limiti indicati dall'articolo 5-bis, procedendo alla indicazione in forma anonima dei dati personali eventualmente presenti. 4. Nei casi in cui norme di legge o di regolamento prevedano la pubblicazione di atti o documenti, le pubbliche amministrazioni provvedono a rendere non intelligibili i dati personali non pertinenti o, se sensibili o giudiziari, non indispensabili rispetto alle specifiche finalità di trasparenza della pubblicazione".
Tale classificazione dimostra che la trasparenza dell'attività dell'Anac non è affidata ad un unico regime di pubblicità, essendo al contrario possibile individuare numerose, e molto differenti, regole volte ad assicurare la trasparenza.
Per tale ragione il parere ha affermato che spetta all'Anac, di volta in volta, sussumere i diversi atti in una delle cinque categorie ora rappresentate. Dopo aver compiuto tale operazione di qualificazione, l'Amministrazione individuerà il relativo regime di pubblicità.
In relazione al rispetto della normativa sulla privacy è chiaro che le regole da osservare saranno molto diverse a seconda che la legge prescriva la pubblicazione sulla gazzetta ufficiale o sul proprio sito internet o, in ipotesi, nulla dica. È evidente che quando la legge prescrive la pubblicazione sulla gazzetta ufficiale, ragionevolmente si tratterà di atti rispetto ai quali generalmente non viene in rilievo l'esigenza di garantire la riservatezza di eventuali terzi. Nelle altre ipotesi, invece, le esigenze di riservatezza di eventuali terzi, dovranno essere garantite nel rispetto della legge e delle regole, nonché delle modalità, indicate dal Garante per la protezione dei dati personali nel parere 26 febbraio 2020, n. 38 prima esposto e che si condivide integralmente.
Conseguentemente spetterà all'Anac osservare le Linee guida in materia di trasparenza (provvedimento n. 243 del 15 maggio 2014 recante le "Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri soggetti obbligati") nella parte in cui prevedono che: "laddove l'amministrazione riscontri l'esistenza di un obbligo normativo che impone la pubblicazione dell'atto o del documento nel proprio sito web istituzionale è necessario selezionare i dati personali da inserire in tali atti e documenti, verificando, caso per caso, se ricorrono i presupposti per l'oscuramento di determinate informazioni"; "i soggetti pubblici, infatti, in conformità ai principi di protezione dei dati, sono tenuti a ridurre al minimo l'utilizzazione di dati personali e identificativi ed evitare il relativo trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante dati anonimi o altre modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità"; "è, quindi, consentita la diffusione dei soli dati personali la cui inclusione in atti e documenti da pubblicare sia realmente necessaria e proporzionata alla finalità di trasparenza perseguita nel caso concreto (c.d. "principio di pertinenza e non eccedenza" di cui all'art. 11, comma l, lett. d, del Codice [oggi "principio di minimizzazione" di cui all'art. 5, par. 1, lett. c, del RGPD]). Di conseguenza, i dati personali che esulano da tale finalità non devono essere inseriti negli atti

e nei documenti oggetto di pubblicazione online. In caso contrario, occorre provvedere, comunque, all'oscuramento delle informazioni che risultano eccedenti o non pertinenti".
Sotto altro aspetto, fermo restando quanto prima osservato, non v'è dubbio che le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 33 del 2013, nella parte in cui prevedono obblighi di pubblicazione in materia di trasparenza, "costituiscono sicuramente una base giuridica idonea anche per la diffusione di dati personali online, ai sensi dell'art. 2 *ter*, commi 1 e 3, del Codice". In relazione agli atti compiuti dall'Autorità in adempimento dei compiti consultivi e di vigilanza, non si potrà individuare un regime uniforme, spettando all'Anac il compito di qualificarli di volta in volta.
Per i casi in cui non sia applicabile l'art. 12, comma l, d.lgs. n. 33 del 2013 – ferma restando l'opportunità di "valutare anche l'assunzione di ulteriori cautele per assicurare il rispetto del principio proporzionalità e di minimizzazione dei dati (art. 5, par. l, lett. c, del RGPD), come l'adozione tenuto conto delle tecnologie disponibili, di misure volte a impedire ai motori di ricerca generalisti (es. Google) di indicizzarli ed effettuare ricerche rispetto a essi, trascorso un adeguato numero di anni dall'adozione della deliberazione" – come ricordato dal Garante l'Autorità deve "procede[re] alla indicazione in forma anonima dei dati personali eventualmente presenti" (art. 7-*bis*, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013), pena l'applicazione delle sanzioni previste dal RGPD per violazione dell'art. 2 *ter*, commi 1 e 3, del Codice". Giova ricordare infine che l'Anac ha, per legge, un'importante facoltà stabilita dall'art. 3, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 33 del 2013, ai sensi del quale: "L'Autorità nazionale anticorruzione, sentito il Garante per la protezione dei dati personali nel caso in cui siano coinvolti dati personali, con propria delibera adottata, previa consultazione pubblica, in conformità con i principi di proporzionalità e di semplificazione, e all'esclusivo fine di ridurre gli oneri gravanti sui soggetti di cui all'art. 2-*bis*, può identificare i dati, le informazioni e i documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della disciplina vigente per i quali la pubblicazione in forma integrale è sostituita con quella di informazioni riassuntive, elaborate per aggregazione. In questi casi, l'accesso ai dati e ai documenti nella loro integrità è disciplinato dall'articolo 5". Ricorrendone i presupposti e le condizioni, l'Autorità ben potrà avvalersi di tale strumento.

3. Pubblica amministrazione.

3.1. Incarico in organi di Governo.

La sez. I, con parere 4 febbraio 2020, n. 309 ha pronunciato in ordine alla permanenza, in incarichi di Governo, di persone collocate in quiescenza successivamente alla nomina. Ha affermato che l'art. 5, comma 9, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135) deve essere interpretato nel senso che, qualora il conferimento di un incarico in organi di governo delle amministrazioni sia intervenuto in un momento antecedente al collocamento in quiescenza, allorché sopraggiunga il collocamento a riposo, l'incarico prosegue sino alla scadenza prevista trasformandosi, da tale scadenza, in un rapporto a titolo gratuito. Ha chiarito la Sezione che il legislatore ha così introdotto limitazioni al conferimento di incarichi di studio, di consulenza, dirigenziali, direttivi o

cariche in organi di governo a soggetti, già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza, con l'obiettivo di agevolare il ricambio generazionale nelle Pubbliche amministrazioni e conseguire risparmi di spesa. Tali incarichi sono consentiti a titolo gratuito con una limitazione temporale per un anno per quelli dirigenziali o direttivi e in tutti gli altri casi senza limiti di tempo.
Tale obiettivo è scolpito nella circolare n. 6/2014 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, secondo cui le modifiche introdotte con l'art. 6, d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114) "sono volte ad evitare che il conferimento di alcuni tipi di incarico sia utilizzato dalle amministrazioni pubbliche per continuare ad avvalersi di dipendenti collocati in quiescenza o, comunque, per attribuire a soggetti in quiescenza rilevanti responsabilità nelle amministrazioni stesse, aggirando di fatto lo stesso istituto della quiescenza e impedendo che gli organi di vertice siano occupati da dipendenti più giovani. Le nuove disposizioni sono espressive di un indirizzo di politica legislativa volto ad agevolare il ricambio e il ringiovanimento del personale nelle pubbliche amministrazioni".
La Corte costituzionale, con sentenza 26 maggio 2017, n. 124 ha affermato che con tale disposizione "si attua un contemperamento non irragionevole dei principi costituzionali e non si sacrifica in maniera indebita il diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro svolto". In via generale, infatti, è indiscutibile che può corrispondere ad un rilevante interesse pubblico il ricorso a professionalità particolarmente qualificate che già fruiscono di un trattamento pensionistico. Tuttavia, il carattere limitato delle risorse pubbliche giustifica la necessità di una predeterminazione complessiva – e modellata su un parametro prevedibile e certo – delle risorse che l'amministrazione, intesa nel suo complesso, può corrispondere a titolo di retribuzioni e pensioni.
Tale *ratio* ispira, le disposizioni dell'art. 5, comma 9, d.l. n. 95 del 2012 cit. perché il principio di proporzionalità della retribuzione alla quantità e alla qualità del lavoro svolto deve essere valutato in un contesto peculiare che non consente una considerazione parziale della retribuzione e del trattamento pensionistico.
Sulla base di tali considerazioni la Corte costituzionale (26 maggio 2017, n. 124) ha ritenuto, ad esempio, non illegittima la disposizione di legge che pone un tetto alle retribuzioni ancorata a una cifra predeterminata, che corrisponde alla retribuzione del Primo Presidente della Corte di cassazione, perché attua un contemperamento non irragionevole dei princìpi costituzionali e non sacrifica in maniera indebita il diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro svolto. In sostanza la libertà di lavoro può subire delle limitazioni in una situazione di difficoltà economica e di problemi occupazionali per i giovani. Il principio di libertà di lavoro, va contemperato in concreto con il favore concesso a chi aspira ad entrare nel mondo del lavoro a danno di chi comunque gode di un trattamento di quiescenza e ha raggiunto l'età per il pensionamento.
La Sezione ha, quindi, ritenuto che, in via generale, possa condividersi – trattandosi di una norma che limita un diritto costituzionalmente garantito, quale quello di esplicare attività lavorative sotto qualunque forma giuridica – l'affermazione per cui non possono

essere ammesse interpretazioni estensive o analogiche di siffatta disposizione. La giurisprudenza così ha escluso che tale norma trovi applicazione in relazione alla "attribuzione dei turni vacanti per attività specialistica ambulatoriale e domiciliare" (Cons. St., sez. III, 30 giugno 2016, n. 2949) o ad "un incarico biennale libero professionale di "medico competente" (C.g.a. 27 maggio 2019, n. 489) o all'incarico di medico del servizio sanitario a tempo determinato mentre altra sentenza ha ritenuto di estenderla all'incarico di difensore civico regionale (Cons. St., sez. V, 15 novembre 2016, n. 4718).
Ciò premesso, la Sezione ha quindi affrontato il problema se l'Istat rientri o meno tra le amministrazioni tenute ad applicare l'art. 5, comma 9, d.l. n. 95. Ha premesso che allo stato attuale non esiste una nozione univoca di Pubblica amministrazione in senso soggettivo. Infatti, i tradizionali criteri distintivi degli enti pubblici sono stati superati, lasciando spazio, sotto l'influsso dell'ordinamento eurounitario, ad un nuovo concetto di Pubblica amministrazione c.d. "a geometrie variabili", che non solo prescinde da omologazioni rigide ma che soprattutto consente di tracciare il perimetro degli enti pubblici in maniera elastica, attraverso la valorizzazione dell'aspetto funzionale, cioè delle finalità perseguite. Non essendo riscontrabile una definizione legislativa di pubblica amministrazione alla quale sia collegata l'operatività di un corpus omogeneo di regole e principi, sopperiscono le molteplici normative amministrative settoriali che definiscono il loro campo d'applicazione rispetto ad un novero di enti, talvolta indicati tassativamente. Tra questi regimi speciali, rientra senz'altro quello posto dalla l. 31 dicembre 2009, n. 196, che, all'art. 1, comma 2, individua le Amministrazioni pubbliche alle quali si applicano le disposizioni in materia di finanza pubblica, le quali per l'appunto "concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica definiti in ambito nazionale in coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea" (comma 1). In altri termini, la nozione di pubblica amministrazione è andata via via ampliandosi, rifuggendo da classificazioni basate sulla mera natura pubblicistica, e ricomprendendo realtà eterogenee, e funzionali al perseguimento di determinate finalità. Ed invero, con riferimento al contesto giuridico qui oggetto di attenzione, la stessa l. n. 196 del 2009 ha contribuito all'ampliamento suddetto ai fini finanziari.
La Sezione ha affermato che, rientrando l'Istat nell'elenco di cui all'art. 1, comma 2, l. n. 196 del 2009, anche questo ente è tenuto all'applicazione dell'art. 5, comma 9, cit.
Quanto alla possibilità di applicare tale norma anche alle nomine che avvengono da parte di organi costituzionali, ad avviso della Sezione il Legislatore ha evidentemente voluto estendere la disposizione anche a tali organi, lasciando loro la piena libertà di individuare le modalità di adeguamento. L'ultimo periodo del comma 9 non può tuttavia essere letto come norma che possa trovare applicazione nei confronti dell'Istat. Nel caso di specie, pur essendo vero che la nomina del Presidente prevede l'intervento di organi costituzionali (è infatti adottata con decreto del Presidente della Repubblica, così come ricordato nella richiesta di parere), non v'è ragione di ritenere che la disposizione da ultimo citata si riferisca all'Istat perché, con tutta evidenza, la nomina non riguarda un incarico presso un organo costituzionale. La circostanza che nell'*iter* procedimentale di nomina intervengano organi costituzionali, quali il Presidente della Repubblica e il Parlamento, non vale certamente ad imputare la nomina – in senso proprio – a tali organi.

Ai sensi della l. 12 gennaio 1991, n. 13 ("Determinazione degli atti amministrativi da adottarsi nella forma del decreto del Presidente della Repubblica"), il Presidente della Repubblica emana, tra gli altri, i provvedimenti di nomina alla presidenza di enti, istituti e aziende a carattere nazionale ai sensi dell'art. 3, l. 23 agosto 1988, n. 400 [(art. 1, comma 1, lettera e)]. E non c'è dubbio – come del resto espressamente previsto dalla rubrica della legge – che tali attribuzioni afferiscano alla funzione amministrativa, si sostanzino, quindi, in atti amministrativi (così come pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato) e non siano riferibili – in senso proprio - all'organo costituzionale Presidente della Repubblica o Parlamento. In modo coerente con tale impostazione, del resto, si pone la previa deliberazione del Consiglio dei ministri e la controfirma del Presidente del Consiglio che, come è noto, vale ad imputare l'atto alla responsabilità dell'intero Governo.

Il parere ha, infine, affrontato la questione relativa all'applicabilità del comma 9 dell'art. 5, d.l. n. 95 solo a coloro i quali siano già stati collocati a riposo oppure anche a coloro i quali, nominati quando ancora erano in servizio, siano stati successivamente collocati a riposo, per la Sezione il dato letterale depone a favore della prima opzione.

La norma di legge si riferisce, in modo chiaro, solo ai "soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza", lasciando fuori dal suo campo di applicazione chi, invece, all'atto del conferimento dell'incarico (nelle sue eterogenee forme contemplate dalla legge) non è ancora in quiescenza. Da questo si desume che gli incarichi, le cariche e le collaborazioni contemplati dalla legge in commento possono essere attribuiti a chi è ancora in servizio anche se, prima della scadenza dell'incarico, andrà a riposo. Tale conclusione trova una prima giustificazione negli ordinari criteri ermeneutici: poiché si tratta di una norma eccezionale che limita la possibilità di conferire incarichi, cariche e collaborazioni è certo che non possa essere oggetto di applicazione analogica (art. 14 Preleggi). La soluzione prospettata è, inoltre, avvalorata dai periodi successivi che permettono di attribuire i predetti incarichi, cariche e collaborazioni, a titolo gratuito, ai lavoratori già collocati in quiescenza e, in alcuni casi, per un periodo limitato di tempo. Ed invero, se l'articolo 5, comma 9, cit. si leggesse nel senso che non può essere conferito incarico a chi prima della sua scadenza andrà a riposo, non si comprenderebbe la ragione per cui lo stesso comma prevede poi la possibilità di conferire incarichi, cariche e collaborazioni a titolo gratuito a chi è già a riposo. Detto in altri termini, se l'incarico legittimamente conferito cessa, e non può proseguire neppure a titolo gratuito, la norma non dovrebbe poi prevedere la possibilità di assegnarlo a titolo gratuito.

Le conclusioni ora raggiunte, però, devono essere precisate allo scopo di evitare applicazioni sostanzialmente elusive della legge, in ipotesi, conferendo l'incarico all'interessato poco tempo prima di essere collocato in quiescenza (teoricamente anche un solo giorno prima). Ad avviso della Sezione in tale ipotesi, per evitare elusioni al momento della collocazione in quiescenza il rapporto debba trasformarsi in un rapporto a titolo gratuito, per la durata di un anno se rientrante nel quarto periodo – ossia se concernente gli incarichi dirigenziali e direttivi – mentre può proseguire sino alla scadenza se riguardante le altre nomine (incarichi di studio e di consulenza o cariche in organi di governo delle amministrazioni).

3.2. Riorganizzazione dei Ministeri.
Molti i pareri resi dalla Sezione consultiva per gli atti normativi sugli schemi di regolamento di organizzazione dei Ministeri.

Con parere 18 settembre 2020, n. 1497 la sez. I ha pronunciato sulle modifiche al regolamento di organizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze. Ha chiarito la Sezione che le modifiche al regolamento si sono rese necessarie per adeguare il d.P.C.M. 26 giugno 2019, n. 103, che aveva approvato il regolamento in vigore, alle disposizioni di legge nel frattempo sopravvenute (art. 16 *ter*, d.l. 26 ottobre 2019, n. 124, convertito, con modificazioni, dalla l. 19 dicembre 2019, n. 157; l. 27 dicembre 2019, n. 160 e d.l. 9 gennaio 2020, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 5 marzo 2020, n. 12), avente ad oggetto il potenziamento dell'amministrazione finanziaria; la novella introduce altresì ulteriori modifiche formali e di coordinamento volte a rendere l'assetto organizzativo coerente con l'impianto normativo vigente nel rispetto delle attribuzioni del Dicastero.
Il parere - in relazione alla possibilità di introdurre regolamenti di organizzazione tramite decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri - ha premesso che l'art. 4 *bis*, d.l. 12 luglio 2018, n. 86, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 97 (come modificato dall'art. 16 *ter*, comma 7, d.l. n. 124 del 2019), per semplificare ed accelerare il riordino dell'organizzazione dei Ministeri, ha disposto che fino al 30 giugno 2019 i regolamenti di organizzazione dei Ministeri, ivi inclusi quelli degli uffici di diretta collaborazione, possono essere adottati con decreti del Presidente del Consiglio del ministri, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa delibera del Consiglio dei ministri. È altresì disposto che i decreti previsti siano soggetti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti ai sensi dell'art. 3, commi da 1 a 3, l. 14 gennaio 1994, n. 20 e al parere del Consiglio di Stato. La legge ha inoltre previsto che, a decorrere dalla data di efficacia di ciascuno dei decreti, cessa di avere vigore, per il Ministero interessato, il regolamento di organizzazione vigente. Con specifico riferimento poi al Ministero richiedente, l'art. 16 ter, comma 7, d.l. n. 124 del 2019 ha previsto che l'organizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze, compresa quella degli uffici di diretta collaborazione, è adeguata entro il 30 giugno 2020. Tale termine è stato infine prorogato al 30 settembre 2020 dall'art. 116, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, data quest'ultima a decorrere dalla quale – a meno che vi siano ulteriori modifiche normative – troverà nuovamente applicazione quanto stabilito dall'art. 17, l. 23 agosto 1988, n. 400.

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha sottoposto alla Sezione consultiva per gli atti normativi due schemi di regolamento di organizzazione.
Con parere n. 2107 del 23 dicembre 2020 è stato reso il parere sul regolamento di organizzazione degli uffici di diretta collaborazione di detto Ministero. Anche in considerazione della struttura organizzativa prevista dal nuovo regolamento di organizzazione, si è ritenuto necessario adeguare la struttura organizzativa degli Uffici di diretta collaborazione e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance, nel rispetto di

quanto stabilito dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e delle funzioni ad esso attribuite dalla normativa vigente. Lo schema di regolamento proposto, composto da tre capi suddivisi in 15 articoli, disciplina l'organizzazione degli Uffici di diretta collaborazione ed abroga e sostituisce il precedente regolamento di cui al d.P.R. 3 dicembre 2008, n. 212. Il decreto è stato predisposto in attuazione di quanto previsto dall'art. 4, comma 5, d.l. 21 settembre 2019, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 novembre 2019, n. 132, ai sensi del quale "Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti è autorizzato, fino al 31 luglio 2020, a procedere … alla riorganizzazione dei propri uffici, ivi compresi quelli di diretta collaborazione, mediante uno o più regolamenti adottati, previo parere del Consiglio di Stato, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa delibera del Consiglio dei ministri".

Con successivo parere n. 2111 del 23 dicembre 2020 è stato reso il parere sul regolamento di organizzazione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Ha chiarito la Sezione che – anche a seguito dell'istituzione dell'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali di cui all'art. 12, d.l. 28 febbraio 2018, n. 109, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 16 novembre 2018, n. 130, e della istituzione della Struttura tecnica per il controllo interno in attuazione dell'art. 4, d.l. 21 settembre 2019, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 novembre 2019, n. 132 – è stato necessario adeguare la struttura organizzativa "tenendo in considerazione il trasferimento di funzioni alla nascente Agenzia e valorizzando, al contempo, le attività di core del Ministero, nel rispetto di quanto stabilito dal d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 e delle funzioni ad esso attribuite dalla normativa vigente". Sotto il profilo organizzativo sono state introdotte modifiche all'attuale assetto finalizzate a garantire un più efficace svolgimento delle attribuzioni già riservate al Ministero. In particolare, per l'espletamento delle funzioni demandate al Dicastero, viene istituito un nuovo Dipartimento e viene modificato l'assetto organizzativo e funzionale dei Dipartimenti già esistenti. Pertanto il Ministero risulterà articolato, a livello centrale, in tre Dipartimenti, rispetto ai due previsti dal regolamento di organizzazione vigente, di seguito indicati: a) Dipartimento per la programmazione, le infrastrutture di trasporto a rete e i sistemi informativi; b) Dipartimento per le opere pubbliche, le risorse umane e strumentali; c) Dipartimento per i trasporti e la navigazione. I Dipartimenti si articoleranno in complessive 14 Direzioni generali, rispetto alle attuali 16, e assicureranno l'esercizio delle funzioni e dei compiti di spettanza statale nelle aree funzionali di cui all'art. 42, d.lgs. n. 300 del 1999.

3.3. Contratti di programma.

La sez. I, con parere 20 novembre 2020, n. 1908 ha affrontato la questione relativa all'apposizione, nei contratti di programma, della clausola di rinuncia ad agire in giudizio.

Ha affermato, con specifico riferimento al caso delle gestioni aeroportuali, che l'azione in giudizio a tutela dei propri diritti e interessi legittimi è irrinunciabile, con la conseguenza che la clausola di rinuncia, inserita nello schema-tipo di un contratto di programma, eccede i limiti fisiologici entro i quali la rinuncia può dirsi legittima.
Ha ricordato la Sezione che la clausola di rinuncia alle azioni è stata esaminata dalla giurisprudenza amministrativa, di recente, soprattutto nella materia sanitaria, riguardo ai rapporti tra le strutture private convenzionate o accreditate e gli enti del servizio sanitario nazionale. In questo ambito la giurisprudenza ne ha ammesso la legittimità a condizione che la clausola fosse delimitata per quanto attiene all'ambito soggettivo e circoscritta, quanto all'ambito oggettivo, alle materie oggetto dell'accordo e alle controversie in essere alla data della sottoscrizione, assumendo, in tal caso, la suddetta clausola, una portata transattiva. La clausola di rinuncia al contenzioso è stata ammessa anche con riferimento al contenzioso futuro ed è stata giustificata nel quadro dei piani di rientro dal dissesto economico-finanziario dei sistemi sanitari regionali a tal fine appositamente commissariati. Tale contesto, ad avviso della Sezione, non è assimilabile a quello del rapporto con i concessionari della gestione aeroportuale. La speciale condizione in cui versa la sanità con i piani di rientro, idonea a giustificare la particolare ampiezza delle clausole di rinuncia alle liti, non sembra che possa ravvisarsi nel caso delle gestioni aeroportuali. Nessuna condizione di grave crisi economico-finanziaria, con ricadute dirette sui fondi pubblici, risulta invero sussistente nel campo della gestione e delle concessioni aeroportuali e della gestione e sviluppo dei servizi aeroportuali assicurati agli utenti. Ne consegue la riespansione del principio generale della irrinunciabilità del diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti e interessi legittimi, diversa essendo, in tutta evidenza, la normale facoltà di transigere le liti già insorte e proposte, come ammesso senz'altro già dal codice civile.

3.4. Fatturazione elettronica nei rapporti con la Pubblica amministrazione.
Con parere 12 giugno 2020, n. 1190 la Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere sullo schema di decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione, sull'individuazione delle cause che possono consentire il rifiuto delle fatture elettroniche da parte delle Amministrazioni pubbliche", ai sensi dell'art. 15-*bis*, d.l. 23 ottobre 2018, n. 119. La Sezione ha suggerito: al fine di evitare evidenti disguidi e criticità dell'intero sistema di fatturazione elettronica, di indicare il termine entro il quale le Pubbliche amministrazioni, destinatarie delle fatture elettroniche, possono procedere al rifiuto delle fatture stesse; di rendere maggiormente evidente che l'esercizio della facoltà di rifiuto della fattura elettronica, da parte della Pubblica amministrazione destinataria, è strettamente subordinato alla impossibilità di procedere alla correzione della fattura stessa ai sensi dell'art. 26, d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633. La Sezione ha, infine, invitato il Ministero dell'economia e delle finanze, a seguito dell'inserimento delle ipotesi tassative di rifiuto delle fatture elettroniche da parte delle Pubbliche amministrazioni, di eseguire un costante monitoraggio sul funzionamento a regime della nuova disciplina, data la delicatezza della materia fiscale ed anche al fine della necessaria predisposizione della verifica di impatto della regolamentazione.

3.5. Amministrazioni pubbliche incluse nel perimetro di Sicurezza nazionale cibernetica.

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere 26 maggio 2020, n. 983 sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, adottato in attuazione dell'art. 1, comma 2, d.l. 21 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 novembre 2019, n. 133. Le lett. a) e b) del citato comma 2 hanno previsto che entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del predetto decreto-legge, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta del Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica (CISR): a) sono definiti modalità e criteri procedurali di individuazione di amministrazioni pubbliche, enti e operatori pubblici e privati di cui al comma 1 aventi una sede nel territorio nazionale, inclusi nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica e tenuti al rispetto delle misure e degli obblighi previsti dall'art. 1; b) sono definiti, sulla base di un'analisi del rischio e di un criterio di gradualità che tenga conto delle specificità dei diversi settori di attività, i criteri con i quali i soggetti di cui al comma 2-*bis* [ossia i soggetti del comma 2, lettera a), elencati in un apposito atto amministrativo, adottato dal Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del CISR, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto del Presidente del Consiglio dei ministri] predispongono e aggiornano con cadenza almeno annuale un elenco delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici di cui al comma 1, di rispettiva pertinenza, comprensivo della relativa architettura e componentistica (con la precisazione che all'elaborazione di tali criteri provvede, adottando opportuni moduli organizzativi, l'organismo tecnico di supporto al CISR, integrato con un rappresentante della Presidenza del Consiglio dei Ministri). Riguardo a tale ultimo organismo tecnico di supporto al CISR, la relazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri chiarisce che si tratta di un rappresentante della struttura della Presidenza del Consiglio competente per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, designato in ragione degli specifici compiti attribuiti alla Presidenza del Consiglio dal decreto-legge, e che il richiamato riferimento legislativo è all'organismo (c.d. CISR tecnico) istituito presso il Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS) di cui all'art. 4, l. 3 agosto 2007, n. 124, con compiti di supporto al Comitato interministeriale ai sensi dell'art. 4, comma 5, del regolamento adottato con d.P.C.M. 26 ottobre 2012, n. 2, recante l'ordinamento e l'organizzazione del DIS, organismo ora previsto dall'art. 4, comma 5, del regolamento adottato con d.P.C.M. 3 aprile 2020, n. 2, che definisce l'ordinamento e l'organizzazione del DIS, adottato ai sensi dell'art. 43 della citata l. n. 124 del 2007.

Lo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri costituisce il primo decreto attuativo dell'art. 1, d.l. n. 105 del 2019. La norma di legge prevede un percorso attuativo molto complesso e articolato, che si snoda attraverso quattro decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e un regolamento governativo di esecuzione (ai sensi dell'art. 17, comma 1, l. n. 400 del 1988). Tale percorso - la cui previsione normativa si

spiega verosimilmente con l'esigenza di una progressiva e graduale costruzione del sistema del perimetro di sicurezza nazionale cibernetica - potrebbe obiettivamente generare un quadro regolatorio dispersivo e frammentato.
Il d.P.C.M. all'esame della Sezione ha natura regolamentare. Il testo , infatti, definisce, tra l'altro, i criteri e le modalità procedurali in base ai quali dovranno poi essere individuati [e inseriti nell'elenco da adottarsi con il d.P.C.M., avente, invece, natura provvedimentale, previsto dalla lettera b) del comma 2-*bis*)] i soggetti, pubblici e privati, che devono ritenersi inclusi, in ragione delle funzioni svolte e/o dei servizi erogati mediante reti, sistemi informativi e servizi informatici, nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, con tutte le conseguenze applicative (impositive di obblighi di fare) contemplate dal d.l. n. 105 del 2019; il decreto deve altresì, sul lato oggettivo, definire le tipologie delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici e delle relative architetture e componentistica, che sono strumentali alle funzioni e ai servizi essenziali per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato e dal cui malfunzionamento, interruzione, anche parziali, ovvero utilizzo improprio, possa derivare un pregiudizio per la sicurezza nazionale. Tra le linee semantiche disegnate dai termini generici adoperati dal legislatore, dunque, il decreto deve assolvere il non facile compito di integrare i relativi concetti giuridici indeterminati attraverso la definizione che precisi da un lato quali sono le suddette funzioni essenziali dello Stato e i suddetti servizi essenziali per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato, dall'altro lato quali sono (come profilo tipologico) i soggetti, pubblici e privati, che tali funzioni e servizi svolgono ed espletano. Sotto un terzo profilo deve fornire la definizione delle tipologie delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici (con annesse architetture e componentistica) che li caratterizzano, per stabilire, infine, quando possa ravvisarsi un rischio di pregiudizio per la sicurezza nazionale dal malfunzionamento, dall'interruzione, anche parziali, ovvero dall'utilizzo improprio, delle suddette reti, sistemi informativi e sistemi informatici.

Con successivo parere 26 ottobre 2020, n. 1664 la stessa Sezione consultiva per gli atti normativi si è pronunciata sullo schema di decreto che attua le previsioni del comma 6, lettere a), b) e c), dell'art. 1, d.l. n. 105 del 2019.
Il comma 6, nelle tre lettere ora dette, demanda a un regolamento, da adottarsi ai sensi dell'art. 17, comma 1, l. 23 agosto 1988, n. 400 entro dieci mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge, tre compiti normativi: 1) definire le procedure, le modalità e i termini [lettera a)] ai quali devono attenersi i soggetti pubblici e privati inclusi nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica che intendano procedere all'affidamento di forniture di beni, sistemi e servizi ICT destinati a essere impiegati sulle reti, sui sistemi informativi e per l'espletamento dei servizi informatici, appartenenti (le forniture) a categorie da individuarsi, sulla base di criteri di natura tecnica, da un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (che dovrà essere emanato anch'esso entro il medesimo termine di 10 mesi dall'entrata in vigore della norma di conversione del decreto-legge); 2) stabilire le procedure, le modalità e i termini [lettera b)] con cui i fornitori dei suddetti beni, sistemi e servizi destinati alle reti, ai sistemi e ai

servizi rilevanti assicurano la propria collaborazione al Centro di valutazione e certificazione nazionale (CVCN) e ai Centri di valutazione (CV) del Ministero della difesa e del Ministero dell'interno, per quanto di rispettiva competenza, per l'effettuazione delle attività di test, sostenendone gli oneri; 3) definire [lettera c)] le procedure, le modalità e i termini con i quali il Ministero dello sviluppo economico e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, negli ambiti rispettivamente loro assegnati nel perimetro, svolgono le attività di ispezione e verifica in relazione a quanto previsto dal decreto-legge.

Ha ricordato la Sezione di aver avuto occasione di recente di occuparsi della tematica degli strumenti attuativi dell'art.1, d.l. n. 105 del 2019 in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, pronunciandosi (con il parere n. 983 del 26 maggio 2020) sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei ministri adottato in attuazione dell'articolo 1, comma 2, del predetto d.l. n. 105 del 2019, per la definizione delle modalità e dei criteri procedurali di individuazione delle amministrazioni pubbliche, degli enti e operatori pubblici e privati, aventi una sede nel territorio nazionale, inclusi nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica e tenuti al rispetto delle misure e degli obblighi previsti dalla nuova normativa di sicurezza, nonché per la definizione dei criteri con i quali i suddetti soggetti devono predisporre e aggiornare annualmente un elenco delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici, di rispettiva pertinenza, comprensivo della relativa architettura e componentistica.

In quella occasione la Sezione aveva evidenziato come la norma primaria sul perimetro di sicurezza nazionale cibernetica avesse previsto un percorso attuativo scandito attraverso cinque decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e un regolamento governativo, essendo in particolare previsti, oltre al d.P.C.M. in quella sede esaminato, un secondo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (previsto dal comma 2-*bis*), di natura provvedimentale, di definizione dell'elenco dei soggetti individuati ai sensi del comma 2, lettera a); un terzo decreto (comma 3), da adottarsi entro dieci mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 105 del 2019, di disciplina dei termini e delle modalità attuative delle procedure secondo cui i soggetti di cui al comma 2-*bis* notificano al Gruppo di intervento per la sicurezza informatica in caso di incidente (CSIRT) gli incidenti aventi impatto su reti, sistemi informativi e servizi informatici di cui al comma 2, lettera b), e sono altresì stabilite le misure volte a garantire elevati livelli di sicurezza delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici; quindi (comma 6) un regolamento governativo, che è quello che viene all'odierno esame della Sezione, da adottarsi entro dieci mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge, per la disciplina delle procedure, delle modalità e dei termini con cui i soggetti di cui al comma 2-bis danno comunicazione al CVCN delle procedure per l'affidamento di forniture di beni, sistemi e servizi ICT e i soggetti individuati quali fornitori di beni, sistemi e servizi destinati alle reti, ai sistemi informativi e ai servizi informatici di cui al comma 2, lettera b), assicurano la propria collaborazione per l'effettuazione delle attività di test di sicurezza, etc.; un quarto d.P.C.M. [lettera a) del comma 6] per l'individuazione, sulla base di criteri di natura tecnica, delle categorie di forniture di beni, sistemi e servizi ICT destinati a essere impiegati sulle reti, sui sistemi informativi e per

l'espletamento dei servizi informatici assoggettati all'obbligo di comunicazione; infine, un quinto d.P.C.M. [previsto dalla lettera b) del comma 7] di verifica.
Il primo d.P.C.M., quello previsto dal comma 2 dell'art. 1, sul quale la Sezione già si è espressa con il richiamato parere n. 983 del 2020, ma che non risulta ancora adottato (e della cui adozione nulla si dice nella relazione illustrativa), presenta contenuti logicamente precedenti rispetto a quelli introdotti e disciplinati con il presente schema di d.P.R. Il primo d.P.C.M., infatti, definisce l'ambito soggettivo e oggettivo del perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, poiché definisce i soggetti pubblici e privati inclusi nel perimetro tenuti al rispetto delle sue regole e definisce altresì l'oggetto, ossia l'elenco delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici, stabilendo anche la competenza dei vari ministeri e organismi statali. Non è un caso, d'altra parte, che nel comma 1 dell'art. 1 di questo schema di d.P.R., tra le definizioni, nelle lettere c) e d), è richiamato proprio il suddetto d.P.C.M.

4. Religione.
La sez. I, ha affermato (parere 20 novembre 2020, n. 1875) che ai fini del riconoscimento della personalità giuridica delle associazioni di culto diverso dal cattolico occorre lo scopo finalistico di carattere prevalentemente religioso dell'associazione; il consistente numero di fedeli; la disponibilità dell'immobile in cui l'associazione ha la sua sede; l'individuazione nominativa del suo effettivo rappresentante; la consistenza del patrimonio mobiliare e l'espressa previsione statutaria di devoluzione dell'intero patrimonio in caso di estinzione; una attività di culto nell'ambito di una particolare fede religiosa; lo statuto che preveda una disposizione circa i ministri di culto, la cui presenza è essenziale per la valutazione del carattere cultuale di un organismo; la congruità del patrimonio rispetto al raggiungimento degli scopi statutari in quanto una delle conseguenze più rilevanti dell'erezione in ente con personalità giuridica è quella della limitazione della responsabilità dell'ente medesimo al proprio patrimonio, con conseguente necessità di tutelare adeguatamente i terzi intreccianti rapporti giuridici col nuovo soggetto di diritti.
Ha ricordato la Sezione che la base normativa di riferimento ai fini dell'espressione del parere è costituita dall'art. 2, l. 24 giugno 1929, n. 1159 e dagli artt. 10 ss., r.d. 28 febbraio 1930, n. 289. Peraltro, la Costituzione repubblicana ha poi introdotto un insieme di garanzie significative a tutela della libertà di culto e delle formazioni nelle quali è professata la fede religiosa. In particolare, con riguardo alle garanzie per le confessioni religiose diverse dalla cattolica, l'art. 8 Cost. ha sancito l'uguaglianza di tutte le confessioni davanti alla legge (primo comma) e il diritto per le confessioni diverse dalla cattolica di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano (secondo comma), oltre a stabilire che i loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese (terzo comma). Ulteriori garanzie sono poste dall'art. 19 Cost., a presidio della libertà di culto, in qualsiasi forma, individuale o associata, con il solo limite del buon costume, e dall'art. 20 Cost., in base a cui il carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto di una associazione o istituzione non possono essere causa di speciali limitazioni legislative, né di speciali gravami fiscali per la sua costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività.

Se ne ricava che anche l'interprete è chiamato a considerare alla luce dei sopravvenuti principi costituzionali le disposizioni legislative e regolamentari previgenti relative alle confessioni religiose diverse dalla cattolica e, per quanto rileva in questa sede, delle disposizioni sul riconoscimento degli enti di tali confessioni. Pertanto, anche il principio costituzionale dell'autonomia statutaria delle confessioni religiose diverse dalla cattolica (art. 8, secondo comma, Cost.) implica l'abbandono da parte dello Stato di quel potere di ingerenza che la Corte costituzionale ha ritenuto in contrasto con i parametri costituzionali (v. Corte cost., sent. n. 259 del 1990). Si tratta di una lettura costituzionalmente orientata che il Consiglio di Stato ha da tempo fatto propria (Cons. St., sez. I, n. 1390 del 1986; id. n. 2158 del 1989).
Il parere della Sezione non può, pertanto, che considerare gli aspetti rilevanti per l'ordinamento giuridico interno mentre rimangono impregiudicate tutte le questioni e gli eventuali contenziosi che ne dovessero scaturire sul piano ecclesiologico e attinenti ai profili organizzativi della Eparchia in merito ai quali non si ha titolo per intervenire.
Tanto meno può entrare in discussione la libertà di culto nelle sue varie forme e aggregazioni.
La Sezione prima, con il parere n. 1574 del 2019, ha nuovamente riassunto i consolidati principi in ordine ai requisiti necessari ai fini del riconoscimento della personalità giuridica delle associazioni di culto diverso dal cattolico (già esposti nel parere della sez. I n. 2771 del 26 novembre 2018). Con il citato parere n. 1574 del 2019, la Sezione ha ribadito la vigenza della l. n. 1159 del 1929 e nel r.d. n. 289 del 1930, sicché lo status di ente ecclesiastico è acquisito all'esito del procedimento previsto dalla normativa riguardante gli enti di culto diversi da quello cattolico (Cons. St., sez. VI, n. 2331 del 2009); ha inoltre confermato la natura del provvedimento di attribuzione della personalità giuridica a un ente di culto diverso da quello cattolico (Cons. St., sez. I, n. 2635 del 2016) e ha sottolineato che si applica la normativa di cui alla l. n. 1159 del 1929 – e non quella di cui al d.P.R. n. 361 del 2000 concernente il regolamento per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private - allorché si riscontri la presenza di un fine di culto nell'organizzazione dell'associazione considerata, qualunque importanza possa questo assumere nella sua esistenza giuridica (Cons. St., sez. I, n. 2331 del 2009). I canoni di riferimento sono stati così: la natura di un ente di culto deve essere desunta dallo statuto adottato e dalle attività effettivamente svolte (Cons. St., sez. I, n. 2635 del 2016); occorre lo scopo finalistico di carattere prevalentemente religioso dell'associazione, il consistente numero di fedeli, la disponibilità dell'immobile in cui l'associazione ha la sua sede, l'individuazione nominativa del suo effettivo rappresentante, la consistenza del patrimonio mobiliare e l'espressa previsione statutaria di devoluzione dell'intero patrimonio in caso di estinzione (Cons. St., sez. I, 30 luglio 1986, n. 1390; id. n. 2236 del 2015; id. n. 413 del 2016); - occorre un'attività di culto nell'ambito di una particolare fede religiosa (Cons. St., sez. I, n. 1534 del 2014; id. n. 2635 del 2016; id. n. 3417 del 2015; id. n. 764 del 2018); lo statuto deve prevedere una disposizione circa i ministri di culto, la cui presenza è essenziale per la valutazione del carattere cultuale di un organismo (id. n. 1659 del 2008); occorre la congruità del patrimonio rispetto al raggiungimento degli scopi statutari in quanto una delle conseguenze più rilevanti

dell'erezione in ente con personalità giuridica è quella della limitazione della responsabilità dell'ente medesimo al proprio patrimonio, con conseguente necessità di tutelare adeguatamente i terzi intrecciantì rapporti giuridici col nuovo soggetto di diritti. Tale esigenza rende perfettamente compatibile coll'ordinamento costituzionale l'art. 10, comma 2, r.d. 28 febbraio 1930, n. 289, che impone all'istante l'onere di indicare, nella domanda di riconoscimento della personalità giuridica ad istituti delle confessioni cattoliche, i "mezzi finanziari... per il raggiungimento dei propri fini" (Cons. St., sez. I, n. 1390 del 1986; n. 2635 del 2016); ulteriore elemento di valutazione è costituito dalla consistenza numerica dei fedeli e dall'ambito territoriale nel quale sono distribuiti.

5. Provvedimento amministrativo.

Con parere 30 giugno 2020, n. 1233 la sez. I ha affermato che la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato può essere derogata allorché, nel caso di atti normativi o generali, l'annullamento dell'atto possa generare una condizione amministrativa di vuoto regolatorio, tale da determinare effetti peggiorativi della posizione giuridica tutelata col ricorso, nel senso di pregiudicare, anziché proteggere, il bene della vita che l'interessato aspira a conseguire o mantenere.

Nella specie, la Sezione ha accolto il ricorso nella parte in cui si considerano paesaggisticamente irrilevanti - e perciò sottratti alla preventiva autorizzazione - tutti gli interventi previsti, omettendo un'adeguata analisi e valutazione dell'impatto paesaggistico, e nella parte in cui la valutazione di incidenza sui siti della rete Natura 2000 interessati dalle misure è carente nell'istruttoria e nelle motivazioni, oltre che corredata da semplici raccomandazioni di buona esecuzione degli interventi prive della consistenza di prescrizioni integrative. La Sezione però - nel particolare caso in esame - consapevole dell'importanza del piano antincendi predisposto dalla Regione e dell'inizio della stagione estiva, innovando la giurisprudenza sul punto, ha differito l'annullamento di 180 giorni per consentire alle amministrazioni l'adozione di un nuovo Piano senza rinunciare alla lotta agli incendi nel periodo estivo. In particolare ha chiarito che dovranno essere adottate tutte le misure per mettere in sicurezza il sito e dovranno essere posti in essere gli interventi improcrastinabili e indifferibili relativi ad aree - soprattutto vicine ad insediamenti antropici - che presentano rischi elevati.

6. Protezione civile.

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere 28 gennaio 2020, n. 246 sul decreto integrativo e correttivo del Codice della protezione civile, approvato con d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1.

Ha chiarito che l'art. 1, commi 5 e 7, l. 16 marzo 2017, n. 30 prevede, nell'ambito del procedimento di adozione del decreto legislativo di cui trattasi, il "concerto con i Ministri interessati", ovvero i concerti dei Ministri dell'interno, della difesa, degli affari esteri e della cooperazione internazionale, del lavoro e delle politiche sociali, dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, dell'economia e finanze, per i beni e le attività culturali e per il turismo, delle infrastrutture e dei trasporti. I suddetti concerti, lungi dall'essere stati acquisiti, secondo la tesi esposta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri-

Dipartimento della protezione civile, sarebbero stati assorbiti a seguito dell'approvazione preliminare, in sede di Consiglio dei ministri, dello schema di decreto legislativo in esame. La Sezione ha ritenuto che tale tesi non può essere accolta. La Sezione ha rilevato, innanzitutto, che, così ragionando, verrebbe vanificata la funzione del concerto ministeriale richiesto dalla legge, in considerazione del fatto che la deliberazione del Consiglio dei Ministri sullo schema di decreto legislativo (ai sensi dell'art. 2, comma 3, l. 23 agosto 1988, n. 400) è sempre necessaria anche quando la legge non prescrive il concerto. Detto in altri termini, se il concerto potesse essere assorbito dalla deliberazione preliminare, non vi sarebbe alcuna differenza tra i casi in cui la legge delega richiede il concerto e quelli in cui non è previsto. Ha aggiunto la Sezione che, se si seguisse la tesi esposta dall'Amministrazione richiedente, il Consiglio di Stato, in sede di esame dello schema per l'espressione del parere, non potrebbe comprendere se un Ministro, durante la riunione del Consiglio dei Ministri, ha espresso un motivato dissenso o se ha votato in senso contrario alla sua approvazione. Inoltre, se è vero che il Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 2, comma 1, della suddetta l. n. 400 del 1988, "determina la politica generale del Governo", è anche vero tuttavia che deve comunque garantirsi l'autonomia e la responsabilità di ogni singolo Ministro nell'espressione del concerto previsto dalla legge, potendo il Consiglio dei ministri intervenire solo successivamente ed in un secondo momento, al precipuo fine di dirimere eventuali contrasti insorti tra i Ministri concertanti, così come stabilito dall'art. 5, comma 2, lett. c-*bis*), l. n. 400 del 1988. Infine, sotto un profilo di teoria generale del diritto, vi è una sostanziale differenza tra il "concerto" espresso da uno o più Ministri durante l'*iter* legislativo e la successiva "approvazione" del testo in sede di Consiglio dei ministri, in quanto nell'istituto giuridico del "concerto" è implicita la discussione, il confronto tra più volontà concertanti, che trovano una composizione proprio a seguito del concerto stesso, in un momento in cui la volontà definitiva non è stata ancora formata. Al contrario, nell'istituto della "approvazione", la volontà – espressa nell'atto da approvare – è già stata formata e chi approva ben può essere portatore di un interesse diverso rispetto a chi ha compiuto l'atto produttivo di effetti giuridici; con la conseguenza che, nel caso di specie, la successiva approvazione dello schema di decreto legislativo in esame da parte del Consiglio dei ministri non può affatto ritenersi idonea a superare il dato legislativo, che richiede il concerto "dei Ministri interessati". Tale conclusione è già stata fatta propria dalla Sezione in precedenti pareri resi su schemi di decreto legislativo: "L'approvazione in Consiglio dei Ministri dei provvedimenti legislativi non è per sé sufficiente a integrare la fattispecie dell'atto complesso, che si presenta quando sia richiesto comunque un atto d'assenso formale quale concerto, intesa. Né, d'altro canto, la decisione squisitamente politica, e non tecnico amministrativa, assunta in sede politica è di per sé in grado di superare le eventuali discrasie, aporie o errori tecnico giuridici contenuti in un qualsiasi testo normativo" (Cons. Stato, sez. atti normativi, parere 24 luglio 2018, n. 1897; con riguardo alla necessaria previa acquisizione del concerto ministeriale, id. 1° giugno 2018, n. 1450; id. 7 ottobre 2016, n. 2059; id. 6 ottobre 2015, n. 2750; id. 1° settembre 2015, n. 2473; id. 18 novembre 2011, n. 4228; id. 8 giugno 2010, n. 2598; id. 1° giugno 2010, n. 2527). Con l'ulteriore precisazione che il concerto ministeriale - costituendo l'atto con

cui il Ministro si rende partecipe dell'iniziativa politica, concorrendo ad assumerne la responsabilità - non può che riguardare il provvedimento nel suo complesso e può essere manifestato dal Ministro, oppure da altro soggetto soltanto per espresso incarico, delega o ordine del Ministro stesso.

7. Straniero.

7.1. Accesso in Italia dei minori stranieri non accompagnati.

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso parere negativo sullo schema di regolamento, predisposto dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, sull'accesso in Italia dei minori stranieri non accompagnati.

Ha affermato di non condividere la tesi del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, contenuta nello schema di regolamento che disciplina la materia dell'accesso ai minori stranieri non accompagnati, secondo cui l'art. 45, comma 3, d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300, in attuazione della legge di delega 15 marzo 1997, n. 59 ("Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa") "ha disposto il trasferimento all'istituendo Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali (dal 7 agosto 2001 Ministero del lavoro e delle politiche sociali), delle funzioni del Dipartimento per gli affari sociali, operante presso la Presidenza del Consiglio, comprese le attribuzioni in materia di immigrazione". Il Ministero perviene pertanto alla conclusione che "Il descritto trasferimento a favore del Ministero delle funzioni riguardanti gli affari sociali nel suo complesso, con l'espressa previsione, tra l'altro, proprio delle attribuzioni in materia di immigrazione, già in capo all'*ex* Dipartimento per gli affari sociali, ha determinato la ricollocazione presso questo Ministero anche del Comitato per i minori stranieri".

Ad avviso della Sezione, alle ragioni connesse alla circostanza che il Comitato per i minori stranieri è istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri e non presso il Dipartimento per gli affari sociali mentre l'art. 45, comma 3, d.lgs. n. 300 del 1999 ha trasferito al Ministero le funzioni del Dipartimento per gli affari sociali, si aggiunge un ulteriore argomento che si desume dalla successione cronologica delle fonti richiamate. Invero il d.lgs. n. 300 del 1999 (dal cui art. 45, comma 3, discenderebbe, secondo il Ministero, il trasferimento del Comitato presso il Ministero stesso) è entrato in vigore il 14 settembre 1999. Ma il d.P.C.M. 9 dicembre 1999, n. 535 – recante il regolamento sui compiti del Comitato e che incardina in modo inequivocabile il Comitato stesso presso la Presidenza del Consiglio – è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 25 gennaio 2000 ed è quindi entrato in vigore il 9 febbraio 2000, dunque ben dopo il decreto legislativo n. 300 del 1999; né risulta che finora ne sia stata fatta valere l'illegittimità per contrasto con il predetto decreto legislativo.

In assenza, dunque, di una norma primaria che abbia trasferito le competenze del Comitato per i minori stranieri prima della sua soppressione (tale non potendo considerarsi, per le ragioni già enunciate, l'art. 45, comma 3, d.lgs. n. 300 del 1999), deve ritenersi che, in virtù della piana lettera dell'art. 12, comma 20, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito,

con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, le competenze facenti capo al soppresso Comitato siano state *ex lege* trasferite alla Presidenza del Consiglio dei ministri, amministrazione presso la quale il Comitato era stato istituito ai sensi dell'art. 33, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998 ed era formalmente incardinato al momento della soppressione. La Sezione ha, quindi, concluso che l'art. 33, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998, avente a oggetto la definizione dei "compiti" del Comitato per i minori stranieri, non può essere applicato per disciplinare, con un regolamento, in capo al Ministero del lavoro e delle politiche sociali competenze che a legislazione vigente non risultano essere state attribuite a quest'ultimo Dicastero. Né, tanto meno, la predetta norma legislativa può essere invocata per trasferire, attraverso la mediazione del regolamento, le medesime competenze al Ministero proponente, non essendo questo l'oggetto della evocata autorizzazione regolamentare e non potendo il regolamento, in quanto fonte secondaria, provvedere a tale trasferimento in assenza di una specifica fonte di rango primario.

7.2. Centri di accoglienza.

La sez. I, con parere 9 luglio 2020, n. 1271 ha premesso che ai sensi dell'art. 58, r.d. 21 aprile 1942, n. 444 (Regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato), quando dall'esame degli affari discussi dal Consiglio di Stato risulti che la legislazione vigente è in qualche parte "oscura, imperfetta od incompleta" il Consiglio di Stato ne deve riferire al Presidente del Consiglio dei Ministri; tale è la situazione che si verifica a seguito della sentenza della Corte di Giustizia Ue 12 novembre 2019, in C 233/18, che ha determinato la disapplicazione dell'art. 23, d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, il quale ha previsto che il prefetto dispone, con proprio motivato decreto, la revoca delle misure d'accoglienza in caso, tra l'altro, di violazione grave o ripetuta delle regole delle strutture in cui è accolto, da parte del richiedente asilo, compreso il danneggiamento doloso di beni mobili o immobili, ovvero comportamenti gravemente violenti.

Ad avviso della Corte di Giustizia Ue 12 novembre 2019, in C 233/18 uno Stato membro non può prevedere, tra le sanzioni che possono essere inflitte ad un richiedente in caso di gravi violazioni delle regole dei centri di accoglienza nonché di comportamenti gravemente violenti, una sanzione consistente nel revocare, seppure temporaneamente, le condizioni materiali di accoglienza dato che avrebbe l'effetto di privare il richiedente della possibilità di soddisfare le sue esigenze più elementari; gli Stati membri possono, nei casi di cui all'art. 20, paragrafo 4, della direttiva 2013/33, imporre, a seconda delle circostanze del caso e fatto salvo il rispetto dei requisiti di cui all'art. 20, paragrafo 5, della menzionata direttiva, sanzioni che non hanno l'effetto di privare il richiedente delle condizioni materiali di accoglienza, come la sua collocazione in una parte separata del centro di accoglienza, unitamente ad un divieto di contatto con taluni residenti del centro o il suo trasferimento in un altro centro di accoglienza o in un altro alloggio, ai sensi dell'art. 18, paragrafo 1, lettera c), di tale direttiva. Analogamente, l'art. 20, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2013/33 non osta ad una misura di trattenimento del richiedente ai sensi dell'art. 8, paragrafo 3, lettera e), della direttiva in parola, purché siano soddisfatte le condizioni di cui agli articoli da 8 a 11 della stessa direttiva.

7.3. Concessione della cittadinanza italiana.

La sez. I, con parere 1 dicembre 2020, n. 1959 ha giudicato legittimo il diniego di concessione della cittadinanza italiana se il richiedente è stato condannato, con sentenza passata in giudicato, per sequestro di persona in concorso, non vantando lo straniero un diritto soggettivo all'acquisto della cittadinanza.

La Sezione – richiamando principi già espressi dal Consiglio di Stato in sede giurisdizione ha ricordato che lo straniero non ha un diritto soggettivo all'acquisto della cittadinanza, ai sensi della l. 5 febbraio 1992, n. 91. Il provvedimento di concessione della cittadinanza, ai sensi dell'art. 9, comma 1, lettera f), l. n. 91 cit., è atto squisitamente discrezionale di "alta amministrazione", condizionato all'esistenza di un interesse pubblico che con lo stesso atto si intende raggiungere e da uno "*status illesae dignitatis*" (morale e civile) di colui che lo richiede. Si tratta, in sostanza di provvedimento fondato su determinazioni che rappresentano un'esplicazione del potere sovrano dello Stato di ampliare il numero dei propri cittadini. Pertanto l'Amministrazione, dopo aver accertato l'esistenza dei presupposti per proporre la domanda di cittadinanza, effettua una valutazione ampiamente discrezionale, che non può che tradursi in un apprezzamento di opportunità, circa lo stabile inserimento dello straniero nella comunità nazionale, sulle ragioni che inducono lo straniero a chiedere la nazionalità italiana e riguardo alle sue possibilità di rispettare i doveri che derivano dall'appartenenza alla comunità nazionale; di conseguenza, nel procedimento conseguente alla richiesta di concessione della cittadinanza assumono rilievo tutti gli aspetti da cui è possibile desumere l'integrazione del richiedente nella comunità nazionale, quali l'assenza di precedenti penali, l'irreprensibilità della condotta, una pur limitata capacità economico e patrimoniale da cui si possa presumere che egli sia in grado di adempiere ai doveri di solidarietà economica e sociale richiesti a tutti i cittadini, le condizioni familiari. Discende da quanto sopra, che la valutazione discrezionale attribuita all'Amministrazione può essere sindacata in sede giurisdizionale nei ristretti ambiti del controllo estrinseco e formale e non può spingersi al di là della verifica della ricorrenza di un sufficiente supporto istruttorio, della veridicità dei fatti posti a fondamento della decisione e dell'esistenza di una giustificazione motivazionale che appaia logica, coerente e ragionevole. Alla luce delle richiamate coordinate interpretative, non può ritenersi irragionevole o incompleta la valutazione compiuta dall'Amministrazione che ha ritenuto ostativa la sentenza di condanna dell'interessato per il reato di cui agli artt. 605 e 110 c.p. (sequestro di persona in concorso).

8. Contratti della Pubblica amministrazione.

8.1. Regolamento recante le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici (*e-procurement*).

La Sezione consultiva per gli atti normativi, con parere 26 novembre 2020, n. 1940 si è pronunciato sullo schema di regolamento del Ministro per la pubblica amministrazione, recante le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici (*e-procurement*), con la c.d. "reingegnerizzazione" in chiave digitale delle fasi di acquisto e negoziazione e l'individuazione delle caratteristiche tecniche generali dei sistemi - indicati appunto come "sistemi telematici" - che ne costituiscono il supporto telematico (1).

Il parere ha ricordato che la digitalizzazione degli appalti pubblici è una delle principali direttrici delle politiche economiche della Commissione europea e che, già alla fine del 2011, la Commissione ha proposto di rendere obbligatorie le fasi di pubblicazione elettronica (*e-notification*), di accesso elettronico ai documenti di gara (*e-access*) e di presentazione elettronica delle offerte (*e-submission*).
L'amministrazione riferente ha ricordato altresì che successivamente la Commissione è intervenuta in un'altra fase del processo di acquisto attraverso la digitalizzazione della fatturazione (*e-invoicing*), al fine di sfruttare i vantaggi degli appalti elettronici e procedere alla modernizzazione del quadro giuridico degli appalti pubblici.
Anche attraverso l'introduzione del pagamento elettronico, poi, si è perseguito l'obiettivo di realizzare per via elettronica l'intero ciclo dell'appalto, ossia dalla pubblicazione del bando fino al pagamento elettronico. Tutto ciò in considerazione del fatto che gli appalti elettronici costituiscono uno dei fattori che contribuiscono alle finalità di crescita sostenibile della strategia Europa 2020 e alla realizzazione di un unico mercato digitale.
Sul versante nazionale, tali obiettivi sono stati inseriti dalle autorità italiane tra le azioni del Piano d'azione nazionale "Appalti pubblici", allegato all'Accordo di partenariato italiano 2014-2020, in ragione della centralità che il settore degli appalti pubblici riveste nel contesto dei fondi strutturali e d'investimento europei per il perseguimento di un pieno ed efficace coordinamento tra la politica del mercato interno e la politica di coesione territoriale.
In questo contesto, l'art. 44, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) prevede, secondo gli obiettivi primari di semplificazione ed efficacia che caratterizzano le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/ 25/UE, l'introduzione delle nuove tecnologie digitali nei processi di acquisto della pubblica amministrazione. In considerazione di tale quadro economico e normativo, gli Uffici del Ministro per la pubblica amministrazione hanno provveduto a elaborare uno schema di decreto che identifica i principi generali che sottendono alla digitalizzazione dei processi di acquisto della PA, effettuando in particolare la c.d. "reingegnerizzazione" in chiave digitale delle fasi di acquisto e negoziazione e individuando le caratteristiche tecniche generali dei sistemi - indicati appunto come "sistemi telematici" - che ne costituiscono il supporto telematico.
Il Consiglio di Stato ha reso il proprio parere, formulando, in via generale, l'invito a rivedere integralmente lo schema di regolamento in esame, per renderlo conforme alle linee guida stabilite con la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 2 maggio 2001.
In particolare, con riferimento alla fase dell'apertura e valutazione delle offerte tecniche, nonché all'apertura e valutazione delle offerte economiche, ha chiarito che il regolamento in esame ha una applicazione generalizzata, come tale estesa sia alle procedure di affidamento aggiudicate con il criterio del prezzo più basso sia a quelle aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95 del Codice dei contratti pubblici.
Ha ricordato il parere che qualora l'aggiudicazione avvenga con il criterio del prezzo più basso, si dovrà fare esclusivo riferimento alle offerte economiche presentate e ai relativi ribassi d'asta, con aggiudicazione automatica in favore del partecipante che, dopo la fase

eventuale di individuazione e verifica delle offerte anomale di cui all'art. 97 del Codice, abbia offerto il maggiore ribasso. Diversamente invece, nel caso di aggiudicazione col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione giudicatrice, ai sensi dell'art. 77 del Codice dei contratti pubblici, dovrà procedere alla valutazione, secondo i criteri prefissati dal bando o dal capitolato speciale d'appalto (*lex specialis*), sia delle offerte tecniche sia delle offerte economiche, con l'assegnazione alle prime e alle seconde del relativo punteggio, esercitando un proprio potere tecnico discrezionale nella valutazione della componente tecnica, così come riconosciuto da consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato.
Conseguentemente, nelle procedure di affidamento aggiudicate col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione giudicatrice deve rimanere, ai sensi del predetto articolo 77 del Codice, il solo organo deputato alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche ed all'assegnazione dei relativi punteggi, potendosi demandare al sistema telematico unicamente lo svolgimento di compiti prettamente aritmetici, come ad esempio il calcolo del punteggio totale assegnato al singolo partecipante e purché rimanga sempre escluso che il sistema telematico possa sostituirsi alla commissione giudicatrice nell'esercizio del suo potere tecnico-discrezionale. In tal senso, risulta del tutto inammissibile se volto a conferire al sistema una qualche "autonomia decisionale" o uno spazio tecnico-discrezionale che devono invece essere riservati agli organi della stazione appaltante. Nelle sole procedure di affidamento aggiudicate secondo il criterio del prezzo più basso – ove possono essere eseguite in modo automatizzato, senza esercizio di potere discrezionale da parte del seggio di gara, sia la determinazione della soglia di anomalia dell'offerta economica sia l'elencazione dei ribassi d'asta (dal minore al maggiore) – meglio potranno essere sfruttate le potenzialità del sistema telematico, rimanendo sempre fermamente escluso che quest'ultimo possa sostituirsi nella verifica delle offerte sospettate di anomalia.
Occorre, inoltre, considerare che l'attuale formulazione del regolamento non valorizza il dato normativo che impone la pubblicità delle sedute al momento dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa, al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche (solo per constatare il contenuto), nonché, dopo la valutazione dell'offerta tecnica, al momento dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica. La fase di valutazione delle offerte tecniche, invece, deve avvenire in seduta riservata.
Ciò premesso, è dunque necessario garantire espressamente che l'utilizzo del sistema telematico non comprometta o pregiudichi la normativa primaria di svolgimento della procedura di evidenza pubblica, non si appropri di spazi di discrezionalità tecnica riconosciuti agli organi della stazione appaltante, assicuri il rispetto delle regole di riservatezza delle sedute non pubbliche della commissione giudicatrice e l'osservanza di quelle relative all'accesso agli atti di gara, ai sensi dell'art. 53 del Codice dei contratti pubblici.
Alla luce di quanto chiarito la Sezione ha ritenuto necessaria l'integrale riscrittura dei relativi articoli.

8.2. Schema di contratto *standard* in tema di partenariato pubblico-privato.

La sez. I ha reso il parere sez. I, 28 aprile 2020, n. 823 sullo schema di contratto *standard* in tema di partenariato pubblico-privato.
Nel trasmettere lo schema di contratto il Ministero dell'economia e delle finanze ha chiarito che la predisposizione di misure idonee a strutturare correttamente le operazioni di partenariato pubblico-privato per governarne gli impatti sui saldi di finanza pubblica, in coerenza con l'attuazione degli obiettivi di sviluppo degli investimenti delineati nella legge di bilancio per il triennio 2019 – 2021 e in linea con le *best practices* europee e in ottemperanza alle numerose raccomandazioni e indicazioni fornite da Eurostat al Governo italiano nell'ultimo quinquennio, e in particolare nel 2018, costituisce una delle priorità per il 2020 dell'indirizzo politico espresso dal Ministro dell'economia e delle finanze, atteso che il rilancio degli investimenti in infrastrutture attraverso moduli collaborativi pubblico e privato rappresenta ormai anche in Italia un obiettivo determinante a sostegno della crescita e della competitività.
Ha ancora sottolineato il Ministero richiedente che l'allocazione dei rischi in capo all'operatore economico, in linea con la conformazione tipica del regolamento negoziale propria del contratto di partenariato, come prevista nel Titolo I della Parte IV del nuovo Codice dei contratti, "esclude l'operazione tra quelle di indebitamento puro", di talché "L'indagine sulla allocazione dei rischi, così come prescritta da Eurostat, risulta pertanto propedeutica ai fini della esatta collocazione del contratto nell'ambito delle fattispecie previste dall'ordinamento giuridico e con riferimento alle quali sono state dettate precise regole di contabilizzazione".
Il Ministero ha dunque ribadito la centralità del profilo del corretto e consapevole trattamento contabile e statistico delle operazioni di partenariato, rispetto al quale il testo elaborato ha fatto ampio riferimento alle indicazioni fornite da Eurostat, nonché alle osservazioni formulate da EPEC e da Cassa Depositi e Prestiti in ordine ai profili di bancabilità delle operazioni.
Il Ministero ha dunque concluso la descrizione di carattere generale del documento trasmesso evidenziando nuovamente come "Lo schema di contratto *standard* può rappresentare una efficace guida per la predisposizione di contratti di partenariato pubblico privato costruiti in ragione di una corretta allocazione dei rischi tra le parti negoziali ai fini, sotto il profilo giuridico, di qualificare l'operazione di partenariato come una concessione e non come un appalto; sotto il profilo economico, di conseguire un corretto *value for money*; e sotto il profilo contabile e statistico, di consentire la classificazione dell'operazione off balance e di contabilizzare quindi il valore totale della stessa operazione (parte pubblica e parte privata) sul bilancio dell'ente concedente come non generativa di nuovo debito e di nuovo deficit con effetti positivi per la finanza pubblica".
La Sezione, prima di esaminare lo schema di contratto, ha premesso brevi cenni sul partenariato pubblico-privato.
Il partenariato pubblico-privato non rinviene nelle fonti del diritto eurounitario una definizione ed una regolamentazione completa.
I principi cardine del partenariato pubblico-privato sono infatti stati riconosciuti dalla Commissione Europea a partire dal Libro verde del 30 aprile 2004 relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni. Quest'ultimo

individua nella realizzazione di forme di cooperazione volte a garantire "il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio" la ragione ispiratrice dell'istituto. Fra i tratti comuni alle diverse strategie negoziali nelle quali si esprime il partenariato pubblico-privato, la Commissione annovera: la lunga durata del rapporto instaurato tra i partner pubblici e privati; il finanziamento del progetto a carico dell'operatore privato; la partecipazione di quest'ultimo a tutte le fasi di sviluppo del progetto; l'allocazione dei rischi "in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi".
Il Libro verde precisa inoltre che gli Stati membri tendono a ricorrere a siffatte operazioni per l'esecuzione di infrastrutture; la cooperazione tra il pubblico e il privato consente infatti di assicurare la percezione di vantaggi microeconomici mediante il compimento di opere connotate da un miglior rapporto qualità/prezzo.
Sono individuati, inoltre, due distinti modelli di partenariato pubblico-privato: quello contrattuale, basato su legami prettamente contrattuali tra le parti; quello istituzionalizzato, il quale si contraddistingue per la costituzione di un distinto soggetto giuridico ovvero per la privatizzazione di un'impresa pubblica preesistente.
Nella sua articolazione contrattuale, lo strumento concessorio costituisce la più diffusa tecnica di cooperazione fra il settore pubblico e quello privato. Tuttavia, quanto meno dopo l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, il partenariato pubblico privato può articolarsi anche in altri schemi contrattuali, quali la finanza di progetto, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità.
Le operazioni di partenariato istituzionalizzato sono invece prevalentemente realizzate mediante la partecipazione dei soggetti pubblici e privati a società miste destinate alla prestazione di pubblici servizi.
Quanto alla disciplina nazionale, la Sezione ha ricordato che l'ordinamento interno perviene ad una prima individuazione normativa di partenariato pubblico-privato con l'art. 3, comma 15-ter del previgente d.lgs. n. 163 del 2006 (nella formulazione introdotta dal terzo decreto correttivo di cui al d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152). Secondo tale disposizione, "ai fini del presente codice, i contratti di partenariato pubblico privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi".
In tal modo il Codice del 2006, da un lato, rinunciava a specificare gli elementi della categoria contrattuale e a indicarne il regime giuridico, dall'altro, individuava un *genus* di "contratti di partenariato pubblico-privato" caratterizzati dall'oggetto, rispetto alle varie

species specificamente indicate all'interno della disposizione (la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria etc.), come si evince chiaramente dalla locuzione "a titolo esemplificativo" contenuta nella disposizione appena citata.
Con la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, all'art. 1, comma 1, lett. ss), è stata indicata la necessità di "razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici ed il supporto tecnico alle stazioni appaltanti, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti", mentre alla lett. tt) si sottolineava l'esigenza «di agevolare e ridurre i tempi delle procedure di partenariato pubblico privato, previsione espressa, previa indicazione dell'amministrazione competente, delle modalità e delle tempistiche per addivenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria derivante dalla verifica dei livelli di bancabilità, garantendo altresì l'acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione".
All'esito dell'esercizio di tale delega il nuovo Codice del 2016, all'art. 3, comma 1, lett. eee), ha definito il contratto di partenariato pubblico-privato come il "contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore".
Sotto altro aspetto, l'art. 180, comma 8, del nuovo Codice ha previsto che nella tipologia dei contratti di partenariato pubblico-privato rientrano (anche) "la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti".
Alla regolamentazione del modello negoziale provvede la parte IV del nuovo Codice dei contratti pubblici, la quale, per un verso, ha disciplinato i rapporti tra remunerazione delle prestazioni e rischio operativo, le procedure di affidamento e le modalità di finanziamento dei contratti di partenariato; per altro verso, enuclea alcuni degli strumenti applicativi nei quali concretamente si articola tale paradigma di collaborazione tra Pubblica amministrazione e soggetti privati nella realizzazione e gestione di opere e servizi di pubblico interesse.
In specie, l'art. 180 ha precisato che i ricavi dell'operatore economico possano derivare tanto da canoni corrisposti dall'ente concedente, quanto da altre forme di contropartite economiche, ivi inclusi gli introiti prodotti dalla gestione di servizi ad utenza esterna (comma 2). Il successivo comma 3 dispone peraltro che, per effetto della stipulazione

di un accordo di partenariato, gravano sull'affidatario non soltanto i rischi di costruzione, ma anche quelli connessi alla disponibilità o alla domanda dei servizi resi. L'assetto d'interessi definito dalle parti deve inoltre preventivamente determinare dei criteri di adeguamento della remunerazione all'"effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera", al "volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda", nonché, in generale, al "rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati". Il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario dell'operazione può inoltre giustificare, ai sensi del comma 6, l'erogazione al soggetto privato di un contributo pubblico, purché la misura di quest'ultimo non ecceda il quarantanove per cento dell'investimento complessivo.
In ragione dei guadagni potenzialmente percepibili dal *partner* privato nello svolgimento del progetto di collaborazione, l'art. 181 ha rinvenuto nelle norme in materia di evidenza pubblica il parametro di regolamentazione delle procedure di scelta del contraente (comma 1). Oltre a prevedere che la base di gara sia costituita dalla predisposizione di un progetto definitivo, di uno schema di contratto e di piano economico finanziario (comma 2), la norma da ultimo citata richiede inoltre, ai sensi del comma 3, una preliminare indagine circa le condizioni di mercato nel quale si iscrive l'operazione economica, anche in relazione alle utilità astrattamente derivanti dallo svolgimento di normali procedure di appalto. La "permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti" costituisce invece uno dei principali criteri ai quali le modalità di monitoraggio dell'attività dell'operatore economico devono ispirarsi (comma 4).
La Sezione si è poi soffermata sulla natura giuridica del partenariato pubblico-privato contrattuale.
Ha ricordato che il Consiglio di Stato, con parere della Commissione speciale n. 855 del 21 marzo 2016 reso sullo schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", ha già avuto modo di osservare come le previsioni del Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione "recano un archetipo generale del partenariato pubblico privato contrattuale …di cui sono concreta declinazione la finanza di progetto, la locazione finanziaria di opere pubbliche, la concessione di costruzione e gestione, il contratto di disponibilità, nonché le figure di minor rilievo economico, ma di sicuro impatto sociale, del baratto amministrativo e degli interventi di sussidiarietà orizzontale quali forme di partenariato sociale. Si introduce così una disciplina quadro valevole, oltre che per le figure tipizzate, anche per figure atipiche, definite, nel comma 8 come "qualunque altra procedura di realizzazione di partenariato in materia di opere o servizi che presentino le caratteristiche" descritte nell'art. 180".
Con il successivo parere della Commissione speciale n. 755 del 29 marzo 2017 (reso sullo schema di linee guida recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico-privato") questo Consiglio di Stato ha poi considerato che: l'espressione partenariato pubblico-privato indica un complesso fenomeno giuridico, di matrice europea, caratterizzato da una sostanziale equiordinazione tra soggetti pubblici e soggetti privati per la realizzazione di un'attività volta al conseguimento di interessi pubblici, in cui ai primi (soggetti pubblici) è attribuito il compito di individuare/selezionare gli interessi pubblici da tutelare e garantire, nonché lo strumento economico/giuridico/finanziario più adeguato per

poterli conseguire, oltre che la vigilanza e il controllo sul loro effettivo raggiungimento, mentre ai secondi - i soggetti privati, che mettono a disposizione dell'amministrazione pubblica, le proprie capacità finanziarie e il proprio complessivo *know how* - è riconosciuto il diritto di ritrarre utilità, mediante la disponibilità o lo sfruttamento economico dell'opera, attraverso le ordinarie fasi della sua realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione; il partenariato pubblico-privato costituisce un fenomeno economico–finanziario che trova disciplina giuridica nel relativo contratto di partenariato, qualificabile come contratto atipico, in cui le parti fissano nel modo ritenuto più idoneo e adeguato l'assetto dei propri rispettivi interessi in funzione del conseguimento dell'interesse pubblico individuato esclusivamente dalla parte pubblica; il partenariato pubblico-privato si delinea come un *genus* contrattuale riferibile a più modelli specifici, tra cui "rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere e servizi che presentano le caratteristiche di cui ai commi precedenti (art. 180, comma 8)".
Il parere ha quindi ribadito tali considerazioni, rilevando che l'espressione "partenariato pubblico-privato" non pare integrare una categoria giuridica in senso proprio - neanche dopo il nuovo Codice del 2016 – ma, secondo attenta dottrina, sarebbe nozione meramente descrittiva di istituti giuridici caratterizzati da alcuni elementi comuni.
In sostanza si tratta di un modulo procedimentale, disciplinato dal Codice dei contratti pubblici, volto alla realizzazione degli interessi pubblici, che si avvale della collaborazione tra privati e amministrazioni e che si articola in schemi contrattuali tipici e atipici. Lo scopo è quello di individuare finanziamenti alternativi a quelli tradizionali attraverso un rapporto di lunga durata e una corretta allocazione del rischio in capo ai privati, secondo le modalità individuate nel contratto.
Già nel parere n. 755 del 2017, il Consiglio di Stato ha sottolineato che il partenariato pubblico-privato è uno strumento di cooperazione per la effettiva ed efficace realizzazione degli interessi pubblici, che non solo si presenta come attuativo del principio di solidarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost., ma che costituisce concretamente anche un rimedio significativo per il superamento di crisi finanziarie e dei vincoli posti alla spesa pubblica; esso risulta altresì tendenzialmente idoneo a promuovere un significativo rinnovamento della pubblica amministrazione attraverso l'acquisizione di specifiche conoscenze tecniche e scientifiche, proprie delle realtà private, capaci di fornire nuovi e innovativi strumenti per rendere l'azione amministrativa sempre maggiormente coerente con i principi di imparzialità e buon andamento predicati dall'art. 97 Cost..
Ad avviso della Sezione quanto chiarito dimostra che tale modulo organizzatorio – in particolar modo nell'attuale periodo di grave crisi economica e finanziaria del Paese - se ben utilizzato può costituire un volano per la ripresa economica, soprattutto se assistito da un costante dialogo tra Stato, Regioni e enti locali, poiché idoneo ad assicurare l'utilizzo di risorse private nel settore pubblico con conseguentemente allentamento delle restrizioni di bilancio.

Il parere si è poi soffermato sulle altre tipologie di partenariato pubblico-privato, quali la finanza di progetto, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità e l'affidamento a contraente generale.
Dall'art. 180, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 si ricava che le forme di collaborazione fra la pubblica Amministrazione e i soggetti privati nello svolgimento di attività d'interesse generale non si esauriscono nell'affidamento di concessioni di lavori o di servizi ma rinvengono nella prassi una molteplicità di manifestazioni applicative. Come detto, infatti, il partenariato pubblico-privato, piuttosto che configurare un tipo contrattuale autonomo, può essere qualificato come un modulo procedimentale comprensivo di fattispecie distinte, ciascuna delle quali condivide la comune preordinazione alla gestione imprenditoriale di un'operazione economicamente complessa.
Nell'ambito di tali tecniche negoziali la finanza di progetto (c.d. *project financing*), disciplinata dagli artt. 183-186, d.lgs. n. 50 del 2016, costituisce una delle modalità di realizzazione e gestione di un'opera di pubblico interesse fondata sulla predisposizione del progetto preliminare e del piano economico da parte di un promotore privato, il quale, per il tramite del coinvolgimento di soggetti finanziatori, assume a proprio carico gli oneri derivanti dai costi di esecuzione. Al pari del modello concessorio, i ricavi potenzialmente percepibili dal promotore discendono dal conseguimento del diritto di gestione dell'opera realizzata. Al bando di gara è inoltre affidata la disciplina della costituzione di "società di progetto" fra i soggetti privati che abbiano partecipato all'operazione.
Lo scopo di finanziamento costitutivo della tecnica negoziale sottostante al *project financing* può parimenti riscontrarsi nella locazione finanziaria immobiliare (art. 187 del Codice dei contratti pubblici), consistente nel godimento da parte della stazione appaltante di un'opera la cui realizzazione è previamente affidata ad un imprenditore privato. In tale ipotesi i costi di esecuzione dei lavori, le spese di gestione ed il prezzo di erogazione del credito sono remunerati dalla corresponsione di un canone periodico a carico della Pubblica amministrazione, la quale, nel valutare gli strumenti di gestione delle proprie carenze finanziarie, è tenuta ad un puntuale esame delle opzioni di investimento alternative.
Passando al contratto di disponibilità, va evidenziato che il rischio ed i costi operativi sono sostenuti dal partner privato non soltanto per la realizzazione di un'opera destinata all'esercizio di un pubblico servizio ma anche per garantire la "costante fruibilità" della medesima (art. 3, lett. hhh). Peraltro, la permanenza dell'opera nella proprietà dell'affidatario assicura, per un verso, l'esecuzione di opere funzionali al soddisfacimento degli scopi d'interesse pubblico cui l'Amministrazione è istituzionalmente preposta; per altro verso, la trasposizione a carico del privato dei soli rischi di costruzione e di disponibilità, con esclusione di quelli gestori comunemente ascrivibili alle operazioni di concessione. Le forme di remunerazione della «messa a disposizione» sono infatti di volta in volta individuate (art. 188) nel pagamento di canoni di disponibilità, di contributi in corso d'opera ovvero, per il caso del riscatto dell'opera da parte del committente, di un prezzo di trasferimento.

Al titolo III della Parte IV del Codice dei contratti pubblici è infine stabilita la disciplina dell'affidamento a contraente generale (c.d. *general contractor*), delle cui capacità organizzative e finanziarie l'Amministrazione si serve per realizzare opere conformi al progetto definitivo posto a base di gara (art. 194). La specialità della fattispecie può rinvenirsi nell'estensione dei compiti affidati al contraente generale, il quale, oltre all'esecuzione dei lavori, assume gli oneri connessi alla predisposizione del progetto esecutivo, al prefinanziamento totale o parziale dell'opera, nonché all'esercizio della potestà di apprensione delle aree. A differenza del contratto di concessione, siffatta modalità di affidamento non implica il trasferimento in capo all'aggiudicatario del rischio operativo, in ragione dell'obbligo di pagamento di un corrispettivo gravante sull'Amministrazione a seguito dell'ultimazione dei lavori. L'esercizio di prerogative tipicamente pubblicistiche da parte del contraente generale consente dunque di riconoscere nell'istituto una delle principali manifestazioni applicative della collaborazione tra la pubblica Amministrazione e gli operatori privati nello svolgimento di attività d'interesse generale.
Il parere si è poi soffermato sulla effettiva collocazione dell'istituto della concessione e sul suo rapporto con il partenariato pubblico-privato.
La concessione – pur essendo disciplinata nella parte III del Codice - è attratta nel *genus* del partenariato pubblico-privato (come facilmente ricavabile dall'art. 180, comma 8, Codice) e, in particolare, in quello di tipo contrattuale, in quanto caratterizzata dal coinvolgimento del privato nella gestione dell'opera o del servizio, con l'obiettivo del soddisfacimento di un interesse pubblico predeterminato.
In questa figura, come è noto, la ripartizione del rischio tra le parti costituisce l'elemento discriminante tra la concessione e l'appalto pubblico.
Secondo la giurisprudenza dalla Corte di Giustizia (15 ottobre 2009, in C-196/08), difatti "la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi …. Un appalto pubblico di servizi ai sensi delle direttive 2004/18 e 2004/17 comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi …. Si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione".
In merito è stato poi considerato – e va qui ribadito - che "la caratteristica precipua delle concessioni, idonea a differenziarle dagli appalti, è data proprio dall'assunzione di un rischio, che va ben al di là, ed è qualitativamente differente, da quello sopportato da un normale appaltatore. In mancanza, dunque, del trasferimento del rischio "operativo", come ricorda la Corte di Giustizia UE, il contratto dovrebbe essere definito come di appalto, almeno per quel che concerne la fase di aggiudicazione, ma non mancano, come è noto, delicate questioni interpretative, non solo sotto l'aspetto qualitativo, in ordine a tale trasferimento.
Sotto il profilo qualitativo, la direttiva precisa che deve trattarsi di un rischio "sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi" (art. 5, n. 1, comma 2). Ed il considerando n. 20 precisa ulteriormente che tale rischio "dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti". Il che se è conciliabile con il rischio della domanda, che

dipende da comportamenti di soggetti terzi (fruitori del servizio), lo è di meno con il rischio dell'offerta, dato che la medesima è resa dallo stesso concessionario. Sicché deve ritenersi che in tal caso le componenti del rischio riguardino essenzialmente elementi che sono al di fuori del controllo dell'operatore privato, come l'andamento dei costi (anche finanziari) che dipendono puramente dalle oscillazioni del mercato, e quindi, come tali, sono estranei al dominio delle parti. Di particolare interesse, anche nell'ambito del rischio dell'offerta, è il c.d. rischio di disponibilità, tipico delle concessioni associate alle opere c.d. fredde (ed ai relativi servizi, avvinti dalla stessa logica) – ovvero le opere che sono prive della capacità di generare reddito attraverso la fruizione da parte dei terzi – e che, risultando legato alla capacità da parte del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità, dovrebbe legarsi alla performance dello stesso concessionario. L'applicazione del modello concessorio alle c.d. opere fredde (il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi all'amministrazione traendo la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa: per es. nei casi di carceri o ospedali) ha destato perplessità, dato che l'ambito naturale dell'istituto è certamente costituito dalle c.d. opere calde, ovvero da quelle dotate di intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi di utenza (modello autostrade, gas, parcheggi), ovvero, al più, da quelle c.d. tiepide, categoria intermedia per la quale, non essendo sufficienti i ricavi di utenza a ripianare interamente le risorse impiegate, risulta necessario un contributo pubblico per la fattibilità finanziaria (impianti sportivi e, per i servizi, trasporto pubblico locale). Tuttavia, non vi sono elementi per affermare che, in base alla direttiva, il modello della concessione non si applichi anche alle opere fredde (ed ai servizi dello stesso tipo), per le quali, a differenza delle opere calde (dove viene prevalentemente in rilievo il rischio della domanda, e dunque il rischio sul versante dei ricavi, come nel caso dell'esempio — non infrequente - della sovrastima dei flussi di traffico da parte di concessionari autostradali), viene in rilievo prevalentemente il rischio dell'offerta e, quindi, anzitutto quello sul versante dei costi (cfr., al riguardo, anche l'art. 165 del Codice).

Dal punto di vista quantitativo, e quindi dell'entità del rischio operativo, la direttiva 23 lascia margini ai legislatori nazionali e pone dei limiti, essenzialmente in termini negativi, ammettendo che una parte del rischio possa rimanere a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e risultando esclusi espressamente solo i casi in cui il rischio sia eliminato del tutto (considerando nn. 18 e 19).

In definitiva la "componente rischio" deve essere effettivamente sussistente, ancorché proporzionalmente ridotta, come emerge dal recepimento nazionale recato dall'art. 165, comma 2, secondo cui "l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al cinquanta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari" (Cons. Stato, Comm. spec. n. 855 del 2016).

Giova anche rammentare quanto ritenuto dal parere della Commissione speciale n. 775/2017, sopra citato, secondo cui "L'art. 180, comma 3, in particolare individua tre tipi di rischio: il rischio di costruzione; il rischio di disponibilità e, nei casi di attività

redditizia, il rischio di domanda dei servizi resi; […]. Malgrado tale ultima previsione possa prestarsi ad una diversa interpretazione, deve ammettersi che l'elencazione dei rischi sopra ricordati (cui per completezza deve aggiungersi il rischio operativo concernente in special modo le concessioni, come definito dall'art. 3, comma 1, lett. zz) […] debba considerarsi tassativa, anche in omaggio al principio di legalità, fermo restando tuttavia la possibilità all'interno di tali tipi di rischi di procedere ad una loro ulteriore specificazione, quale espressione della volontà contrattuale delle parti, per rendere cioè la disciplina contrattuale del partenariato coerente e adeguata con la fattispecie concreta (e con l'interesse pubblico concreto da perseguire) in pieno accordo con la natura atipica del contratto di partenariato, precedentemente delineata.".
L'essenzialità dell'elemento del rischio si rinviene anche sotto un profilo più squisitamente tecnico-contabile. È noto, difatti, che secondo la decisione dell'Ufficio statistico europeo (Eurostat) dell' 11 febbraio 2004 (Treatment of public-private partnership), riguardante il trattamento contabile nei conti nazionali dei contratti sottoscritti dalla Pubblica Amministrazione nel quadro di partenariati con imprese private, i beni (*asset*) oggetto di tali operazioni non vengano registrati nello stato patrimoniale delle pubbliche amministrazioni, ai fini del calcolo dell'indebitamento netto e del debito secondo le definizioni del regolamento europeo SEC, solo se c'è un sostanziale trasferimento di rischio dalla parte pubblica alla parte privata. Ciò avviene nel caso in cui si verifichino contemporaneamente le seguenti due condizioni: il soggetto privato assume il rischio di costruzione; il soggetto privato assume almeno uno dei due rischi: di disponibilità o di domanda (v. da ultimo, Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri 10 luglio 2019).
Sotto tale profilo va anche segnalato quanto ha ritenuto la Corte dei conti, secondo cui "Se … i rischi contrattuali sono correttamente allocati in capo all'operatore economico privato, in aderenza alle decisioni Eurostat … richiamate dall'art. 3, comma 1, lett. eee), d.lgs. n. 50 del 2016, l'operazione non va qualificata in termini di indebitamento (*rectius*, debito) per la PA committente, ma ritenuta, come detto in gergo, "*off balance*". Al contrario, nel caso in cui la locazione finanziaria di opere pubbliche, come altro contratto di PPP, mascheri l'assunzione di debito per la PA committente, in quanto i rischi sono allocati prevalentemente su quest'ultima (in virtù di garanzie, clausole di indicizzazione dei prezzi, mancata decurtazione del canone in assenza del godimento del bene, adeguamento del corrispettivo di riscatto in caso di incremento dei costi di costruzione, etc.), allora il contratto viene considerato fonte di debito per la PA (e, come tale, va contabilizzato *on balance*)" (da ultimo, Corte conti, sez. contr. Lombardia, 24 settembre 2019, n. 359).

9. Beni culturali.
Tanti i pareri di interesse resi dalla Sezione prima in materia di beni culturali.

9.1. Dichiarazione di interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico.

La sez. I, con parere 9 dicembre 2020, n. 1999 ha affermato che lo stato di parziale distruzione o di cattiva manutenzione o conservazione di un bene non osta alla dichiarazione di interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante, restando rimesso all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione preposta all'imposizione e gestione del vincolo la valutazione dell'idoneità delle rimanenze ad esprimere il valore che si intende tutelare.
Ha premesso che il potere di valutazione riconosciuto all'Amministrazione in ordine all'apposizione del vincolo di tutela (paesaggistico, monumentale, archeologico …) è espressione di discrezionalità particolarmente lata della Pubblica amministrazione, perché implica l'applicazione di cognizioni tecnico-scientifiche specialistiche caratterizzate da ampi margini di opinabilità, sulla quale non è ammesso un sindacato di merito del giudice, ma solo l'esame di eventuali vizi di legittimità. La discrezionalità è sindacabile esclusivamente sotto il profilo della illogicità, irragionevolezza e abnormità delle determinazioni assunte. Infatti, per il principio di separazione dei poteri, il giudice amministrativo non può sostituire le proprie valutazioni a quelle di merito della pubblica amministrazione.
Resta dunque rimesso all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione preposta all'imposizione e gestione del vincolo la valutazione dell'idoneità delle rimanenze ad esprimere il valore che si intende tutelare, potendo anche un manufatto in condizioni di degrado costituire oggetto di tutela storico-artistica, sia per i valori che ancora presenta, sia per evitarne l'ulteriore degrado.
Ha infine chiarito il parere che il ricorso a criteri di valutazione tecnica, in qualsiasi campo, non offre sempre risposte univoche, ma costituisce un apprezzamento non privo di un certo grado di opinabilità; il sindacato del giudice amministrativo, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è limitato al riscontro del vizio di illegittimità per violazione delle regole procedurali e di quello di eccesso di potere per manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà ovvero se fondato su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti.

9.2. Limiti al sindacato della verifica dell'interesse culturale dei beni ai fini del vincolo di tutela.

Con parere 30 novembre 2020, n. 1958 la sez. I ha affermato che la verifica, rimessa all'amministrazione competente, dell'interesse culturale dei beni ai fini del vincolo di tutela è espressione di discrezionalità tecnica ed è pertanto censurabile solo per manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà ovvero se fondata su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti.
Ha ricordato che la giurisprudenza amministrativa, chiamata ad esprimersi in ordine al potere dell'amministrazione di valutare l'interesse culturale dei beni ai fini del vincolo di tutela (paesaggistico, monumentale, archeologico ecc. …), ha avuto modo di affermare che detto potere è espressione di ampia discrezionalità tecnico-specialistica; ed è pertanto tendenzialmente insindacabile innanzi dal giudice amministrativo, se non per eccesso di potere per intrinseca illogicità o travisamento dei fatti indotto da uno o più

errori obiettivamente rilevabili, quali gli errori di calcolo (matematico, topografico, antropometrico) e/o gli errori nell'applicazione di regole mutuate da scienze esatte (matematica, geometria, geologia, biologia, chimica, fisica, ecc.) o di regole sulle quali si basano discipline applicative di queste ultime. La valutazione che compie l'Autorità in ordine al valore culturale del bene da sottoporre a tutela è, dunque, una valutazione discrezionale, si tratta, in particolare, della discrezionalità tecnica sulla quale è utile fare qualche breve cenno.

Dottrina e giurisprudenza hanno da qualche tempo stabilito che con tale concetto s'intende fare riferimento al tipo di valutazione che viene posta in essere dalla pubblica amministrazione quando l'esame di fatti o situazioni deve essere effettuato mediante ricorso a cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico. L'amministrazione è chiamata, infatti, molto spesso all'applicazione di regole che non appartengono al diritto, ma che sono proprie di scienze tecniche, quali ad esempio la medicina, la biologia, la fisica, l'ingegneria. Il rapporto tra la norma giuridica e la disciplina scientifica si instaura, normalmente, attraverso un rinvio che la disposizione di legge compie alla norma tecnica e, molto spesso, a concetti giuridici indeterminati. Dall'applicazione della norma scientifica al caso di specie dipende l'adozione di un provvedimento amministrativo che può essere vincolato o discrezionale. In alcuni casi, la valutazione tecnica è suscettibile di un controllo mediante regole scientifiche esatte e non opinabili (la gradazione alcolica di una bevanda o la quantità di stupefacente presente in una sostanza); altre volte, le regole tecniche sono frutto di scienze inesatte e, dunque, in essa emergono valutazioni opinabili (es. valutazione di un bene come bellezza paesistica).

Si parla di discrezionalità proprio per indicare che tali giudizi, ancorché compiuti alla stregua di regole della scienza e della tecnica, restano opinabili, ciò in quanto l'applicazione della norma tecnica non determina un risultato univoco, posto che molte discipline tecniche e scientifiche non sono scienze esatte. Occorre chiarire però che l'opinabilità del risultato è cosa diversa sia dalla discrezionalità amministrativa sia dalla scelta che afferisce al merito amministrativo, scelta quest'ultima che non può essere sindacata dal giudice amministrativo se non nelle ipotesi tassative di giurisdizione di merito previste dall'art. 134 c.p.a..

Originariamente non si distingueva tra discrezionalità amministrativa e tecnica; solo in seguito autorevole dottrina ha chiarito l'ontologica diversità della discrezionalità tecnica da quella amministrativa: quest'ultima implica una decisione che manca nella discrezionalità tecnica che è, invece, accertamento e/o valutazione di un fatto alla stregua di una regola scientifica. La discrezionalità tecnica si riferisce, infatti, al momento conoscitivo ed implica un giudizio e non una scelta, non manifestazione di volontà, che può tuttavia giungere in un momento successivo. Detto ciò, è altresì evidente che la discrezionalità tecnica sia cosa distinta dall'accertamento tecnico, che si riferisce a dati che possono essere acquisiti in modo certo e indubbio (come le misure di un fondo, la gradazione alcoolica di un liquore); in questi casi, si comprende, mancano una valutazione ed un giudizio. Quanto al sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica, occorre ricostruirne brevemente lo sviluppo. In origine la discrezionalità tecnica era equiparata al merito e, pertanto, si riteneva insindacabile; ciò rendeva particolarmente

difficile la tutela giurisdizionale in tutti quei casi in cui la scelta amministrativa era preceduta da valutazioni tecniche fondate su scienze non esatte; l'impossibilità per il giudice amministrativo di sostituire il proprio giudizio alla valutazione discrezionale aveva l'effetto di comprimere le esigenze di tutela del privato. Questo perché, all'epoca, il giudice amministrativo era considerato "giudice dell'atto" e doveva limitarsi a controllarne la legittimità, senza poter esprimere il giudizio tecnico che la legge assegnava all'Amministrazione. Successivamente, il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica venne ammesso entro i limiti del sindacato della discrezionalità amministrativa. Ancora dopo, grazie all'opera della giurisprudenza amministrativa (a partire da Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601), il sindacato giurisdizionale sugli accertamenti tecnici è stato svolto in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì attraverso la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo. Non è, quindi, l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione che ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo.
A ciò si è aggiunto il profondo mutamento che ha vissuto il processo amministrativo per effetto della l. 21 luglio 2000, n. 205, che ha introdotto, tra l'altro, la consulenza tecnica nel processo amministrativo (oggi disciplinata all'art. 63, comma 4, c.p.a.). Con questo tipo di sindacato, il giudice non si avvale solo di massime di esperienza, ma di regole e conoscenze tecniche, appartenenti alla medesima scienza specialistica ed ai modelli professionali applicati dall'Amministrazione nel caso concreto, anche attraverso l'ausilio di un consulente. Ammesso, in linea di principio, questo sindacato, detto intrinseco, si è posto il problema della sua intensità. La dottrina e la giurisprudenza amministrativa hanno così introdotto un'ulteriore distinzione sul tipo di sindacato esercitabile. Da un lato, il sindacato forte che comporta la prevalenza della valutazione tecnica sviluppata nel processo su quella effettuata dall'autorità amministrativa ed è pertanto un sindacato che può arrivare a sostituire la valutazione fatta dall'amministrazione con quella del giudice; dall'altro, il sindacato debole, diretto a censurare solo le valutazioni tecniche che appaiono inattendibili in ragione della violazione delle corrispondenti "regole tecniche"; qui il giudice deve limitarsi alla verifica della corrispondenza della valutazione alle regole tecniche, della completezza dell'istruttoria e della congruenza della motivazione, senza poter sostituire la propria valutazione tecnica a quella effettuata dalla Pubblica Amministrazione. Com'è noto, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza propende per la teoria del sindacato intrinseco debole, in cui il sindacato del giudice amministrativo non è sostitutivo. È tuttavia vero che, più di recente, la contrapposizione tra sindacato forte e sindacato debole è stata superata dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui il controllo giurisdizionale, al di là dell'ormai sclerotizzata antinomia sindacato forte/sindacato debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della Pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo, senza, cioè, poter far luogo a sostituzione di valutazioni

in presenza di interessi la cui cura è dalla legge espressamente delegata ad un certo organo amministrativo, sicché ammettere che il giudice possa auto-attribuirseli rappresenterebbe quanto meno una violazione delle competenze, se non addirittura del principio di separazione tra i poteri dello Stato. Oggi, in sintesi, posto che il ricorso a criteri di valutazione tecnica, in qualsiasi campo, non offre sempre risposte univoche, ma costituisce un apprezzamento non privo di un certo grado di opinabilità, il sindacato del giudice amministrativo, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è limitato al riscontro del vizio di illegittimità per violazione delle regole procedurali e di quello di eccesso di potere per manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà ovvero se fondato su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti.

10. Edilizia.

10.1. Ordinanza di demolizione di immobile sequestrato in sede penale.

Il C.g.a. a sezioni riunite, con parere 23 ottobre 2020, n. 277, ha affermato che l'ordinanza di demolizione che abbia per oggetto un immobile sequestrato in sede penale non è nulla, ma perfetta e valida, seppur temporaneamente priva di esecutività e, quindi, non suscettibile di esecuzione finché mantiene efficacia il sequestro.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Siciliana ha chiarito di non condividere la tesi che reputa nulla, nella sostanza per impossibilità dell'oggetto, l'ordinanza comunale a demolire un manufatto abusivo in pendenza del predetto sequestro penale. L'oggetto di un'ordinanza siffatta, anche perdurante il vincolo penale, esiste nella sua materialità e spiega per intero la sua antigiuridicità. Non si è in presenza insomma di un oggetto "impossibile". Semmai, questo sì, stante quanto sopra considerato in merito all'inesistenza di un obbligo o di un onere di collaborazione contra se con l'autorità amministrativa, per tutta la durata del sequestro l'ordinanza di demolizione non potrà essere eseguita (in assenza della collaborazione dell'interessato nei modi sopra precisati). La provvisoria mancanza dell'esecutività dell'ingiunzione a demolire non può però riverberarsi, a ritroso, sulla validità giuridica del provvedimento. In altri termini, anche qualora ricada su un immobile sequestrato in sede penale, l'ingiunzione a demolire è un provvedimento perfetto e giuridicamente valido, in quanto avente un oggetto individuato e possibile; la medesima ordinanza, invece, è carente di esecutività in ragione di un vincolo esterno rappresentato dal sequestro penale e fintanto che duri l'efficacia del sequestro. Allorquando tale efficacia venga a cessare l'esecutività dell'ordinanza di demolizione, precedentemente sospesa, si riespanderà automaticamente e l'ingiunzione potrà essere eseguita, senza alcuna necessità di un riesercizio dello specifico potere repressivo.

La riespansione dell'esecutività dell'ordinanza di demolizione in precedenza adottata, dopo la cessazione del provvedimento di sequestro, non può però conculcare il diritto del soggetto ingiunto di eseguire spontaneamente la demolizione, prestando ottemperanza al relativo ordine, entro il termine di legge. Onde tutelare questo diritto, pertanto, il Comune, una volta acquisita notizia della cessazione del sequestro, dovrà notificare

nuovamente l'ordinanza di demolizione già in precedenza adottata all'interessato, a questi concedendo un nuovo termine per l'eventuale ottemperanza.

10.2. Chiusura di verande e balconi di superficie inferiore a 50 mq. in Sicilia.

Lo stesso C.g.a. a sezioni riunite, con parere 23 ottobre 2020, n. 275 ha affermato che in Sicilia, ai sensi dell'art. 20, l. reg. 16 aprile 2003, n. 4 – norma che riveste il carattere della specialità – la chiusura di "terrazze" e di "verande", di superficie inferiore a 50 mq., non necessita di autorizzazione o di concessione purché venga rispettata la procedura dettata dalla stessa norma e purché si tratti di opera "precaria", dovendo, per individuare la precarietà, farsi riferimento ai metodi e ai materiali usati nella realizzazione delle opere, giacché esula dal citato art. 20, l. reg. n. 4 del 2003 il criterio della "funzionalità" inerente la natura duratura o meno delle esigenze che le opere sono destinate a soddisfare. Data la premessa, ne consegue che deve escludersi che rientrino nella nozione di precarietà le strutture in muratura o in laterizi o comunque ancorate definitivamente mediante l'uso di leganti cementizi o derivati e quelle non smontabili e non rimovibili se non mediante attività demolitoria a carattere distruttivo.

Il C.g.a. ha chiarito che a corroborare questa tesi milita anche la considerazione del rapporto tra il concetto di precarietà, requisito indispensabile per l'operare dell'esclusione della necessità di una previa autorizzazione o concessione edilizia, e le esigenze di sicurezza.

Tale precisazione non è di poco momento se si considera che erroneamente, a volte, si è ritenuto di escludere la ricorrenza del carattere in parola in ipotesi di opere "stabilmente infisse" al suolo. D'altra parte, questa interpretazione trova sostegno nel comma 2 dell'art. 20, l. reg. n. 4 del 2003 il quale prevede che, nelle ipotesi in cui a norma della stessa disposizione non è necessario l'ottenimento della previa autorizzazione o concessione, "contestualmente all'inizio dei lavori il proprietario dell'unità immobiliare deve presentare al Sindaco del Comune nel quale ricade l'immobile una relazione a firma di un professionista abilitato alla progettazione, che asseveri le opere da compiersi e il rispetto delle norme di sicurezza … vigenti". È evidente, pertanto, che la norma non introduce alcuna deroga a disposizioni diverse da quelle urbanistiche e, in particolare, a quelle in materia di sicurezza. Tra queste ultime rientrano, certamente, quelle che richiedono la denuncia al Genio civile o, nelle zone sismiche, la previa autorizzazione (C.g.a., sez. cons., 10 gennaio 2012, n. 241).

Difficilmente, difatti, una tettoia che, in base al disposto del citato art. 20, può essere realizzata (in concorrenza anche gli altri presupposti prescritti) senza autorizzazioni o concessioni urbanistiche fino a un'estensione di 50 mq, potrebbe essere considerata rispondente alle disposizioni in materia di sicurezza pur senza essere stabilmente ancorata al suolo. Da ciò deriva che, a pena di privare di significato la disciplina derogatoria dettata dalla norma regionale, il concetto di precarietà in essa contenuto deve essere interpretato nel senso di non escludere la sussistenza di "idonei meccanismi di ancoraggio" proprio in quanto funzionali alle esigenze di sicurezza a cui l'art. 20 non consente di derogare.

Si può dunque affermare che, per le opere realizzate secondo il disposto dell'art. 20, l. reg. n. 4 del 2003, la nozione di "precarietà" è ancorata esclusivamente al concetto di "facile rimovibilità" (e non anche a quelli di "funzionalità occasionale", di "destinazione urbanistica" e/o di "instabilità strutturale", "stagionalità" o "temporaneità"), dovendo pertanto restare escluse dall'ambito di operatività della deroga introdotta dalla predetta norma speciale - pur se strumentali alla copertura di verande o balconi, alla chiusura di terrazze (di collegamento o meno, ed in tal caso non superiori a 50 mq) ed alla copertura di spazi interni (cortili, chiostrine e simili) o "aperti almeno da un lato" - le strutture in muratura o in laterizi (o comunque ancorate definitivamente mediante l'uso di leganti cementizi o derivati) e quelle non smontabili e non rimovibili se non mediante attività demolitoria a carattere distruttivo.

11. Commercio.

11.1. Utilizzo degli strumenti di pagamento elettronici.

La Sezione consultiva per gli atti normativi, con parere 5 novembre 2020, n. 1747 ha affermato che nel regolamento in materia di condizioni e criteri per l'attribuzione delle misure premiali per l'utilizzo degli strumenti di pagamento elettronici (*cashback*), ai sensi dell'art. 1, commi 288 - 290, l. 27 dicembre 2019, n. 160 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio di previsione pluriennale per il triennio 2020-2022) occorre indicare chiaramente il soggetto deputato al controllo e chiarire cosa si intenda per "medesimo acquisto", ossia se questo sia riferibile all'acquisto di un bene singolo o se, in tale nozione, rientri anche l'ipotesi di acquisto simultaneo di plurimi beni presso il medesimo esercente in un certo arco temporale.

Ha premesso la Sezione che le misure premiali consistono in rimborsi in denaro spettanti nella misura del 10 per cento di ogni pagamento a coloro che volontariamente si siano registrati su apposita app e che abbiano realizzato almeno 50 transazioni con strumenti di pagamento elettronici su base semestrale sino ad una soglia massima complessiva di 1.500 euro per semestre.

La Sezione ha reso parere favorevole con osservazioni.

In primo luogo la Sezione ha evidenziato che il parere favorevole reso dal Garante per la protezione dei dati personali prot. n. 174 del 13 ottobre 2020 è stato adottato per ragioni di urgenza e di indifferibilità dal Presidente della predetta Autorità e dovrà, pertanto, essere ratificato entro trenta giorni dal Collegio del Garante, a pena di perdita di efficacia *ex tunc*, ai sensi dell'art. 5, comma 8, del regolamento n. 1 del 2000 sull'organizzazione ed il funzionamento dell'Ufficio del Garante.

Di conseguenza la Sezione ha subordinato il proprio parere favorevole sullo schema di regolamento alla tempestiva ratifica, da parte del Collegio del Garante, del menzionato parere reso dal Presidente del Garante in data 13 ottobre 2020. In mancanza, infatti, il parere favorevole espresso dal Presidente del Garante dovrà essere considerato *tamquam non esset* e non si potrà, pertanto, dare ulteriore corso al regolamento in esame.

La Sezione ha poi rilevato che il parere favorevole reso dal Garante per la protezione dei dati personali è espressamente "formulato unicamente in relazione all'utilizzo

dell'APP IO, e dell'insieme dei sistemi e delle componenti tecnologiche messe a disposizione da PagoPA, ai fini della realizzazione del Sistema Cashback".
Il Garante, inoltre, ha reputato che la medesima APP IO deve essere vista "quale punto unico di accesso telematico per i cittadini ai servizi in rete della pubblica amministrazione (art. 64-bis CAD)", riservandosi, in sede di verifica preventiva della valutazione di impatto compiuta dal Ministero dell'economia e delle finanze, l'esame delle "caratteristiche dell'APP IO su cui sono già state formulate alcune osservazioni nel provvedimento n. 102 del 12 giugno 2020 […], relative, in particolare, al previsto utilizzo di notifiche *push*, all'attivazione automatica di servizi non espressamente richiesti dall'utente, nonché al trasferimento di dati personali verso Paesi terzi […]". Di conseguenza, il parere reso dalla Sezione, in consonanza ed in continuità a quello espresso dal Garante per la protezione dei dati personali, è limitato alla sola ipotesi di utilizzo della APP IO da parte degli aderenti al programma, precisandosi inoltre che, allo stato attuale, avendo il Garante per la protezione dei dati personali formulato il proprio parere "unicamente in relazione all'utilizzo dell'APP IO", non è possibile consentire agli "*Issuer* convenzionati" l'utilizzo di sistemi alternativi alla suddetta APP IO per l'adesione al programma,
utilizzo quest'ultimo non vietato ma da sottoporre all'esame preventivo del Garante per la privacy, stante l'evidente impatto del presente regolamento sulla delicata materia della protezione dei dati personali.
Infine, per evitare che le aspettative in capo agli aderenti al programma sull'erogazione del rimborso in denaro possano essere (pure solo in parte) disattese, la Sezione ha ritenuto necessaria la previa verifica delle coperture finanziarie da parte della Ragioneria generale dello Stato prima dell'adozione finale del regolamento in esame.

11.2. Registro pubblico delle opposizioni (RPO) all'utilizzo dei propri dati personali e del proprio numero telefonico per vendite o promozioni commerciali.
Con parere 17 luglio 2020, n. 1339 la Sezione consultiva per gli atti normativi ha pronunciato sullo schema di Regolamento sul registro pubblico delle opposizioni (RPO) all'utilizzo dei propri dati personali e del proprio numero telefonico per vendite o promozioni commerciali
Ha chiarito la Sezione che il fondamento legislativo del potere regolamentare è costituito dall'art. 1, comma 15, l. 11 gennaio 2018, n. 5 (Nuove disposizioni in materia di iscrizione e funzionamento del registro delle opposizioni e istituzione di prefissi nazionali per le chiamate telefoniche a scopo statistico, promozionale e di ricerche di mercato), il quale dispone che "Con decreto del Presidente della Repubblica, da emanare su proposta del Ministro dello sviluppo economico, ai sensi dell'art. 17, comma 2, l. 23 agosto 1988, n. 400, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono apportate le opportune modifiche alle disposizioni regolamentari vigenti che disciplinano le modalità di iscrizione e funzionamento del registro delle opposizioni ed è altresì disposta l'abrogazione di eventuali disposizioni regolamentari incompatibili con le norme della presente legge".

Lo schema di regolamento è diretto a sostituire integralmente il d.P.R. 7 settembre 2010, n. 178, in materia di registro pubblico dei contraenti che si oppongono all'utilizzo dei propri dati personali e del proprio numero telefonico per vendite o promozioni commerciali. Quest'ultimo decreto è stato modificato dal d.P.R. 8 novembre 2018, n. 149 che, in attuazione dell'art. 1, comma 54, l. 4 agosto 2017, n. 124, ha esteso la disciplina vigente rispetto all'utilizzo delle numerazioni telefoniche per finalità di *marketing*, anche all'invio di posta cartacea.

Lo schema di regolamento all'esame della Sezione, in attuazione della l. n. 5 del 2018, tra l'altro, estende la possibilità che siano iscritti al registro pubblico delle opposizioni anche i numeri di telefonia mobile e i numeri riservati, ovvero non presenti negli elenchi telefonici pubblici di cui all'art. 129 del Codice in materia di protezione dei dati personali ed è volto a dare organicità alle varie modifiche intervenute nel tempo nonché consentire un'applicazione sistematica delle disposizioni in materia di istituzione e gestione del registro pubblico delle opposizioni.

La Sezione si è soffermata sull'esame della tesi del Ministero dello sviluppo economico secondo cui l'art. 1, comma 3, l. n. 5 "sembra escludere ogni ipotesi di inserimento – continuo, automatico ed a prescindere dalla volontà manifestata dal contraente – nel registro pubblico delle opposizioni delle numerazioni fisse non contenute negli elenchi telefonici pubblici, senza che i contraenti ne abbiano fatta esplicita richiesta". Per il Ministero, ragionando diversamente, si annullerebbero i consensi rilasciati in precedenza, senza che il richiedente ne abbia fatto richiesta. Vi sarebbe, sempre per l'amministrazione, una restrizione dei diritti del cittadino e una limitazione dell'attività concorrenziale tra gli operatori del settore.

La Sezione ha ritenuto non convincenti gli argomenti proposti dall'Amministrazione per l'assorbente considerazione che il regolamento non può discostarsi – sostanzialmente disattendendola – dalla scelta compiuta dal legislatore al comma 3 del predetto art. 1. Ed invero la scelta del legislatore è chiara nel senso che "Nel registro di cui al comma 2 sono comunque inserite anche le numerazioni fisse non pubblicate negli elenchi di abbonati di cui all'art. 2, comma 2, del regolamento di cui al d.P.R. n. 178 del 2010, che gli operatori sono tenuti a fornire al gestore del registro con la stessa periodicità di aggiornamento prevista per la base di dati unica" – e a questa il regolamento deve attenersi sino a quando non vi sarà una modifica della fonte primaria.

Quanto, poi, ai "canali di iscrizione al pubblico registro dei contraenti", la Sezione ha affermato che la peculiarità della materia, tenuto conto della platea eterogenea degli utilizzatori del pubblico registro, potenzialmente formata da persone di ogni età, estrazione sociale, culturale ed economica non tutte aduse all'utilizzo della tecnologia (si pensi, in particolare, alle persone anziane oppure alle fasce più deboli della società), suggerisce l'opportunità che venga ammesso, tra le modalità di iscrizione al pubblico registro, quanto meno lo strumento della posta elettronica (e-mail), naturalmente con modalità idonee a garantire la corretta identificazione di chi formula l'opposizione e la certezza della provenienza. Tale modalità, invero, è resa stringente anche dalla formula testuale della fonte normativa primaria, cui il regolamento è tenuto a conformarsi nel dargli esecuzione, che, all'art. 1, comma 2, l. n. 5 del 2018, consente la possibilità di iscrizione al

pubblico registro "anche per via telematica", laddove l'uso della congiunzione "anche" assume, alla luce della ratio ispiratrice della disciplina, un carattere rafforzativo e implementativo delle modalità di iscrizione, a tutela del contraente, che allo stato non appare ragionevole elidere.

12. Contributi e finanziamenti.

12.1. Credito d'imposta per investimenti in favore di leghe e società sportive professionistiche e dilettantistiche.

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere 18 dicembre 2020, n. 2061 sullo schema di regolamento concernente credito d'imposta per investimenti in favore di leghe e società sportive professionistiche e dilettantistiche

Ha chiarito che lo schema di decreto, in attuazione di quanto disposto dall'art. 81, d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla l. 13 ottobre 2020, n. 126, reca le disposizioni applicative necessarie all'erogazione del contributo, sotto forma di credito di imposta, finalizzato - entro il limite di spesa complessivo di 90 milioni di euro - a sostenere gli investimenti in campagne pubblicitarie in favore di organizzazioni sportive, effettuati tra il 1° luglio e il 31 dicembre 2020.

Il contributo è riconosciuto alle imprese, ai lavoratori autonomi e agli enti non commerciali che hanno effettuato investimenti in campagne pubblicitarie, comprese le sponsorizzazioni, nei confronti di leghe o di società sportive professionistiche, società e associazioni sportive dilettantistiche iscritte al registro tenuto dal Comitato Olimpico Nazionale Italiano operanti in discipline ammesse ai Giochi olimpici e paralimpici.

II provvedimento definisce all'art. 3 la casistica degli investimenti ammissibili al contributo sotto forma di credito d'imposta e all'art. 4 determina i parametri per l'ammontare del contributo.

Ha precisato il parere che ai fini della concessione del credito di imposta, i beneficiari devono presentare domanda al Dipartimento per lo sport della Presidenza del Consiglio dei ministri, secondo il procedimento indicato dall'art. 5.

Il Dipartimento per lo sport provvede, ai sensi dell'art. 7, ai controlli sulle domande presentate e, nei casi d'insussistenza di uno o più dei requisiti previsti o nel caso di documentazione con elementi non veritieri o di falsità delle dichiarazioni rese, dispone la revoca o la rideterminazione dell'ammontare del credito d'imposta, e procede al recupero di quanto illegittimamente ottenuto dal beneficiario. Sono previste forme di collaborazione operativa tra il Dipartimento competente e l'Agenzia delle entrate.

12.2. Carta elettronica per i "consumi" in cultura segnalando la necessità del monitoraggio.

Con parere 17 dicembre 2020, n. 2053 la Sezione consultiva per gli atti normativi ha pronunciato sullo schema di Regolamento sull'utilizzo della Carta elettronica per i "consumi" in cultura segnalando la necessità del monitoraggio.

Lo schema di Regolamento al vaglio della Sezione atti normativi del Consiglio di Stato, adottato dal Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo, modifica il decreto del Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo 24 dicembre 2019, n. 177,

recante "Regolamento recante i criteri e le modalità di attribuzione e di utilizzo della Carta elettronica, prevista dall'art. 1, comma 604, l. 30 dicembre 2018, n. 145".
Il decreto n. 177 del 2019 concerne i criteri e le modalità di attribuzione e di utilizzo della carta elettronica, del valore di 500 euro, utilizzabile da parte di coloro che abbiano compiuto 18 anni nel 2019 per l'acquisto di prodotti culturali, titoli di accesso a servizi museali, culturali e spettacoli, iscrizione a corsi di musica, teatro e lingua straniera.
La misura, c.d. *bonus* cultura, già prevista per coloro che hanno compiuto 18 anni negli anni 2016 (art. 1, comma 979, l. 28 dicembre 2015, n. 208), 2017 (art. 1, comma 626, l. 11 dicembre 2016, n. 232), e 2018 (l. 27 dicembre 2017, n. 205) oltre che nel 2019, è stata ulteriormente confermata dall'art. 1, comma 357, l. 27 dicembre 2019, n. 160 (legge di bilancio per il 2020) per i ragazzi che compiono 18 anni nell'anno 2020. La stessa norma ha esteso le opzioni di spesa ammesse con l'utilizzo della carta elettronica all'acquisto di abbonamenti a quotidiani anche in formato digitale e finanziato la misura con un importo massimo di spesa di 190 milioni di euro, successivamente incrementato di 30 milioni di euro mediante utilizzo delle ulteriori risorse iscritte nella missione "Tutela e valorizzazione dei beni e attività culturali e paesaggistici" programma 1.9 "Tutela del patrimonio culturale", capitolo 1430, a seguito dell'approvazione della legge di assestamento del bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 (l. 8 ottobre 2020, n. 128).
Il regolamento oggetto di parere è adottato in esecuzione del comma 358 dell'art. 1, l. n. 160 del 2019 che – similmente agli anni precedenti – prevede che, con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono definiti gli importi nominali da assegnare nell'ambito delle risorse disponibili ed i criteri e le modalità di attribuzione e di utilizzo della carta elettronica.
La Sezione ha evidenziato come sia indispensabile un monitoraggio ed una verifica degli effetti che tale misura ha avuto sull'incremento dei "consumi" in cultura di tale platea di giovani.
Il Consiglio di Stato ha sottolineato in più occasioni (cfr. parere Sez. consultiva atti normativi 24 febbraio 2016, n. 515; id. 5 febbraio 2018, n. 298; id. 14 marzo 2018, n. 635; id. 2 ottobre 2019, n. 2539; id. 2 aprile 2020, n. 690) la rilevanza cruciale della fase attuativa di ogni nuova normativa e del suo monitoraggio.
Anche in relazione al regolamento oggetto del parere sussiste la necessità di un'azione di costante monitoraggio del funzionamento del regolamento volta a verificarne l'idoneità a perseguire, in concreto, gli obiettivi fissati, in particolare sotto il profilo dell'innalzamento - in misura incrementale rispetto agli anni precedenti l'introduzione della misura - dei consumi in prodotti culturali da parte dei giovani e dell'esaurimento delle risorse appostate per finanziarla. Ciò sarebbe di grande utilità anche per il decisore politico allo scopo di acquisire strumenti di valutazione circa l'opportunità di ulteriore reiterazione del bonus, la sufficienza /insufficienza delle risorse messe sinora annualmente a disposizione, l'opportunità di apportare eventuali correttivi, per esempio in merito alle tipologie di prodotti culturali acquistabili con la carta elettronica (che, infatti, hanno già subito negli anni delle integrazioni).

12.3. Regolamento sui criteri di erogazione del Fondo per gli investimenti nelle isole minori.

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere 6 ottobre 2020, n. 1550 sullo schema di regolamento sul Fondo per gli investimenti nelle isole minori, di cui all'art. 1, comma 553, l. 7 dicembre 2019, n. 160 indica i criteri e le modalità per l'erogazione delle somme componenti il Fondo stesso.

Ha chiarito la Sezione che il Fondo per gli investimenti nelle isole minori, di cui all'art. 1, comma 553, l. n. 160 del (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022), secondo il dettato legislativo, è espressamente destinato a "finanziare progetti di sviluppo infrastrutturale o di riqualificazione del territorio di comuni ricompresi nell'ambito delle predette isole, di cui all'allegato A annesso alla l. 28 dicembre 2001, n. 448"; si tratta, in particolare, di 40 Comuni distribuiti in 56 isole minori dislocate nelle Regioni di Campania, Lazio, Lombardia, Liguria, Puglia, Sardegna, Sicilia e Toscana.

L'intervento normativo in esame si situa all'interno del quadro costituzionale, ai sensi dell'art. 119, comma 5, Cost., ove si prevede che lo Stato destini risorse aggiuntive ed effettui interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, e per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona; allo stesso modo, particolare attenzione alle regioni insulari, in ambito europeo, viene posta dall'art. 174, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

L'effettiva ripartizione del Fondo tra i Comuni destinatari viene poi demandata dalla norma in esame a un successivo decreto del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere favorevole della Conferenza unificata.

Il regolamento all'esame della Sezione, pertanto, ai sensi della citata norma primaria, deve essere rivolto a indicare i criteri e le modalità per l'erogazione delle somme – complessivamente pari a 41,5 milioni di euro nel triennio 2020-2022 – componenti il Fondo per gli investimenti nelle isole minori.

La Sezione si è poi soffermata sulla portata precettiva e sull'ambito oggettivo di operatività del Fondo in questione con riferimento al precedente istituito dall'art. 2, comma 41, l. n. 244 del 2007, denominato Fondo di sviluppo delle isole minori, destinato a finanziare unicamente "interventi specifici" nei "settori dell'energia, dei trasporti e della concorrenza […]".

Al contrario, il Fondo istituito dalla l. n. 160 del 2019 ha una portata operativa evidentemente più ampia – quale risulta dalla stessa sua denominazione ("Fondo per gli investimenti nelle isole minori") – in quanto, ai sensi dell'art. 1, comma 553, della predetta legge del 2019: a) è destinato a finanziare "progetti" e non più "interventi specifici"; b) i progetti finanziabili non devono più attenere a determinati settori, ma riguardano ora genericamente lo "sviluppo infrastrutturale" o la "riqualificazione del territorio" dei Comuni beneficiari.

La Sezione ha, quindi, posto l'attenzione sulla differenza semantica, ai fini giuridici, della parola "interventi", utilizzata dal Legislatore del 2007, rispetto al lemma "progetti" che compare nella l. n. 160 del 2019. Infatti, se il termine "intervento" indica unicamente l'attività materiale e realizzativa posta in essere a valle per l'esecuzione di un progetto, la parola "progetto" ricomprende invece nel suo perimetro semantico, ai fini che qui interessano, sia la fase progettuale posta in essere a monte, costituita dalla progettazione nei suoi vari livelli di dettaglio, sia la successiva fase esecutiva compiuta a valle, allorché il progetto venga materialmente realizzato mediante interventi.
Da ciò ne consegue che l'operatività del Fondo istituito dal Legislatore del 2019, destinato non più a finanziare unicamente "interventi specifici", ma più in generale i "progetti", è assai più ampia, nel suo perimetro oggettivo, rispetto all'operatività del precedente Fondo del 2007, non solo perché ora sono parimenti finanziabili le progettazioni, anch'esse come visto facenti parte del "progetto", ma altresì perché, come sopra evidenziato, i progetti finanziabili sono tutti quelli attinenti allo "sviluppo infrastrutturale" o alla "riqualificazione del territorio" dei Comuni beneficiari, del tutto a prescindere dai settori "dell'energia, dei trasporti e della concorrenza" in precedenza previsti dalla legge del 2007.
Pertanto, al fine di rendere maggiormente conforme il testo del regolamento all'esame della Sezione alla lettera della norma primaria, che parla ora di "progetti" e non più di "interventi", il parere ha evidenziato la necessità di sostituire, nell'intero testo del regolamento, le parole "intervento" e "interventi", retaggio del precedente d.P.C.M. del 2010, con i più appropriati termini "progetto" e "progetti", al fine di evitare evidenti contrasti tra fonti normative e problemi interpretativi in sede applicativa.

12.4. Contributi per abbandono di terre nelle zone montane.
Con parere 22 luglio 2020, n. 1364 la sez. I ha pronunciato sugli importi ammessi, nel 2018, a pagamento per "abbandono di terre nelle zone montane", giudicando legittimo il provvedimento con il quale l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (Agea) ha rideterminato tali importi applicando una riduzione percentuale del 27,50 per cento delle domande ammesse a pagamento nel 2015 e nel 2016, e ha disposto il recupero degli importi eccedenti. Il provvedimento costituisce applicazione del regolamento (UE) n. 1307/2013 e del regolamento (UE) n. 809/2014, che impongono *plafond* massimi di spesa per i regimi di aiuto e contemplano ipotesi di riduzioni lineari, con riferimento sia al valore dei diritti all'aiuto (titoli Pac) sia agli importi dei pagamenti erogati ai beneficiari, qualora ciò si renda necessario per non violare il *plafond* di spesa o per consentire l'accesso ai titoli Pac e ai relativi pagamenti ad agricoltori che, altrimenti, sarebbero esclusi dagli aiuti in ragione delle limitate risorse disponibili per lo Stato membro.
Ha chiarito la Sezione che la normativa europea per il periodo di programmazione 2015-2020 ha introdotto la possibilità del ricalcolo del numero e del valore dei titoli assegnati agli agricoltori, in funzione del rispetto dei plafond di ciascun regime/misura, della parità di trattamento tra gli agricoltori e per evitare distorsioni del mercato e della concorrenza (art. 30, paragrafo 4, del regolamento (UE) n. 1307/2013, che conferisce espres-

samente priorità all'assegnazione dei titoli PAC destinati ai giovani agricoltori e agli agricoltori che iniziano a esercitare l'attività agricola). Il ricalcolo in riduzione, preannunciato con circolare AGEA del 4 ottobre 2017, per le fattispecie "abbandono di terre" e "compensazione di svantaggi specifici", consegue pertanto a quanto imposto dalle disposizioni europee, sia con riguardo all'importo complessivo sia ai singoli profili relativi al ricalcolo per la campagna 2015 e per quella 2016.

13. Pubblico impiego.

La sez. I ha reso il parere 24 marzo 2020, n. 615 sullo schema delle Linee Guida Anac in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità (*Whistleblowing*).

Ha chiarito che tali Linee Giuda nel settore pubblico, ai sensi dell'art. 1, comma 5, l 30 novembre 2017, n. 179, non hanno carattere vincolante per le Pubbliche amministrazioni, che avranno comunque l'onere di motivare eventuali scelte diverse.

Ha chiarito la Sezione che nella individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione, la base legislativa di riferimento, costituita dall'art. 54-*bis*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, contiene un elenco delle p.a. non coincidente con quello per l'applicazione dalla legge "anticorruzione" (l. 6 novembre 2012, n. 190). Ciò si riflette in particolare sull'applicabilità delle linee guida agli ordini professionali, alle Autorità amministrative indipendenti, alle società a controllo pubblico.

Con riguardo ai soggetti tutelati, la legge non prevede procedure distinte per gli appartenenti alle magistrature. Tuttavia, le garanzie sancite dagli artt. 101 ss. Cost. consigliano che Anac verifichi con i rispettivi organi di autogoverno, ai fini dell'applicabilità ai magistrati, le modalità per assicurare la compatibilità con le garanzie di autonomia costituzionalmente sancita.

Quanto all'ambito oggettivo e all'individuazione delle condotte illecite, l'estensione, prospettata da Anac, ai casi in cui si configurano fattispecie che potrebbero essere prodromiche, ovvero costituire un ambiente favorevole alla commissione di fatti corruttivi in senso proprio, senza che esse configurino forme di illecito, non è facilmente riconducibile al dettato legislativo.

La gestione delle segnalazioni nelle amministrazioni e negli enti può essere realizzata anche tramite l'individuazione di alcuni ruoli da assegnare agli utenti del sistema, tra cui la figura, non prevista espressamente dalla legge, del custode delle identità.

Nelle procedure di Anac relative alla gestione delle segnalazioni di condotte illecite e delle comunicazioni di misure ritorsive, possono essere legittimamente considerate anche le comunicazioni di misure ritorsive che provengano da soggetti diversi rispetto al segnalante o alle organizzazioni sindacali. Inoltre, solo una volta passata in giudicato, la sentenza sulla colpevolezza o meno del dipendente che abbia effettuato una segnalazione e sia stato sottoposto a procedimento penale potrà influire sulla valutazione di Anac circa il carattere ritorsivo della misura nei confronti del dipendente medesimo.

14. Pubblica istruzione.

Con parere 15 luglio 2020, n. 1331 la sez. I ha affermato che diritto all'istruzione delle persone con disabilità, di cui il diritto all'integrazione scolastica costituisce parte integrante, è intrinsecamente connesso allo sviluppo della personalità per il legame esistente tra il principio di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., ed il diritto all'istruzione, di cui all'articolo 34 Cost.; tali diritti hanno avuto pieno riconoscimento nell'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea, nell'art. 2 del Primo Protocollo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nell'art. 15 della Carta Sociale Europea nonché nella Convenzione di New York del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone disabili; pertanto è illegittimo un provvedimento di esclusione dalla prima classe della scuola superiore di un disabile ultradiciottenne.
In punto di fatto, al ricorrente è stata rifiutata la iscrizione al primo anno del corso di Istituto tecnico economico tecnologico. A sostegno del diniego l'istituto scolastico ha affermato che "le attuali disposizioni prevedono che lo studente diversamente abile che consegue l'attestato di credito formativo comprovante la conclusione del primo ciclo di istruzione, ha titolo a richiedere iscrizione alla classe prima dell'istituto di scuola secondaria di secondo grado, potendo usufruire delle misure di integrazione previste dalla l. n. 104 del 1992. Tale titolo, tuttavia, è riconosciuto purché lo studente non abbia compiuto il diciottesimo anno di età prima dell'inizio dell'a.s.".
A seguito dell'istanza di riesame, l'Amministrazione ribadiva che: "appare chiaro che uno studente ultra-diciottenne, se a conclusione del I ciclo consegue un'attestazione di frequenza, non ha diritto ad iscriversi, in quanto ormai fuori dall'obbligo formativo. Al contrario, qualora lo stesso consegua la licenza di I grado, esso ha diritto a frequentare per un altro quinquennio la scuola di II grado".
In diritto, giova delineare il quadro normativo entro cui si inscrive la controversia.
A fondamento delle disposizioni della l. n. 104 del 1992, di cui si lamenta la violazione e delle altre leggi sulla tutela degli alunni disabili, si pongono i principi costituzionali di cui all'art. 2 (sulla tutela dei "diritti inviolabili dell'uomo" e sui "doveri inderogabili di solidarietà … sociale"), all'art. 3 (secondo cui "È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese"), all'art. 34, primo comma (sulla apertura della scuola "a tutti") e all'art. 38, comma 3 (sul "diritto all'educazione" anche quando vi sia una disabilità) (Cons. Stato, sez. VI, n. 2023 del 2017).
In particolare, il diritto all'istruzione delle persone con disabilità, di cui il diritto all'integrazione scolastica costituisce parte integrante, ha il suo fondamento nell'articolo 34 della Costituzione, al pari di quello delle persone normo-dotate. Esso è intrinsecamente connesso allo sviluppo della personalità per il legame esistente tra il principio di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., ed il diritto all'istruzione, di cui all'art. 34 Cost..
L'integrazione scolastica delle persone con disabilità costituisce fattore fondamentale dello sviluppo della personalità e trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 38 (Corte cost., sentenza n. 215 del 1987, ribadito di recente nella sentenza n. 83 del 2019).

Tali diritti hanno avuto pieno riconoscimento anche sul piano europeo nell'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea, nell'art. 2 del Primo Protocollo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, primo comma, nell'art. 15 della Carta Sociale Europea.
Tali principi hanno trovato altresì riconoscimento nel Piano strategico per le disabilità 2017/2023 del Consiglio d'Europa, che ha esplicitamente indicato la necessità di un approccio basato sulle capacità piuttosto che sulle disabilità.
Sul piano internazionale il riferimento relativo ai principi esposti è alla Convenzione di New York del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone disabili, entrata in vigore il 3 maggio 2008 e resa esecutiva in Italia con la l. 3 marzo 2009, n. 18.
Occorre altresì rammentare che la scuola, ed in particolare la scuola secondaria superiore, sono andate modificando le proprie funzioni integrando sempre di più sviluppo dinamico-relazionale e sviluppo cognitivo della personalità, dimensioni entrambe riconducibili al dettato dell'art. 2 Cost..
In tale contesto è divenuta pilastro fondamentale del sistema educativo l'integrazione tra sistemi di competenze e sistemi di conoscenze.
L'integrazione scolastica dei disabili persegue un obiettivo alto ma complesso: garantire non solo l'accesso a conoscenze ma anche alle competenze necessarie per l'acquisizione di capacità idonee all'inserimento sociale del disabile.
L'apprendimento e l'integrazione scolastica delle persone con disabilità costituiscono, infatti, una premessa fondamentale della integrazione lavorativa e di quella sociale, che sono alla base di società informate ai principii di solidarietà ed uguaglianza (principii enunciati già da Corte Costituzionale sentenza n. 215 del 1987 e ribaditi di recente nella sentenza n. 83 del 2019).
La disciplina costituzionale dell'istruzione dei soggetti portatori di handicap ha avuto la sua concretizzazione nella legislazione ordinaria che definisce il diritto all'integrazione scolastica delle persone con disabilità.
In base a quanto disposto dalla legge-quadro n. 104 del 1992 per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone disabili e dal d.lgs. n. 297 del 1994, recante disposizioni legislative in materia di istruzione, che sanciscono il diritto del disabile all'integrazione scolastica ed allo sviluppo delle sue potenzialità nell'apprendimento, nella comunicazione e nelle relazioni, per consentirgli il raggiungimento della massima autonomia possibile, gli istituti scolastici sono tenuti ad assicurare l'integrazione configurando percorsi educativi individualizzati (art. 12, l. n. 105 del 1992).
Questo, come si vedrà, vale sia per gli studenti minorenni sia per quelli che abbiano raggiunto la maggiore età.
L'art. 24 della Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità, resa esecutiva in Italia con la l. 3 marzo 2009, n. 18, regola il diritto all'istruzione affermando il principio secondo cui (comma 2) "2. Nel realizzare tale diritto, gli Stati Parti dovranno assicurare che: (a) le persone con disabilità non vengano escluse dal sistema di istruzione generale sulla base della disabilità e che i bambini con disabilità non siano esclusi da una libera ed obbligatoria istruzione primaria gratuita o dall'istruzione secondaria sulla base della disabilità; (b) le persone con disabilità possano accedere ad un'istruzione primaria

e secondaria integrata, di qualità e libera, sulla base di eguaglianza con gli altri, all'interno delle comunità in cui vivono; (c) un accomodamento ragionevole venga fornito per andare incontro alle esigenze individuali; (d) le persone con disabilità ricevano il sostegno necessario, all'interno del sistema educativo generale, al fine di agevolare la loro effettiva istruzione; (e) efficaci misure di supporto individualizzato siano fornite in ambienti che ottimizzino il programma scolastico e la socializzazione, conformemente all'obiettivo della piena integrazione."

Tale disposizione va coordinata con l'art. 13, l. n. 104 in materia di diritto all'integrazione scolastica, dove si individuano le modalità attraverso cui tale integrazione deve essere resa effettiva.

Il diritto all'istruzione dei disabili, ascritto alla categoria dei diritti fondamentali, passa attraverso l'attivazione dell'Amministrazione scolastica per la sua garanzia, mediante le doverose misure di integrazione e sostegno atte a rendere possibile ai portatori disabili la frequenza delle scuole e l'insieme delle pratiche di cura e riabilitazione necessarie per il superamento ovvero il miglioramento della condizione di disabilità e per quel che qui rileva anche la coerente acquisizione di competenze - seppur ridotte - scolastiche (C.g.a. n. 482 del 2020).

L'integrazione scolastica della persona disabile presuppone, dunque, adattamenti sia logistici che didattici alla singola persona con disabilità, attraverso la definizione di percorsi educativi individualizzati che riflettano le difficoltà specifiche di ciascuno studente con disabilità e le caratteristiche del gruppo in cui l'inserimento deve essere realizzato (Cons. St., sez. VI, n. 2023 del 2017, id. n. 758 del 2018, Corte Europea dei diritti dell'uomo, Cam c. Turchia, 23 febbraio 2016, in particolare paragrafi 65,66).

Il contenuto del diritto è quindi correlato ad obblighi positivi in capo all'amministrazione. Per questa ragione una serie di strumenti come i piani educativi individuali (PEI) ed i piani di assistenza individuali (PAI) (art. 12, l. n. 104) sono stati definiti dalla legge e vengono impiegati per assicurare un approccio individualizzato ritagliato sulle esigenze specifiche di ciascuno studente.

La prospettiva dell'integrazione, normativamente consolidata si concretizza in una didattica differenziata che si attagli alle capacità individuali dei singoli studenti con disabilità, integrando la trasmissione di conoscenze con quella di competenze. Tale approccio consente di coniugare le esigenze di integrazione delle persone con disabilità con quelle degli altri studenti che hanno diritto fondamentale all'istruzione.

E' bene sottolineare che il diritto all'istruzione del disabile non contrasta con quello dello studente normo-dotato. Tali interessi non vanno, pertanto, considerati come confliggenti ma, al contrario, come potenzialmente convergenti.

In effetti, l'integrazione scolastica non rappresenta solo l'attuazione dei diritti individuali dei portatori di handicap ma la realizzazione di un progetto sociale coerente con i valori costituzionali della coesione, della solidarietà e del riconoscimento delle differenze quale fonte di ricchezza delle dinamiche sociali.

Naturalmente, la convergenza tra interessi delle persone disabili e degli studenti normodotati si può realizzare solo se la scuola dispone di risorse necessarie per individualizzare

l'istruzione ove e nella misura in cui questo si renda necessario in ragione delle diverse capacità degli alunni.
Alla luce di quanto sopra detto appaiono prive di fondamento le deduzioni dell'Amministrazione riguardanti le differenze di età tra gli studenti di prima classe della scuola superiore ed il ricorrente.
La possibilità che persone, anche di età diverse, convivano nella stessa comunità va considerata, secondo la moderna pedagogia, una ricchezza, ove accompagnata dalla definizione di percorsi individuali che garantiscano contestualmente l'efficacia dell'apprendimento sia dei soggetti disabili sia di coloro che non hanno disabilità.
Non può condividersi, quindi, quanto dedotto dall'amministrazione secondo cui – sostanzialmente - non vi sarebbe un diritto all'integrazione scolastica per studenti disabili che abbiano raggiunto la maggiore età e che, in tal caso, occorrerebbe fare riferimento all'offerta di corsi per disabili adulti.
Tali considerazioni sono prive di fondamento normativo ed in contrasto con il sistema costituzionale. In tal modo, infatti, verrebbero scissi il diritto all'istruzione e quello all'integrazione scolastica che l'architettura costituzionale integra indissolubilmente.
Come affermato ripetutamente dalla giurisprudenza amministrativa il limite del compimento del diciottesimo anno di età, ritenuto costituzionalmente legittimo, è riferito al (solo) completamento della scuola dell'obbligo.
Con riferimento al caso in esame, non si rinviene dal tessuto normativo alcuna disposizione che osti all'iscrizione dell'alunno disabile, il quale abbia già compiuto diciotto anni, alla prima classe della scuola secondaria di II grado.
Sotto tale profilo è evidente che nessuna rilevanza può assumere la necessità, dedotta dall'Amministrazione, di ottemperare alla circolare MIUR. n. 14017 del 21 dicembre 2015: diritti fondamentali della persona come quello all'istruzione e quello alla integrazione scolastica non possono certo essere limitati da una circolare ministeriale.
Sotto altro profilo, l'amministrazione richiama, a supporto delle proprie affermazioni, la sentenza della Corte cost. n. 226 del 2001.
In realtà, come più volte affermato dalla giurisprudenza, la Corte Costituzionale - con riferimento ad un caso nel quale, presso il giudice a quo, si impugnava un provvedimento con il quale il Preside di una scuola media statale aveva respinto la domanda di iscrizione alla classe seconda di un alunno portatore di handicap, in quanto il medesimo aveva già compiuto il 18° anno di età - ha statuito che l'obbligatorietà dell'istruzione di primo grado per gli alunni disabili cessa con il raggiungimento del 18° anno di età e che, superato tale limite, gli stessi hanno il diritto di completare la scuola dell'obbligo frequentando appositi corsi per adulti (cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 6 luglio 2001, n. 226). Orbene, il principio affermato dalla Corte Costituzionale (il cui orientamento è richiamato dall'Amministrazione scolastica in casi analoghi) riguarda il caso specifico della frequenza della scuola dell'obbligo da parte di alunni disabili. Viceversa, nel caso in esame, non si tratta dell'assolvimento dell'obbligo scolastico primario, bensì della iscrizione di un alunno maggiorenne disabile ad una scuola di istruzione superiore; con la conseguenza che il limite di 18 anni di età, oltre il quale le persone handicappate sono ammesse a frequentare la scuola dell'obbligo, risulta privo di rilevanza giuridica.

Alla luce dei principi citati, dunque, non solo il limite di età del diciottesimo anno è privo di rilevanza ostativa ma il diritto all'istruzione ed alla integrazione scolastica deve ritenersi violato ove si neghi ad uno studente disabile maggiorenne la possibilità di accedere alla scuola media superiore.
Tale diritto comporta che l'integrazione scolastica avvenga considerando adeguatamente sia le necessità dello studente disabile sia quelle del gruppo di studenti della classe in cui questi viene inserito.
Il delicato ma necessario equilibrio tra questi interessi deve essere raggiunto distribuendo le ore tra percorsi individuali e percorsi integrati. La definizione di tale percorso spetta al Gruppo di lavoro operativo handicap – (G.L.O.H.).

15. Forze armate.

15.1. Restituzione di eccedenze retributive e rideterminazione del trattamento retributivo a carico di un poliziotto dispensato per inidoneità assoluta al servizio.

La sez. I (parere 20 novembre 2020, n. 1874) ha giudicato legittimo il provvedimento che dispone, a carico di un poliziotto dispensato per inidoneità assoluta al servizio, la restituzione di eccedenze retributive e la rideterminazione del trattamento retributivo spettante durante il collocamento in aspettativa per malattia non dipendente da causa di servizio.
Ha preliminarmente chiarito il parere che l'assenza dal servizio dell'odierno ricorrente nel periodo oggetto della controversia è stata determinata da un'infermità non dipendente da causa di servizio, e segnatamente il "persistente disturbo dell'adattamento con ansia", e che l'interessato non ha fornito la prova che l'aspettativa sia stata a suo tempo in tutto o in parte determinata dall'unica infermità, tra le diverse che ha avuto, successivamente riconosciuta come dipendente da causa di servizio.
Quanto al decorso del termine decadenziale di 24 mesi per il recupero delle somme oggetto della controversia, l'art. 12, comma 3, d.P.R. settembre 2007, n. 170, nel prevedere che 'durante l'aspettativa per infermità, sino alla pronuncia sul riconoscimento della dipendenza da causa di servizio della lesione subita o della infermità contratta, competono gli emolumenti di carattere fisso e continuativo in misura intera', fa riferimento al 'personale giudicato permanentemente non idoneo al servizio in modo parziale', laddove il ricorrente è stato giudicato non idoneo al servizio, in modo assoluto: in disparte la sua ratio (da cogliersi nel permanere del rapporto organico con la P.A., per il personale giudicato non idoneo al servizio in modo parziale), è chiaro che la disposizione non può applicarsi al di fuori dei casi previsti, tra i quali non rientra, evidentemente, quello del ricorrente" (Cons. St., sez. I, n. 1196 del 2020; Tar Salerno n. 1016 del 2017).
Correttamente, quindi, l'amministrazione ha attivato la procedura di recupero delle eccedenze retributive né avrebbe potuto operare diversamente, anche alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui "il recupero di somme indebitamente erogate dalla p.a. ha carattere di doverosità e costituisce esercizio, ai sensi dell'art. 2033 c.c., di un vero e proprio diritto soggettivo a contenuto patrimoniale, non rinunziabile, in quanto correlato al conseguimento di quelle finalità di pubblico interesse, cui sono

istituzionalmente destinate le somme indebitamente erogate. Si tratta cioè di atti vincolati, di carattere non autoritativo, di doveroso recupero di somme erroneamente corrisposte dall'amministrazione, rispetto ai quali – nell'ambito del rapporto obbligatorio di reciproco dare avere (paritetico) - resta ferma la possibilità per l'interessato di contestare eventuali errori di conteggio e la sussistenza dell'indebito (Cons. St., sez. III, 20 marzo 2019, n. 1852; id., sez. IV, n. 5343 del 2019; id. n. 5342 del 2019; id., sez. I, n. 2530 del 2019).

Inoltre, deve pure essere rilevato che, "nel caso di recupero da parte dell'amministrazione di somme erroneamente corrisposte, né l'affidamento del percipiente, né il decorso del tempo sono di ostacolo all'esercizio del diritto-dovere di ripetere le somme, essendo il recupero un atto dovuto, privo di valenza provvedimentale, da adottarsi con il solo dovere di osservare modalità non eccessivamente onerose per il soggetto colpito (Cons. St., sez. IV, 8 giugno 2009, n. 3516; id., sez. V, 30 settembre 2013, n. 4849). Ne discende che l'amministrazione non è tenuta a fornire una specifica motivazione né sulle ragioni del recupero, né sulla sussistenza delle condizioni previste dall'art. 21-nonies (interesse pubblico, interesse dei destinatari e dei controinteressati, termine ragionevole) per l'esercizio del potere di autotutela amministrativa, dato che il danno prodotto all'amministrazione dalla corresponsione di un beneficio economico senza titolo, con vantaggio ingiustificato per il destinatario, fa sorgere un interesse pubblico *in re ipsa* al recupero delle somme, nonché un obbligo *ex lege* rispetto al quale il decorso del tempo non assume rilevanza" (Cons. St., sez. IV, n. 379 del 2014; id. n. 3811 del 2017).

15.2. Compenso sostitutivo per congedo ordinario maturato nel periodo di aspettativa per infermità.

La sez. I, con parere 20 gennaio 2020, n. 154, ha affermato che il diritto al congedo ordinario maturato dal militare nel periodo di aspettativa per infermità include automaticamente il diritto al compenso sostitutivo, ancorché il militare sia cessato dal servizio "a domanda".

Ha ricordato la Sezione che la Corte costituzionale – con una sentenza interpretativa di rigetto (sentenza 6 maggio 2016, n. 95) – ha ritenuto che il divieto di monetizzazione non può trovare applicazione ove il godimento delle ferie sia stato impedito da uno stato di malattia o da altra causa oggettivamente non imputabile al lavoratore.

In tal modo è stato riconosciuto al lavoratore il diritto di beneficiare di un'indennità per le ferie non godute per causa a lui non imputabile, anche quando la normativa settoriale formuli esplicitamente un divieto in tal senso, in questo modo garantendo il diritto alle ferie, come riconosciuto dalla Costituzione e dalle più importanti fonti internazionali ed europee.

E' poi intervenuta la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. X, del 20 luglio 2016 (causa C-341/15), secondo cui, come emerge dalla stessa formulazione dell'art. 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88, disposizione alla quale tale direttiva non consente di derogare, ogni lavoratore beneficia di ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane. Tale diritto alle ferie annuali retribuite, che, secondo giurisprudenza co-

stante della Corte, deve essere considerato come un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione, è dunque conferito a ogni lavoratore, indipendentemente dal suo stato di salute. Quando è cessato il rapporto di lavoro e allorché, pertanto, la fruizione effettiva delle ferie annuali retribuite non è più possibile, l'art. 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/88 prevede che il lavoratore abbia diritto a un'indennità finanziaria per evitare che, a causa di tale impossibilità, il lavoratore non riesca in alcun modo a beneficiare di tale diritto, neppure in forma pecuniaria; l'art. 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/88, come interpretato dalla Corte, non assoggetta il diritto a un'indennità finanziaria ad alcuna condizione diversa da quella relativa, da un lato, alla cessazione del rapporto di lavoro e, dall'altro, al mancato godimento da parte del lavoratore di tutte le ferie annuali a cui aveva diritto alla data in cui tale rapporto è cessato; ne consegue, conformemente all'art. 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/88, che un lavoratore, che non sia stato posto in grado di usufruire di tutte le ferie retribuite prima della cessazione del suo rapporto di lavoro, ha diritto a un'indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute; a tal fine è privo di rilevanza il motivo per cui il rapporto di lavoro è cessato. Pertanto, la circostanza che un lavoratore ponga fine, di sua iniziativa, al proprio rapporto di lavoro, non ha nessuna incidenza sul suo diritto a percepire, se del caso, un'indennità finanziaria per le ferie annuali retribuite di cui non ha potuto usufruire prima della cessazione del rapporto di lavoro; pertanto l'art. 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che priva del diritto a un'indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute il lavoratore il cui rapporto di lavoro è cessato a seguito della sua domanda di pensionamento e che non è stato in grado di usufruire del suo diritto alle ferie prima della fine di tale rapporto di lavoro.

15.3. Disparità di trattamento degli ufficiali del ruolo straordinario ad esaurimento dell'Arma dei Carabinieri rispetto ai parigrado della Polizia di Stato.

Il parere della sez. I, 15 ottobre 2020, n. 1585 ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2212-*quinquiesdecies*, d.lgs. n. 66 del 2010 sollevata sul rilievo che, asseritamente in violazione dei principi di uguaglianza e di parità di trattamento dei pubblici dipendenti, di cui agli artt. 3 e 97 Cost., determinerebbe un'ingiusta disparità di trattamento degli ufficiali del ruolo straordinario ad esaurimento dell'Arma dei Carabinieri rispetto ai parigrado della Polizia di Stato; la disciplina di detti ruoli straordinari a esaurimento di Polizia di Stato ed Arma dei Carabinieri non è, infatti, perfettamente speculare, essendo i ruoli medesimi regolamentati in modo non del tutto sovrapponibile sia in ordine alla tipologia del corso di formazione da frequentare, sia in relazione alle procedure di promozione ai gradi successivi a quello di sottotenente o vice commissario delle due Forze di polizia.

Ha premesso la Sezione che il d.lgs. n. 95 del 2017, nell'introdurre disposizioni in materia di revisione dei ruoli delle Forze di polizia in attuazione dell'art. 8, comma 1, della legge delega n. 124 del 2015, ha previsto, tra l'altro, all'art. 2 l'istituzione del ruolo direttivo ad esaurimento della Polizia di Stato con una dotazione organica complessiva di 1.800 unità, articolato nelle qualifiche di vice commissario, commissario e commissario

capo (corrispondenti, ai sensi dell'art. 632 del Codice militare, ai gradi di sottotenente, tenente e capitano delle amministrazioni ad ordinamento militare), prevedendo che a tale ruolo potessero accedere i sostituti commissari in possesso di determinati requisiti attraverso: un primo concorso per titoli per la copertura di 1.500 unità da bandire entro il 30 settembre 2017, i cui vincitori sarebbero stati nominati vice commissari "con decorrenza giuridica ed economica dalla data di inizio del primo corso di formazione ed avviati ai rispettivi corsi di formazione di durata non inferiore a tre mesi, organizzati dalla scuola superiore di polizia, distinti in un periodo applicativo presso strutture della Polizia di Stato della durata di un mese e in un periodo formativo non inferiore a due mesi presso la scuola superiore di polizia, differito l'uno dall'altro di almeno sei mesi" e prevedendo, altresì, che "coloro che superano l'esame finale di detto corso sono confermati nel ruolo direttivo ad esaurimento con la qualifica di commissario" e che "la promozione alla qualifica di commissario capo si consegue, a ruolo aperto, mediante scrutinio per merito assoluto, dopo due anni e tre mesi di servizio effettivo nella qualifica di commissario"; un secondo concorso per la copertura delle residue 300 unità, da bandire entro il 30 marzo 2019, i cui vincitori sarebbero stati parimenti nominati vice commissari con decorrenza giuridica ed economica corrispondente a quella di inizio di un corso di formazione della durata non superiore a sei mesi e non inferiore a tre mesi presso la scuola superiore di polizia, comprensivo di un periodo applicativo di due mesi presso strutture della Polizia di Stato. Nel medesimo contesto si prevede, altresì, che "coloro che superano l'esame finale di fine corso sono confermati nel ruolo direttivo ad esaurimento con la qualifica di commissario. La promozione alla qualifica di commissario capo si consegue, a ruolo aperto, mediante scrutinio per merito assoluto, dopo quattro anni di effettivo servizio nella qualifica di commissario".

La disciplina di detti ruoli straordinari a esaurimento non è perfettamente speculare, essendo i ruoli medesimi regolamentati in modo non del tutto sovrapponibile sia in ordine alla tipologia del corso di formazione da frequentare, sia in relazione alle procedure di promozione ai gradi successivi a quello di sottotenente o vice commissario delle due Forze di polizia.

In particolare, mentre nel caso della Polizia di Stato si prevede che alla qualifica di commissario il personale interessato pervenga – in entrambi i casi contemplati dall'art. 2, d.lgs. n. 95 del 2017 – previo superamento dell'esame finale del corso di formazione, nel caso dell'Arma dei Carabinieri si tratta di un corso di carattere "informativo", per il quale non è quindi previsto un esame finale.

In altri termini, mentre per il personale della Polizia di Stato il superamento dell'esame finale di detto corso costituisce requisito per l'avanzamento alla qualifica di commissario, nel caso dell'Arma dei Carabinieri la promozione al grado di tenente si ottiene per anzianità, dopo un anno di permanenza nel grado di sottotenente (che si ottiene, come ricordato, in esito al superamento del citato concorso per titoli).

Inoltre, nel caso della Polizia di Stato è previsto che la promozione alla qualifica di commissario capo venga ottenuta dal personale interessato dopo due anni e tre mesi dalla promozione a commissario a ruolo aperto, mediante scrutinio per merito assoluto.

Con riferimento al secondo concorso disciplinato dall'art. 2, d.lgs. n. 95 del 2017 è, anzi, previsto che tale promozione alla qualifica di commissario capo possa essere attribuita sempre a ruolo aperto e mediante scrutinio per merito assoluto, ma dopo quattro anni di effettivo servizio nella qualifica di commissario.
Nel caso degli omologhi dell'Arma, in base alle disposizioni innanzi ricordate, la corrispondente promozione al grado di capitano viene – invece ed in sintesi – conseguita da parte degli interessati anche in questo caso per anzianità, con una permanenza (minima) di due anni di permanenza nel grado di tenente.
In altri termini, quindi, il legislatore ha ritenuto di disciplinare detti ruoli a esaurimento di Polizia di Stato ed Arma dei Carabinieri introducendo talune differenziazioni frutto di scelte di carattere normativo e regolamentando in maniera sostanzialmente analoga, anche se non perfettamente speculare, modalità di avanzamento di carriera di carattere straordinario in relazione ad amministrazioni che, pur svolgendo funzioni sostanzialmente affini, vantano ordinamenti distinti; e ciò ferma restando una sostanziale equiordinazione giuridica e (soprattutto) economica del personale.

15.4. Indennità di trasferimento a personale militare a seguito di assegnazione, all'esito di concorso, alla nuova sede di servizio.
Sulla indennità di trasferimento a personale militare a seguito di assegnazione, all'esito di concorso, alla nuova sede di servizio ha pronunciato la sez. I, con parere 15 ottobre 2020, n. 1592.
Ha affermato che l'indennità di trasferimento, di cui all'art. 1, l. 29 marzo 2001, n. 86, non spetta in caso di assegnazione alla nuova sede di servizio, all'esito di un concorso al quale il militare istante aveva partecipato con la quota riservata al personale già appartenente al Corpo.
Ha premesso il parere che l'orientamento delle Sezioni consultive ha presentato, negli ultimi anni, riguardo alla questione, due orientamenti non sempre convergenti.
Un primo orientamento, riguardante un caso di assegnazione dei Vice Sovrintendenti alle sedi di servizio, "ha affermato il carattere unitario della carriera del personale interessato, anche in presenza del conseguimento di un grado superiore per effetto di promozione, ancorché questo avvenga a seguito del superamento di apposito corso o di concorso appositamente riservato, a condizione che il posto in ruolo assegnato appartenga alla quota di riserva e sempre che sussista la condizione della continuità di prestazione di servizio, riconoscendo l'indennità di trasferimento prevista dall'art. 1, l. n. 86 del 2001 anche in favore del personale militare vincitore di concorso interno che, transitato nel nuovo ruolo, venga destinato ad una diversa sede di servizio . . . a nulla rilevando "a contrario" la circostanza che l'assegnazione alla sede di servizio di destinazione sia stata manifestata dall'interessato all'esito del corso (secondo l'ordine di graduatoria e nell'ambito delle disponibilità) e che la partecipazione al concorso avesse carattere volontario, realizzando l'assegnazione ad una sede di servizio diversa da quella nella quale il dipendente era impiegato nel ruolo originario di appartenenza il presupposto del "trasferimento d'ufficio" richiesto dall'art. 1, l. n. 86 del 2001" (sez. I, n. 1530 del 2019, che aderisce al parere della sez. II, n. 82 del 2013). Secondo questo primo orientamento

"l'assegnazione dei dipendenti risultati vincitori del concorso interno di cui si è detto, al termine del previsto corso formativo biennale, ad una sede diversa da quella di originario servizio, è connotata dalla prevalenza dell'interesse pubblico su quello del dipendente, anche quando quest'ultimo l'abbia indicata come sede di preferenza o di gradimento — ma pur sempre nell'ambito delle sedi indicate dall'amministrazione, in conformità a quanto previsto dall'art. 4, comma 5, d.lgs. n. 155 del 2001 —, apparendo siffatta assegnazione finalizzata in via prioritaria alla soddisfazione dell'interesse della pubblica amministrazione alla provvista di funzionari del Corpo Forestale dello Stato dotati di specifiche professionalità".

Di segno opposto è invece il secondo orientamento. In particolare, nel parere della sez. II, 20 febbraio 2017, n. 439, riguardante il caso di un appuntato scelto dei Carabinieri che aveva chiesto l'indennità di trasferimento a seguito del suo trasferimento a domanda, pur dandosi atto che la giurisprudenza amministrativa ha effettivamente affermato che non è sufficiente la mera presentazione di una domanda del pubblico dipendente affinché l'assegnazione ad una nuova sede di servizio possa essere sicuramente qualificata come trasferimento a domanda, dovendo indagarsi su quale interesse sia stato perseguito prioritariamente dall'Amministrazione (Cons. St., sez. IV, n. 4341 del 18 ottobre 2016), con la conseguenza che potrebbe essere qualificato come trasferimento d'ufficio (ai fini della corresponsione delle relative indennità) anche un trasferimento preceduto da una domanda di assegnazione alla nuova sede (o di gradimento per la stessa), ha però aggiunto e chiarito "che non può essere invocato il trasferimento d'ufficio ogni qual volta si ritiene venga in rilievo il soddisfacimento di esigenze dell'Amministrazione, tenuto conto che tali esigenze sono per loro natura sempre presenti anche in un trasferimento a domanda per un posto che la stessa Amministrazione ritiene debba essere coperto per il miglior soddisfacimento delle proprie funzioni (Cons. St., sez. IV, n. 9277 del 18 dicembre 2010)", e che "Si è quindi affermato che, quando il trasferimento è disposto a seguito della presentazione di una domanda, in una procedura concorsuale, sui posti liberi individuati dall'Amministrazione di appartenenza, si deve escludere la configurabilità di un trasferimento d'ufficio, con il conseguente diritto a percepire le relative indennità (Cons. St., sez. IV n. 5201 del 23 ottobre 2008)". Secondo questo secondo orientamento, dunque, "La domanda di trasferimento presentata dall'interessato, all'esito di una procedura aperta, non costituisce infatti, una mera dichiarazione di disponibilità al trasferimento ma esprime l'interesse del richiedente di lasciare la sede presso la quale presta servizio per ottenere il trasferimento nella sede diversa che si è resa disponibile", sicché "Può quindi correttamente parlarsi, in tali casi, di un trasferimento a domanda, con le relative conseguenze in ordine al trattamento economico spettante agli interessati". "Né ha alcun rilievo per qualificare diversamente il trasferimento – ha aggiunto la Sezione - la circostanza che, mediante l'attivazione della procedura di mobilità, alla quale può partecipare, presentando apposita domanda, in modo indifferenziato il personale che ha un interesse al trasferimento, anche l'Amministrazione persegue l'interesse pubblico di coprire il posto resosi vacante". Il parere n. 439 del 2017 si è altresì premurato di confutare l'opposto orientamento "secondo il

quale (in alcune situazioni di più difficile interpretazione) il discrimine tra il trasferimento d'ufficio e il trasferimento a domanda va rintracciato nel diverso rapporto che intercorre nelle due ipotesi tra l'interesse pubblico e l'interesse personale, nel senso che nel primo caso il trasferimento è reputato indispensabile per la migliore realizzazione dell'interesse pubblico (anche in presenza di una mera dichiarazione di disponibilità al trasferimento) mentre nel secondo caso è solo riconosciuto compatibile con le esigenze di servizio, tenuto conto che, ai fini della corretta qualificazione in concreto di un determinato movimento di un dipendente pubblico, come trasferimento d'ufficio ovvero a domanda, deve aversi comunque riguardo alle specifiche modalità con cui esso è avvenuto in quanto, come si è già detto, l'interesse pubblico (alla efficiente ed adeguata ripartizione e assegnazione del personale ai vari uffici e servizi) è comunque presente in entrambi i tipi di trasferimenti, quantunque, in quello a domanda, esso coincida con l'interesse privato del dipendente (Cons. St., sez. IV, 19 dicembre 2008, n. 6410)", ipotesi, questa, nella quale la domanda non esclude la natura d'autorità del trasferimento, che si realizza in modo chiaro soprattutto nelle ipotesi di trasferimento per soppressione del posto di provenienza, come chiarito dalla giurisprudenza per il caso in cui il trasferimento "è determinato dalla scelta dell'Amministrazione di sopprimere l'articolazione presso la quale un militare presta servizio, la dislocazione del personale già dipendente dal comando soppresso risponde in via esclusiva o comunque del tutto prioritaria ai superiori interessi pubblici perseguiti dal Corpo mediante la adottata misura organizzativa, con la conseguenza che il connotato autoritativo del trasferimento non scolora per l'effetto della domanda (o dichiarazione di gradimento) presentata dal militare, in quanto questi risulta coinvolto in una procedura di mobilità non per scelta sua personale ma in esclusiva conseguenza delle opzioni organizzative valorizzate dall'Amministrazione (Cons. St., sez. IV, n. 4341 del 18 ottobre 2016)", principio confermato nella decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2016 secondo cui "Prima dell'entrata in vigore (il 1° gennaio 2013) dell'art. 1, comma 163, l. 24 dicembre 2012, n. 228 - che ha introdotto il comma 1-*bis* nell' art. 1, l. n. 86 del 2001 - spetta al personale militare l'indennità di trasferimento prevista dal comma 1 del medesimo articolo, a seguito del mutamento della sede di servizio dovuto a soppressione (o diversa dislocazione) del reparto di appartenenza (o relative articolazioni), anche in presenza di clausole di gradimento (o istanze di scelta) della nuova sede, purché ricorrano gli ulteriori presupposti individuati dalla norma, ovvero una distanza fra la nuova e l'originaria sede di servizio superiore ai 10 chilometri e l'ubicazione in comuni differenti."

Questo secondo orientamento – negativo del diritto all'indennità di trasferimento – è condiviso anche dalla sez. III, con la sentenza 3 agosto 2015, n. 3799, e dalla più recente giurisprudenza del giudice di appello (sez. II, 27 marzo 2020, n. 2151 e 23 maggio 2019, n. 3363) ed è stato ribadito dalla sez. II con il parere 15 giugno 2017, n. 1410.

Il parere ha aderito al secondo orientamento.

La causa prossima, immediata e diretta, del trasferimento di sede, che è la sola che rileva per il diritto, è costituita nel caso dalla domanda volontaria del dipendente, senza la quale nessun trasferimento sarebbe avvenuto, mentre la procedura di avanzamento, indetta dall'Amministrazione, ha costituito nella vicenda in esame solo l'occasione o il

mezzo attraverso il quale il trasferimento si è concretizzato, ma non ne costituisce certamente la causa efficiente.
Come chiarito nel parere n. 439 del 2017, la circostanza che il trasferimento soddisfi in qualche modo anche l'interesse dell'amministrazione non può incidere sulla natura del trasferimento stesso, posto che pressoché tutti i casi di trasferimento volontario a domanda devono comunque passare per il filtro della valutazione discrezionale dell'amministrazione circa la coerenza e la convenienza di tale movimento con il proprio assetto organizzativo e con la funzionalità del servizio.

16. Professioni e mestieri.

16.1. Corsi di formazione per l'accesso alla professione di avvocato.

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere 28 aprile 2020, n. 830 sullo schema di Regolamento che modifica il decreto del Ministro della giustizia 9 febbraio 2018, n. 17, recante la disciplina dei corsi di formazione per l'accesso alla professione di avvocato, ai sensi dell'art. 43, comma 2, l. 31 dicembre 2012, n. 247.
Il Ministero richiedente ha rappresentato che, con la conversione (avvenuta con l. 28 febbraio 2020, n. 8) del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, è stato modificato l'art. 49, comma 1, l. 31 dicembre 2012, n. 247, per rinviare ulteriormente l'applicazione della nuova disciplina dell'esame di abilitazione all'esercizio della professione di avvocato. È infatti previsto il differimento per altri due anni dell'entrata in funzione del nuovo regime. L'opzione per un'ulteriore dilazione biennale delle nuove modalità previste per l'esame di avvocato, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe consentire "una prossima revisione della disciplina dell'esame di Stato". Per tale ragione si è reso necessario allineare alla nuova proroga del regime transitorio dell'esame di abilitazione anche la decorrenza dell'obbligo di frequenza di cui all'art. 43, l. n. 247 del 2012, posto che la disciplina regolamentare dei corsi di formazione è finalizzata alla preparazione dell'esame di Stato".
Quanto all'*iter* di formazione del decreto, il Ministero ha ritenuto che lo stesso possa essere adottato - in stretta applicazione dell'art. 43, comma 2, l. n. 247 del 2012 - previa acquisizione del solo parere del CNF e senza il passaggio, generalmente previsto dalla legge forense per i regolamenti di attuazione, alle Commissioni parlamentari competenti.
Ha chiarito la Sezione che con la modifica regolamentare in esame è differita la decorrenza degli effetti del regolamento in questione al 1° aprile 2022.
Secondo quanto rappresentato dal Ministero, l'opzione legislativa per un ulteriore differimento biennale delle nuove modalità di espletamento dell'esame di avvocato è diretta anche a consentire al legislatore di riconsiderare nel suo complesso la disciplina dell'accesso alla professione forense. Sotto tale aspetto, nonostante il fatto che il regolamento disciplini unicamente il profilo dei corsi di formazione per l'accesso alla professione di avvocato, la Sezione ha ritenuto coerente l'allineamento dell'entrata in vigore del regolamento con l'entrata in vigore delle norme di rango legislativo. Non c'è dubbio, infatti, che nel disegno complessivo la preliminare formazione del praticante – da realizzare anche tramite la frequenza dei corsi previsti dal regolamento – costituisca un

aspetto inscindibile delle nuove modalità di esame sia nella formulazione attuale della legge sia nella prospettiva di una revisione di questa. Ciò peraltro risulta utile anche per comprendere se il regolamento dovrà essere modificato, una volta realizzata l'intenzione "di riconsiderare nel suo complesso la disciplina dell'accesso alla professione forense". In definitiva, la scelta appare opportuna per "evitare di impegnare gli ordini forensi e gli stessi tirocinanti in attività che potrebbero *ex post* risultare non coerenti con la futura disciplina dell'accesso alla professione" (come responsabilmente evidenziato nell'odierna richiesta di parere).

16.2. Regolamento sull'ammissione dei medici alle scuole di specializzazione in medicina.

Con parere 10 luglio 2020, n. 1280, la Sezione consultiva per gli atti normativi ha pronunciato sullo schema di Regolamento che modifica la disciplina delle modalità di ammissione dei medici alle scuole di specializzazione in medicina, attualmente contenuta nel regolamento di cui al decreto ministeriale 10 agosto 2017, n. 130.

La fonte normativa nazionale alla base del regolamento in esame è costituita dall'art. 36, comma 1, d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368 (Attuazione della direttiva 93/16/CEE in materia di libera circolazione dei medici e di reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati ed altri titoli e delle direttive 97/50/CE, 98/21/CE, 98/63/CE e 99/46/CE che modificano la direttiva 93/16/CEE).

Il comma 1 del predetto art. 36 ha previsto che, in sostituzione del sistema di accesso decentrato a livello di singole Università, l'immissione dei medici nelle scuole di specializzazione in medicina avviene mediante concorso unico nazionale, con la costituzione di una commissione centrale e la formazione di un'unica graduatoria nazionale.

La Sezione ha espresso apprezzamento circa la finalità del decreto di superare le criticità emerse in sede di applicazione dei precedenti regolamenti e evidenziate anche dal relativo contenzioso, in particolare relativamente all'importante problema del gran numero di contratti che restano non assegnati. Ha poi ricordato che si tratta del quarto intervento regolamentare nella materia nel corso di pochi anni, a conferma della complessità delle questioni poste in questo ambito e della difficoltà di individuare le più corrette e opportune misure di intervento. A tal proposito ha ricordato anche con riguardo allo schema di regolamento in esame, alcune considerazioni già formulate dalla Sezione con il precedente parere n. 1836/2017 reso nel procedimento di adozione del decreto n. 130 del 2017, riguardanti in particolare: l'utilità di un raccordo funzionale – anche se, nel caso di specie, non previsto dalla disciplina di rango primario – con il Ministero della salute, al fine di assicurare il necessario coordinamento tra la procedura concorsuale e la programmazione del fabbisogno di medici specialisti, a maggior ragione in un contesto in cui le consultazioni effettuate sullo schema di decreto in oggetto, secondo quanto rappresentato dall'Amministrazione, hanno coinvolto solo i rappresentanti del Consiglio nazionale degli studenti universitari (CNSU) durante un incontro tenutosi in via telematica, in data 28 maggio 2020; l'opportunità di meglio precisare le modalità di controllo e di monitoraggio dell'intervento, di cui si dà un'informativa solo nell'AIR, senza che siano previste disposizioni al riguardo nel regolamento; la mancata predisposizione

della VIR che, con riguardo ad un ambito regolatorio che ha registrato le predette vicende con il relativo contenzioso, sarebbe, invece, utile.

16.3. Requisiti per l'esercizio della professione di "accompagnatore di media montagna" in Lombardia.

La sez. I, con parere 20 novembre 2020, n. 1914 ha affermato che non è né proporzionata, né ragionevole la scelta della Regione Lombardia di riservare agli accompagnatori di media montagna (AMM) non solo i percorsi riconducibili ai sentieri classificati "EE" (per i quali le caratteristiche dei terreni montani da percorrere, particolarmente acclivi ed impervi, nonché le relative difficoltà di progressione, ben possono giustificare la riserva in capo agli AMM), ma anche i sentieri classificati come "E" che - per definizione - sono sentieri privi di difficoltà tecniche, specie se sotto la quota altimetrica dei 600 metri; la sproporzione e la irragionevolezza di tale scelta fa venir meno quale motivo imperativo di interesse generale, consistente nella tutela della sicurezza degli utenti, che solo potrebbe giustificare l'esclusione della guida ambientale escursionistica (GAE) e la riserva, restrittiva della libera prestazione di servizi e della concorrenza, ai soli AMM.

Nel parere è stato preliminarmente ricordato che l'attività di guida ambientale escursionistica si colloca nell'ambito delle "professioni non organizzate" (in ordini o collegi) di cui alla l. 14 gennaio 2013, n. 4 (Disposizioni in materia di professioni non organizzate), la cui disciplina mira esclusivamente a migliorare su base volontaria gli standard professionali attraverso l'associazionismo libero, ma esclude che gli esercenti tali professioni non organizzate possano costituirsi in ordini o collegi e che possano subordinare la libertà di prestazione dell'attività a previe iscrizioni in elenchi, all'iscrizione all'associazione professionale o alla previa acquisizione di particolari titoli formativi o professionali, essendo loro consentito esclusivamente di costituire associazioni a carattere professionale di natura privatistica, fondale su base volontaria, senza alcun vincolo di rappresentanza esclusiva, con il fine di valorizzare le competenze degli associati e garantire il rispetto delle regole deontologiche, agevolando la scelta e la tutela degli utenti nel rispetto delle regole sulla concorrenza.

L'attività di accompagnatore di media montagna, invece, si colloca all'interno del diverso campo delle professioni regolamentate, disciplinato dalla direttiva 2005/36/CE, recepita con il d.lgs. 9 novembre 2007, n. 206, in base al quale (art. 3 della direttiva europea) per "professione regolamentata" si intende "l'attività, o insieme di attività professionali, l'accesso alle quali e il cui esercizio, o una delle cui modalità di esercizio, sono subordinati direttamente o indirettamente, in forza di norme legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di determinate qualifiche professionali". Più in particolare, l'AMM si colloca nell'ambito della professione organizzata di guida alpina, di cui alla l. 2 gennaio 1989, n. 6 (Ordinamento della professione di guida alpina), ponendosi come un sottotipo della "guida alpina" previsto espressamente dall'art. 21 della citata l. n. 6 del 1989.

Ha ancora ricordato il parere che l'area di attività propria degli AMM, in quanto professione regolamentata, è riservata a tali soggetti, poiché resta subordinata al possesso

dell'apposita qualifica professionale, mentre l'area di attività della GAE è libera, rispondendo, l'associazionismo volontario delle professioni non regolamentate, a mere esigenze di miglioramento degli standard professionali, nonché di formazione e assistenza reciproca proprie della libertà di associazione dei privati, ma non potendo creare in alcun modo una "riserva" di attività professionale ai soli soggetti iscritti.
Con sentenza 23 dicembre 2005, n. 459 la Corte costituzionale ha esaminato proprio il profilo della possibile convivenza delle due figure professionali, sia quanto alla delimitazione dei rispettivi ambiti di svolgimento dell'attività, sia quanto al rapporto tra la legislazione statale in tema di concorrenza e quella regionale concorrente in tema di definizione e disciplina delle attività professionali nell'ambito turistico e di formazione professionale, nonché con riguardo ai limiti pro-concorrenziali che comunque perimetrano la stessa potestà legislativa statale di introdurre nuove professioni regolamentate riservatarie di ambiti di attività professionale. Ciò che distingue effettivamente la figura professionale dell'accompagnatore di media montagna è, sulla base di quanto previsto dalla l. n. 6 del 1989, non già una generica attività di accompagnamento in aree montane (la cui esatta definizione, per di più, aprirebbe complessi problemi a seguito della intervenuta soppressione del criterio altimetrico in conseguenza della abrogazione dell'art. 3, l. 3 dicembre 1971, n. 1102, recante "Nuove norme per lo sviluppo della montagna", nonché dell'art. 1, l. 27 luglio 1952, n. 991, recante "Provvedimenti in favore dei territori montani"), bensì l'accompagnamento su qualsiasi terreno che comporti "l'uso di tecniche e di attrezzature alpinistiche" (come si esprime testualmente l'art. 2, comma 2, l. n. 6 del 1989) o l'attraversamento di aree particolarmente pericolose e cioè «delle zone rocciose, dei ghiacciai, dei terreni innevati e di quelli che richiedono comunque, per la progressione, l'uso di corda, piccozza e ramponi» (come si esprime l'art. 21, comma 2, della medesima legge)"; mentre, invece, a giudizio della Corte, la figura della "guida-ambientale escursionistica" avrebbe "un profilo professionale alquanto differenziato dall'"accompagnatore di media montagna", perché essenzialmente finalizzata ad illustrare "gli aspetti ambientali e naturalistici" dei diversi territori (montani, collinari, di pianura ed acquatici) e con esplicita esclusione "di percorsi di particolare difficoltà, posti su terreni innevati e rocciosi di elevata acclività, ed in ogni caso di quelli che richiedono l'uso di attrezzature e tecniche alpinistiche, con utilizzo di corda, piccozza e ramponi" (da cui la conclusiva conseguenza per cui "Dal momento che quindi non si erode l'area della figura professionale della guida alpina, ma si opera nell'area lasciata alla discrezionalità del legislatore regionale dalla vigente legislazione di cornice in materia turistica, la questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice rimettente si rivela priva di fondamento").

17. Editoria.
La sez. I, con parere 25 giugno 2020, n. 1224 ha affermato che in materia di contributi a favore di periodici italiani pubblicati all'estero, è illegittima e va disapplicata, in quanto in contrasto con la norma di rango primario contenuta nell'art. 2-*bis*, d.l. 18 maggio 2012, n. 63, convertito, con modificazioni, dalla l. 16 luglio 2012, n. 138, la norma regolamentare contenuta nell'art. 4, d.P.R. 11 agosto 2014, n. 138 che non include tra i criteri

per l'ammissione al contributo del periodico la sua prevalente diffusione tra le comunità italiane presenti all'estero. Il giudice amministrativo, al fine di giudicare della legittimità del provvedimento impugnato, può fare uso del potere di disapplicazione della norma regolamentare in contrasto con la disposizione di rango legislativo e respingere il proposto gravame. Ha chiarito la Sezione che il comma 1 dell'art. 1-*bis*, d.l. n. 63 del 2012, laddove autorizza la corresponsione di contributi, per l'importo complessivo annuo di 2 milioni di euro a decorrere dall'anno 2012, in favore di periodici italiani "pubblicati all'estero da almeno tre anni" e di "pubblicazioni con periodicità almeno trimestrale edite in Italia e diffuse prevalentemente all'estero da almeno tre anni" non può essere inteso nel senso che il requisito di ammissione al contributo costituito dalla prevalente diffusione all'estero sia riferibile esclusivamente alle pubblicazioni edite in Italia.
Ed invero, la diffusione del periodico presso le comunità italiane all'estero configura la stessa ragione giustificatrice della disposizione legislativa (e del relativo stanziamento finanziario), senza la quale quest'ultima mancherebbe la sua finalità dichiarata, univocamente desumibile anche dal successivo comma 2, di favorire la promozione e la diffusione della lingua e della cultura italiane in terra straniera. Ne discende che, pur nella non felice formulazione del comma 1, deve ritenersi che il requisito della "prevalente diffusione all'estero" sia essenziale per l'ammissione al contributo, sia per i periodici pubblicati in Italia, sia – e *a fortiori* – per quelli pubblicati all'estero. Pertanto, esaminando il tenore letterale della disposizione emerge che il legislatore ha ritenuto di riferire espressamente il predetto requisito alle sole pubblicazioni effettuate in Italia non perché esso non sia richiesto per le pubblicazioni effettuate all'estero, bensì in quanto per queste ultime il luogo di pubblicazione coincide normalmente con quello di diffusione. E' infatti evidente che, se la ratio stessa del contributo coincide con il sostegno alla lingua ed alla cultura italiane all'estero, non è neppure ipotizzabile, senza tradire la finalità dell'intervento legislativo, l'ammissione al contributo di un periodico pubblicato all'estero e diffuso prevalentemente in Italia.
Orbene, la predetta lettura della norma di rango primario non trova corrispondenza nell'art. 4, comma 1, lettera a), d.P.R. n. 138 del 2014, secondo cui la Commissione prevista dall'art. 1-*bis*, comma 4, d.l. n. 63 del 2012 accerta per i periodici editi all'estero i requisiti di ammissione costituiti: a) dalla regolare pubblicazione da almeno tre anni, con periodicità almeno trimestrale nell'anno solare di riferimento; b) dalla trattazione, con testi scritti almeno per il 50 per cento in lingua italiana, di argomenti di interesse della comunità italiana all'estero nel rispetto dei contenuti specificato nell'art. 1-*bis*, comma 2, del citato decreto legge. La disposizione regolamentare, a differenza di quanto disposto dalla successiva lettera b) per i periodici editi in Italia, non menziona tra i requisiti per l'ammissione al contributo quello della prevalente diffusione all'estero. A ciò deve essere aggiunto che il successivo art. 6 del medesimo regolamento, rubricato "Riparto dei contributi tra gli aventi titolo", al comma 2, lettera c), stabilisce che il riparto dei contributi tra le varie testate giornalistiche avviene nella misura del 20 per cento delle risorse disponibili "in ragione della diffusione presso le comunità italiane all'estero e dell'apporto alla diffusione della lingua e della cultura italiana, quali desumibili dal numero di copie effettivamente distribuite nell'anno solare di riferimento". Ai sensi della

richiamata disciplina regolamentare, pertanto, per i periodici editi all'estero, la prevalente diffusione presso le comunità italiane all'estero non costituisce requisito di ammissione al contributo, bensì mero parametro di riparto del contributo tra gli aventi titolo. Ne discende che, facendo applicazione esclusiva della disciplina del d.P.R. n. 138 del 2014, non potrebbe essere legittimamente respinta la domanda di contributo di un periodico edito all'estero sul mero presupposto della carenza del requisito della prevalente diffusione presso le comunità italiane all'estero.

18. Circolazione stradale.

La sez. I, con parere 17 novembre 2020, n. 1842 ha affermato che l'istituto della revisione della patente di guida per assunzione, da parte del guidatore, di sostanze stupefacenti accertate da indagini di laboratorio non configura sanzione amministrativa, sia pure accessoria, bensì rappresenta un provvedimento amministrativo non sanzionatorio, funzionale alla garanzia della sicurezza del traffico; l'amministrazione può, dunque, legittimamente disporre la revisione della patente di guida tutte le volte in cui il comportamento del patentato ingeneri un mero dubbio sulla sua idoneità, non essendo necessaria la certezza in ordine al venir meno di tali requisiti. Il parere ha escluso che si applichi l'art. 15, l. 24 novembre 1981, n. 689, che prevede la comunicazione all'interessato dell'esito delle analisi e la possibilità per questo di chiederne la revisione "se per l'accertamento della violazione sono compiute analisi di campioni", essendo tale disposizione applicabile in materia di violazioni amministrative, trattandosi di un adempimento posto a carico dell'amministrazione e di un diritto riconosciuto al privato al fine di garantire la piena tutela di quest'ultimo nel procedimento di accertamento della violazione. Ha puntualizzato il parere che nella fattispecie in esame l'accertamento di laboratorio effettuato non costituisce atto strumentale all'accertamento di una violazione amministrativa, finalizzato alla irrogazione di una sanzione. Invero, il prefato accertamento rileva nella vicenda all'esame della Sezione unicamente quale presupposto per disporre la revisione della patente e, dunque, una nuova verifica sulla idoneità psicofisica della persona alla guida di veicoli a motore. Non vi è, alla base della revisione, l'avvenuto accertamento di una violazione amministrativa, ma unicamente il dato fattuale della rilevata qualità, in capo al conducente, di soggetto assuntore di sostanze stupefacenti, che ha fatto sorgere dubbi sulla persistenza dei suddetti requisiti di idoneità.

19. Giochi.

Con parere 10 luglio 2020, n. 1279 la sez. I ha affermato che alla luce della giurisprudenza eurounitaria e nazionale che, in materia di esercizio dell'attività di raccolta delle scommesse, ha sancito la legittimità del sistema del così detto "doppio binario", per cui l'esercizio di tali attività commerciali ben può essere sottoposto, per motivi imperativi di tutela dell'ordine pubblico, alla doppia limitazione della concessione statale e dell'autorizzazione di polizia, il comma 644 dell'art. 1 della legge di stabilità per l'anno 2015 (l. 23 dicembre 2014, n. 190) - che ha consentito anche ai soggetti che non hanno aderito alla regolarizzazione prevista dal precedente comma 643 la prosecuzione, a determinate condizioni, dell'attività di raccolta delle scommesse per conto di soggetti terzi, anche

esteri, non collegati al totalizzatore nazionale dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli - è applicabile solo ai soggetti che già svolgevano l'attività di raccolta delle scommesse (così "centri di trasmissione dati") alla data del 31 ottobre 2014, con esclusione dei soggetti che abbiano iniziato tale attività successivamente.
La Sezione ha aggiunto che il comma 644 dell'art. 1, l. 23 dicembre 2014, n. 190 deve interpretarsi nel senso che la comunicazione al Questore ivi prevista, se non può considerarsi alla stregua di una domanda di rilascio dell'autorizzazione di polizia prevista dall'art. 88 del TULPS, dà comunque origine, ove sussistano i requisiti soggettivi e oggettivi in capo al soggetto che l'ha effettuata, a un rapporto di controllo autorizzatorio nel corso del quale l'Autorità di pubblica sicurezza può in qualunque momento esercitare tutti i poteri di controllo previsti dal TULPS e da ogni altra norma speciale applicabile alla fattispecie, non potendo la suddetta comunicazione essere equiparata a una s.c.i.a. e dovendosi pertanto escludere la sussistenza di termini perentori e decadenziali per l'esercizio dei poteri di controllo e repressivi del Questore.
Ha ricordato la Sezione che i commi 643-644 dell'art. 1, l. n. 190 del 2014 – nasce dall'esigenza di porre rimedio a un ampio contenzioso che si era in precedenza generato riguardo alla possibilità di operare in Italia da parte di primari bookmaker e gestori di case da gioco stabiliti in altri paesi dell'Unione, che agivano nel mercato italiano tramite l'intermediazione di numerose agenzie, comunemente denominate "centri di trasmissione dati" ("CTD"), che offrono i loro servizi in locali aperti al pubblico in cui mettono a disposizione degli scommettitori un percorso telematico che consente di accedere al server del *bookmaker* estero, al di fuori, dunque, del collegamento al totalizzatore nazionale dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli.
Come ha ricordato il Ministero, le linee interpretative vincolanti in questa materia sono state dettate dalle note sentenze della Corte di giustizia del Lussemburgo 6 marzo 2007, nelle cause riunite C-338/04, C-359/04 E C-360/04 (Placanica), 16 febbraio 2012, nelle cause riunite C-72/10 e C-77/10 (Costa-Cifone) e 12 settembre 2013, nelle cause C-660/11 e C-8/12 (Biasci), in base alle quali gli artt. 43 CE e 49 CE ostano alla normativa nazionale che escludeva dal settore dei giochi di azzardo gli operatori costituiti sotto forma di società di capitali le cui azioni sono quotate nei mercati regolamentati (per difetto di identificabilità dei soci), ostano altresì alla successiva normativa nazionale che ha imposto l'obbligo per i nuovi concessionari (chiamati in esecuzione della sentenza "Placanica") di insediarsi ad una distanza minima da quelli già esistenti, ostano inoltre a una normativa nazionale che impedisca di fatto qualsiasi attività transfrontaliera nel settore del gioco indipendentemente dalla forma di svolgimento della suddetta attività e, in particolare, nei casi in cui avviene un contatto diretto fra il consumatore e l'operatore ed è possibile un controllo fisico, per finalità di pubblica sicurezza, degli intermediari dell'impresa presenti sul territorio.
La medesima giurisprudenza eurounitaria ha peraltro chiarito (sentenza Biasci, cause riunite C 660/11 e C 8/12, cit.) che "l'obiettivo attinente alla lotta contro la criminalità collegata ai giochi d'azzardo è idoneo a giustificare le restrizioni alle libertà fondamentali derivanti da tale normativa, purché tali restrizioni soddisfino il principio di proporzionalità e nella misura in cui i mezzi impiegati siano coerenti e sistematici (v., in tal senso,

citate sentenze Placanica e a., punti da 52 a 55, nonché Costa e Cifone, punti da 61 a 63)".
Il Giudice eurounitario ha in tal modo legittimato il sistema della c.d. doppia autorizzazione, affermando che gli artt. 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che imponga alle società interessate a esercitare attività collegate ai giochi d'azzardo l'obbligo di ottenere un'autorizzazione di polizia, in aggiunta a una concessione rilasciata dallo Stato al fine di esercitare simili attività, rilevando in sostanza che l'obiettivo della lotta contro la criminalità collegata ai giochi d'azzardo è idoneo a giustificare quelle misure restrittive che soddisfino il principio di proporzionalità.
La Corte del Lussemburgo ha altresì escluso l'obbligo dello Stato, nel cui territorio si intende svolgere l'attività di raccolta delle scommesse, di riconoscere i titoli concessori/autorizzatori rilasciati dallo Stato di stabilimento dell'operatore economico (non esistendo allo stato attuale un "obbligo di mutuo riconoscimento delle autorizzazioni rilasciate dai vari Stati membri: v., in tal senso, sentenze dell'8 settembre 2010, Stoß e a., C-316/07, da C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07, Racc. pag. I-8069, punto 112, nonché del 15 settembre 2011, Dickinger e Ömer, C-347/09, Racc. pag. I-8185, punti 96 e 99)", con la conseguenza per cui "il fatto che un operatore debba disporre sia di una concessione sia di un'autorizzazione di polizia per poter accedere al mercato di cui trattasi non è, in sé, sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito dal legislatore nazionale, ossia quello della lotta alla criminalità collegata ai giochi d'azzardo".
Questa impostazione – secondo la quale la disciplina dei giochi d'azzardo incide (anche) sulla materia dell'ordine pubblico, giustificando la vigenza del regime autorizzatorio previsto dagli artt. 86 e 88, r.d. 18 giugno 1931, n. 773 - è stata ribadita recentemente dalla Corte costituzionale con la sentenza 27 febbraio 2019, n. 27 ["Questa Corte ha già avuto modo di pronunciarsi più volte riguardo alla disciplina dei giochi leciti, ricondotta alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «ordine pubblico e sicurezza» per le modalità di installazione e di utilizzo degli apparecchi da gioco leciti e per l'individuazione dei giochi leciti. Si tratta di profili, infatti, che evocano finalità di prevenzione dei reati e di mantenimento dell'ordine pubblico (sentenze n. 72 del 2010 e n. 237 del 2006), giustificando la vigenza del regime autorizzatorio previsto dagli artt. 86 e 88, n. 773 del 1931)]".
In questa stessa direzione si muove, infine, la giurisprudenza del Consiglio di Stato e del Giudice amministrativo di primo grado (si vedano, in tema, il parere della sez. I 15 gennaio 2020, n. 137 e la sentenza della sez. III, 10 agosto 2018, n. 4905; per recenti casi applicativi cfr. Tar Brescia 12 maggio 2020, n. 354; TAR Liguria, sez. II, 11 aprile 2019, n. 345; Tar Milano, sez. I, 16 aprile 2019, n. 848), nonché quella penale (Cass. pen., sez. III, n. 20879 del 2018; id. n. 51843 del 2018).
La Corte di Giustizia dell'Unione europea, peraltro, ha di recente chiarito – esaminando la disciplina tedesca (sentenza n. 336 del 4 febbraio 2016, in causa C-336/14, Sebat) – che l'art. 56 TFUE osta a che uno Stato membro punisca l'intermediazione senza autorizzazione di scommesse sportive nel suo territorio effettuata per conto di un operatore

titolare di una licenza per l'organizzazione di scommesse sportive in un altro Stato membro qualora il rilascio di un'autorizzazione all'organizzazione di scommesse sportive sia subordinato all'ottenimento, da parte di detto operatore, di una concessione sulla base di una procedura di assegnazione di concessioni che non rispetta i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in ragione della nazionalità, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva. Con la conseguenza che un operatore economico, autorizzato nel paese d'origine, può legittimamente esercitare il gioco d'azzardo in un altro Stato membro qualora la legislazione di quest'ultimo ostacoli o impedisca l'ottenimento di una concessione (fermo restando l'obbligo di munirsi, per i centri di raccolta delle scommesse, delle previste autorizzazioni di polizia).

20. Giurisdizione.

Sul diniego di cittadinanza italiana per matrimonio, ai sensi dell'art. 5, l. 5 febbraio 1992, n. 91, la sez. I, 5 agosto 2020, n. 1387 ha affermato che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo in quanto la valutazione in ordine alla sussistenza nel caso specifico di comprovati motivi inerenti la sicurezza della Repubblica presuppone una attività di giudizio e ponderazioni di interessi, quello privato dello straniero richiedente e quello di matrice pubblicistica alla sicurezza della Repubblica, quest'ultimo considerato dalla legge in ogni caso prevalente sul primo. Di talché ove l'accoglimento della domanda di acquisto della cittadinanza per matrimonio, secondo l'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione procedente, entrasse in insanabile conflitto con quest'ultimo interesse, mettendolo irrimediabilmente a rischio, è lo stesso legislatore a risolvere il potenziale conflitto, imponendo il rigetto della domanda.

Ha chiarito la Sezione che costituisce principio giurisprudenziale ormai sedimentato, a più riprese enunciato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (5 luglio 1999, n. 18; id. 24 maggio 2007, n. 8; id. 26 ottobre 1979, n. 25), quello secondo cui "la posizione di interesse legittimo si collega all'esercizio di una potestà amministrativa rivolta, secondo il suo modello legale, alla cura diretta ed immediata di un interesse della collettività; il diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione trova, invece, fondamento in norme che, nella prospettiva della regolazione di interessi sostanziali contrapposti, aventi di regola natura patrimoniale, pongono a carico dell'amministrazione obblighi a garanzia diretta ed immediata di un interesse individuale. Donde il principio che, la distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi va fatta con riferimento alla finalità perseguita dalla norma alla quale l'atto si collega, giacché quando risulti, attraverso i consueti processi interpretativi, che l'ordinamento abbia inteso tutelare l'interesse pubblico, alle contrapposte posizioni sostanziali dei privati non può che essere riconosciuta una protezione indiretta, che, da un lato, passa necessariamente attraverso la potestà provvedimentale dell'amministrazione e, dall'altro, si traduce nella possibilità di promuovere, davanti al giudice amministrativo, il controllo sulla legittimità dell'atto". Pertanto, a fronte di norme che perseguono in via diretta ed immediata finalità di interesse pubblico e, nel contempo, definiscono in modo puntuale i presupposti ed il contenuto dell'azione amministrativa, "anche in tal caso l'attività con la quale l'organo competente effettua, in modo unilaterale, il raffronto fra la fattispecie concreta e il suo modello legale

è espressione, in quanto funzionale alla cura di un interesse della collettività, di un potere autoritativo ed esclusivo dell'amministrazione, con la conseguenza che l'atto soggiace al regime proprio del provvedimento amministrativo (presunzione di legittimità, inoppugnabilità dopo il decorso del termine di decadenza, soggezione alla potestà di autotutela) e la posizione di chi aspira a ricevere un'utilità sostanziale dal corretto esercizio del potere assume la configurazione dell'interesse legittimo". Di qui la conclusione che costituisce "un postulato privo di qualsiasi fondamento... che, di regola, al carattere vincolato del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi e, per converso, all'area della discrezionalità amministrativa quelle definibili come interessi legittimi" (Cons. St., A.P., n. 18 del 1999, che richiama Corte cost. 16 aprile 1998, n.127).

Ha ancora chiarito la Sezione che mettendo a fuoco la disciplina scolpita nell'art. 5, l. n. 91 del 1992, il legislatore àncora la possibilità di acquisto della cittadinanza italiana non solo al matrimonio dello straniero con un cittadino, bensì ai requisiti ulteriori della residenza legale per un determinato periodo nel territorio della Repubblica ovvero al decorso di un lasso temporale minimo dal matrimonio per i residenti all'estero, purché al momento del decreto ministeriale di accoglimento della domanda non sia intervenuto lo scioglimento, l'annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio e se non sussista la separazione personale dei coniugi.

Ma pur in presenza dei suesposti requisiti, la domanda di acquisto della cittadinanza per matrimonio non può essere accolta, laddove l'Amministrazione accerti la ricorrenza di una delle tre cause ostative elencate dall'art. 6, comma 1, l. n. 91 del 1992, le prime due relative a sentenze penali di condanna subite dallo straniero, la terza concernente la sussistenza, nel caso specifico, "di comprovati motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica".

L'esame complessivo delle suesposte previsioni legislative dimostra che il legislatore, da un lato, ha inteso enunciare analiticamente i requisiti che legittimano la presentazione della domanda di acquisto della cittadinanza italiana per matrimonio, senza lasciare in questa fase margini discrezionali di apprezzamento all'Amministrazione procedente, dall'altro ha imposto alla medesima Amministrazione di accertare l'eventuale ricorrenza di cause ritenute *ope legis* ostative dell'acquisto, di cui una connotata da una ampia discrezionalità.

Difatti, mentre l'accertamento della intervenuta condanna dello straniero per determinati reati integra una attività priva di qualsiasi margine di apprezzamento, la valutazione in ordine alla sussistenza nel caso specifico di comprovati motivi inerenti la sicurezza della Repubblica presuppone non solo un'istruttoria complessa, coincidente con un'attività puntuale di raccolta di dati ed informazioni, ma soprattutto una conseguente attività di giudizio e ponderazioni di interessi, quello privato dello straniero richiedente e quello di matrice pubblicistica alla sicurezza della Repubblica, quest'ultimo considerato dalla legge in ogni caso prevalente sul primo. Di talché ove l'accoglimento della domanda di acquisto della cittadinanza per matrimonio, secondo l'apprezzamento discre-

zionale dell'Amministrazione procedente, entrasse in insanabile conflitto con quest'ultimo interesse, mettendolo irrimediabilmente a rischio, è lo stesso legislatore a risolvere il potenziale conflitto, imponendo il rigetto della domanda.
L'esame delle pertinenti disposizioni legislative concernenti l'acquisto della cittadinanza per matrimonio scolpite negli artt. 5 e 6, l. n. 91 del 1992 disvela quindi un quadro normativo in cui coesistono in capo all'Amministrazione procedente, e competente all'adozione del provvedimento finale, attività di mero accertamento di fatti, documenti e comportamenti, ed attività valutative connotate da margini piuttosto ampi di apprezzamento e da ponderazioni di interessi.
Le rassegnate conclusioni in punto di giurisdizione trovano poi conferma nell'art. 6, comma 1, lett. c), l. n. 91 del 1992, che impone all'Amministrazione procedente di respingere la domanda di acquisto di cittadinanza italiana per matrimonio a fronte di "comprovati motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica".
Si è già evidenziato che, per un indirizzo giurisprudenziale recentemente seguito dal Consiglio di Stato (sez. III, n. 2768 del 2019), laddove l'Amministrazione procedente eserciti quel potere ampiamente discrezionale di valutazione di motivi ostativi all'acquisto della cittadinanza italiana inerenti la sicurezza della Repubblica, la posizione di diritto soggettivo del richiedente affievolirebbe ad interesse legittimo, con conseguente spostamento della giurisdizione sull'eventuale provvedimento di diniego dal giudice ordinario a quello amministrativo.
Tale argomentazione non risulta convincente, e non solo perché induce, nell'ambito dell'unitario procedimento amministrativo attivato dalla domanda dello straniero, uno spostamento della giurisdizione tra i due plessi, a seconda che l'Amministrazione procedente decida o meno di esercitare il potere discrezionale di valutazione dei motivi ostativi all'acquisto della cittadinanza italiana di cui all'art. 6, comma 1, lett. c), l. n. 91 del 1992.
Ciò che invece massimamente rileva è che la normativa di fonte primaria, sia nella parte in cui rimette all'Amministrazione di esercitare un'attività vincolata di apprezzamento di fatti, documenti ed informazioni, sia laddove disciplini la ponderazione di interessi pubblici e privati per garantire la salvaguardia della sicurezza della Repubblica, persegue un obiettivo finale unitario di chiara matrice pubblicistica. In entrambi i casi, l'Amministrazione, all'esito dell'istruttoria procedimentale imposta dalla legge, deve in ultima istanza accertare se lo straniero possieda i requisiti essenziali rientranti nella specifica fattispecie di acquisto della cittadinanza per matrimonio e se risulti quindi pronto per lo stabile inserimento nella comunità nazionale e l'esercizio, senza pregiudizio per l'ordinamento democratico della Repubblica, dei diritti e delle prerogative attribuiti dalla Carta costituzionale e dalle leggi ordinarie ai cittadini italiani: quanto sopra, sulla base della valutazione di un complesso di circostanze, atte sostanzialmente a dimostrare l'integrazione del soggetto interessato nel tessuto sociale, anche in termini di irreprensibilità di condotta.
Traslando i superiori principi all'odierno gravame, deve essere quindi respinta l'eccezione di inammissibilità proposta dal Ministero riferente e conseguentemente affermata la giurisdizione del giudice amministrativo.

Risulta invero *per tabulas* che il decreto impugnato reca il rigetto della domanda di acquisto della cittadinanza per matrimonio presentata dalla ricorrente per la mancata produzione nel termine fissato con il preavviso di rigetto *ex* art. 10-*bis,* l. n. 241 del 1990 del "certificato penale britannico in corso di validità, con apostille e traduzione".
La mancata produzione del certificato penale, rilasciato dalle autorità competenti dello Stato straniero di residenza della ricorrente, ha difatti reso impossibile l'accertamento del requisito essenziale per l'acquisto della cittadinanza per matrimonio costituito dalla assenza di condanne penali ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. a) e b), l. n. 91 del 1992.

21. Processo amministrativo.
Con parere 10 marzo 2020, n. 571 la Sezione consultiva per gli atti normativi ha affermato che la rapida diffusione dell'epidemia giustifica pienamente il rinvio d'ufficio delle udienze pubbliche e camerali, disposto dal decreto nel periodo che va dall'8 al 22 marzo 2020, allo scopo di evitare, nei limiti del possibile, lo spostamento delle persone per la celebrazione delle predette udienze, nonché la trattazione monocratica delle domande cautelari (salva successiva trattazione collegiale), sempre allo scopo di evitare lo spostamento delle persone e la riunione delle stesse all'interno degli uffici giudiziari, non sembra reperirsi adeguata giustificazione, invece, per la dilatazione dei termini endoprocessuali.
Appare, pertanto, sicuramente più in linea con la ratio del decreto legge l'interpretazione della norma nel senso che il periodo di sospensione riguardi esclusivamente il termine decadenziale previsto dalla legge per la notifica del ricorso (artt. 29 e 41 c.p.a.) e non anche i citati termini endoprocessuali.
Per tale diversa opzione esegetica è vivo l'auspicio della Commissione che si intervenga prontamente ed urgentemente, alla prima occasione utile, a livello normativo, con provvedimento chiarificatore di carattere interpretativo e quindi di portata retroattiva, in modo da assicurare la certezza nella materia dei termini processuali a beneficio di tutte le parti dei giudizi.
La Commissione, ben consapevole in ogni caso delle difficoltà connesse ad un'interpretazione meramente letterale della disposizione, ritiene, per tale ragione, che spetti al Collegio incaricato della trattazione della causa valutare attentamente, di volta in volta, la possibilità di accordare la rimessione in termini, per errore scusabile, alla parte che non ha potuto provvedere agli adempimenti e ai depositi nei termini di legge, possibilità questa prevista in via generale dall'art. 37 c.p.a. e, con specifico riferimento all'emergenza nazionale, anche dall'art. 3, comma 7, del decreto (tale ultima norma, pur richiamando solo i commi 2 e 3 del già citato art. 3, non fa venir meno, ad avviso della Commissione, la portata generale dell'istituto di cui all'art. 37 c.p.a. e, dunque, la possibilità di applicarla in via generale). Come è noto, infatti, il giudice, in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto (circostanze entrambe che potrebbero ben ricorrere in casi del genere), può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile.

22. Attività consultiva del Consiglio di Stato.

22.1. Confini della attività consultiva del Consiglio di Stato.

La sez. I, con parere 13 novembre 2020, n. 1807, ha tracciato i confini della attività consultiva del Consiglio di Stato. Ha chiarito che il Consiglio di Stato in sede consultiva fornisce il proprio parere solo su questioni di massima, la cui soluzione potrà guidare la successiva azione amministrativa nel suo futuro esplicarsi, con la conseguenza che non possono essere emessi pareri su aspetti minimali relativi ad un ordinario segmento del procedimento amministrativo.

Il Consiglio di Stato, per garantire il corretto equilibrio istituzionale, ha reiteratamente escluso la possibilità di richiedere pareri facoltativi su materie o fattispecie per le quali già siano pendenti o in corso di attivazione controversie giurisdizionali. Un'indicazione nel senso di evitare che possano esserci interferenze tra la funzione consultiva e quella giurisdizionale può essere rinvenuta anche all'art. 33, comma 1, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 ("Negli affari che, a norma della presente legge, possono formare oggetto di ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, il Governo, avuto il parere della sezione competente, non può richiedere, in via amministrativa, l'esame del Consiglio di Stato in adunanza generale"). Inoltre, in talune pronunce è stato affermato che "in presenza di contrasti interpretativi già insorti, la richiesta di parere è inammissibile" (Cons. Stato, sez. II, 15 maggio 2013, n. 3006; id. 9 marzo 2011, n. 1589) nel senso che "nell'esercizio dell'attività consultiva, il Consiglio di Stato, quale organo di consulenza imparziale e terzo dello Stato-ordinamento e non dello Stato-apparato, non è destinato[…]a supportare le scelte decisionali delle Amministrazioni, quante volte esse ritengano, a loro discrezione, di avvalersi della consulenza del Consiglio stesso, dal momento che la funzione consultiva svolta nell'interesse non dell'ordinamento generale, ma dell'Amministrazione assistita, compete all'Avvocatura dello Stato. Il Consiglio di Stato fornisce il proprio parere solo su questioni di massima, la cui soluzione potrà guidare la successiva azione amministrativa nel suo futuro esplicarsi" (Cons. Stato, sez. II, 9 marzo 2011, n. 1589; id. 20 settembre 2017, n. 2065). Soprattutto dopo le modifiche introdotte con l'art. 17, l. 15 maggio 1997, n. 127, il parere facoltativo deve riguardare solo le attività che più incisivamente impegnano l'azione del Governo o degli altri organi di maggior rilevanza dello Stato-ordinamento e non può essere attivata da una mera pretesa o esigenza dell'amministrazione interessata, la quale, al contrario, deve esporre, nella sua richiesta di parere, i rilevanti motivi di interesse pubblico strumentali alle attività fondamentali o comunque più significative, che quasi impongono il ricorso al parere facoltativo, il quale, altrimenti, andrebbe a sovrapporsi all'esclusiva autonomia e responsabilità dirigenziale. In altri termini, va esclusa la possibilità di emettere pareri su aspetti minimali relativi ad un ordinario segmento del procedimento amministrativo, in quanto il supporto consultivo, da un lato, non può e non deve sostituirsi all'amministrazione nel dovere di provvedere e, dall'altro, non può invadere l'ambito di operatività delle attribuzioni dell'Avvocatura dello Stato nella sua funzione generale di consulenza alle pubbliche amministrazioni.

Ciò è pienamente coerente con l'idea di un'evoluzione sostanziale delle funzioni consultive del Consiglio di Stato di cui all'art. 100 Cost. e con la necessità di inquadrare le funzioni consultive in una visione sistemica e al passo coi tempi, confermando il ruolo

del Consiglio di Stato come un *advisory board* delle Istituzioni del Paese anche in un ordinamento profondamente innovato e pluralizzato. Così ragionando le funzioni consultive del Consiglio di Stato si rivolgono, nella prassi più recente, oltre che a singoli 'atti', anche a sostenere i 'processi' di riforma, accompagnandoli in tutte le loro fasi e indipendentemente dalla natura degli atti di attuazione, fornendo sostegno consultivo ai soggetti responsabili dell'attività di implementazione.
Alla luce delle osservazioni prima compiute, dunque, l'attività consultiva – diversa da quella relativa alla decisione dei ricorsi straordinari o all'emissione di pareri sugli atti regolamentari – può essere esercitata quando si chiede l'interpretazione in via generale di una norma di legge o nelle altre ipotesi previste dall'art. 17, comma 25, l. 15 maggio 1997, n. 127.

22.2. Termine entro il quale il Consiglio di Stato in sede consultiva deve rendere il parere.
La Sezione consultiva per gli atti normativi, con parere 28 settembre 2020, n. 1527 ha affermato che l'art. 17, comma 27, l. 15 maggio 1997, n. 127 prevede che il Consiglio di Stato renda il richiesto parere nel termine di quarantacinque giorni dal ricevimento della richiesta; il legislatore ha quindi ritenuto congruo, per lo svolgimento della rilevante funzione consultiva sugli atti del Governo, un lasso temporale di quarantacinque giorni, e ciò al fine di garantire un esame puntuale e adeguatamente approfondito dei provvedimenti normativi, nel rispetto della collegialità della valutazione finale.
La Sezione ha quindi concluso nel senso che è evidente che una contrazione di detto termine, oltre a porsi in contrasto con la lettera della legge, attenta allo scopo per il quale la funzione consultiva è concepita nel vigente ordinamento, rende più arduo il compito del Consiglio di Stato e, nel contempo, riduce la capacità dell'Organo consultivo di correggere eventuali profili di illegittimità e/o proporre modifiche migliorative sul piano formale o sostanziale del testo normativo.

22.3. Adunanza della sezione consultiva con collegamento da remoto.
Con parere 10 marzo 2020, n. 571 la Sezione consultiva per gli atti normativi ha affermato che il collegamento da remoto per lo svolgimento dell'adunanza è modalità alternativa allo svolgimento in aula dei lavori purché sia garantita la riservatezza del collegamento e la segretezza.
Ha chiarito il parere che tale modalità consente di tutelare la salute dei magistrati componenti la Sezione, o la Commissione speciale, senza pregiudicare il funzionamento dell'Ufficio (che continuerà ad operare a pieno regime), rispondendo altresì alle direttive impartite dal Governo, proprio in questa fase di emergenza, in materia di *home working* o *smart working*, senza oneri per le finanze pubbliche. Tale conclusione risulta peraltro in linea con quanto stabilito dall'art. 1, comma 1, lett. q), d.P.C.M. 8 marzo 2020 (nella parte in cui stabilisce che "sono adottate, in tutti i casi possibili, nello svolgimento di riunioni, modalità di collegamento da remoto"), ora esteso all'intero territorio nazionale dall'art. 1, d.P.C.M. 9 marzo 2020. Altre disposizioni di legge, pur non riferite espressamente all'attività consultiva del Consiglio di Stato ma a quella amministrativa, sono la

chiara dimostrazione di un indirizzo legislativo volto a potenziare il ricorso agli strumenti telematici. Ed invero nelle norme sotto elencate può trovarsi una conferma: a) art. 3 *bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241 ("Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati"); b) art. 14, comma 1, l. n. 241 del 1990 ("La prima riunione della conferenza di servizi in forma simultanea e in modalità sincrona si svolge nella data previamente comunicata ai sensi dell'art. 14-*bis*, comma 2, lett. d), ovvero nella data fissata ai sensi dell'art. 14-bis, comma 7, con la partecipazione contestuale, ove possibile anche in via telematica, dei rappresentanti delle amministrazioni competenti"); c) art. 12, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e in particolare comma 1 ("Le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per l'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese di cui al presente Codice in conformità agli obiettivi indicati nel Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione di cui all'art. 14-*bis*, comma 2, lett. b)") e comma 3 *bis* ("I soggetti di cui all'art. 2, comma 2, favoriscono l'uso da parte dei lavoratori di dispositivi elettronici personali o, se di proprietà dei predetti soggetti, personalizzabili, al fine di ottimizzare la prestazione lavorativa, nel rispetto delle condizioni di sicurezza nell'utilizzo");
d. art. 45, comma 1, d.lgs. n. 82 del 2005 ("I documenti trasmessi da soggetti giuridici ad una pubblica amministrazione con qualsiasi mezzo telematico o informatico, idoneo ad accertarne la provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale").

Sulla stessa questione si è espressa la Sezione consultiva del Consiglio di Giustizia della Regione Siciliana, con parere 7 aprile 2020, n. 110. L'adunanza consultiva del C.g.a. può essere svolta di norma anche da remoto, con strumenti di collegamento da remoto (e anche con modalità telematiche) dei magistrati e del segretario dell'adunanza. Ha affermato il parere che considerato che anche il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, in corso di conversione, conferma la possibilità dello svolgimento dell'attività giurisdizionale da remoto, a maggior ragione, sulla base delle norme e dei condivisi principi della Commissione speciale del Consiglio di Stato (parere n. 571 del 10 marzo 2020), l'adunanza consultiva può essere svolta da remoto, con strumenti di collegamento da remoto dei magistrati e del segretario dell'adunanza. Peraltro, si osserva che le riferite, condivisibili considerazioni della Commissione speciale, ancorché originate in un contesto, fattuale e normativo, di assoluta eccezionalità, come è quello dell'emergenza epidemiologica in corso, valgono in linea generale e risultano applicabili anche in condizioni di ordinario e corrente funzionamento dell'Organo consultivo.
Ed invero, occorre rilevare che l'attività consultiva svolta dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sebbene connotata dalla natura dell'Organo previsto da una fonte di rango costituzionale e composto da magistrati (alla stessa stregua

delle sezioni consultive del Consiglio di Stato), è comunque destinata a inserirsi nell'ambito di un procedimento sì normativo, ma pur sempre di carattere amministrativo. Discende da ciò l'applicabilità anche all'attività consultiva dei principi generali in tema di informatizzazione e di telematizzazione dell'amministrazione pubblica. Non diversamente i medesimi principi assumono pregnanza, seppure con alcuni doverosi adattamenti, anche con riferimento all'attività deliberativa delle Sezioni riunite di questo Consiglio in tema di ricorsi straordinari al Presidente della Regione Siciliana: del resto, di tale istituto il Consiglio ha di recente chiarito la funzione di rimedio giustiziale avente, tuttavia, la natura di ricorso amministrativo.

Sulla scorta dei precedenti rilievi, la Sezione ha ritenuto che, quantunque sia da preferire in linea generale lo svolgimento dell'attività consultiva con la presenza fisica dei magistrati componenti la Sezione e le Sezioni riunite, nondimeno rimane un'alternativa praticabile, al ricorrere di determinati presupposti, la possibilità di assumere deliberazioni avvalendosi di strumenti tecnici di collegamento da remoto. Ricorrono, ad esempio, i detti presupposti nei casi in cui sussistano oggettive difficoltà di spostamento, per qualunque causa, dei magistrati su parte o sull'intero territorio nazionale: tanto si verifica, nel momento presente, in ragione dei provvedimenti di contenimento del contagio da Covid-19, ma un'analoga difficoltà di spostamento potrebbe anche riguardare futuri accadimenti di imprevedibile e imprecisata natura e di minore gravità (come l'indizione di uno sciopero di lunga durata nei servizi pubblici essenziali o il sopravvenire di condizioni climatiche particolarmente avverse). In tutte queste ipotesi, rispetto alla prospettiva di rinviare la celebrazione dell'adunanza, dovrebbe sempre accordarsi priorità alla garanzia della correntezza amministrativa e, conseguentemente, dovrebbe procurarsi di assicurare lo svolgimento dell'attività consultiva programmata.

L'opzione per la partecipazione da remoto, non già "virtuale" (trattandosi, al contrario, di partecipazione effettiva), di uno o più o di tutti i componenti della Sezione o delle Sezioni riunite, è e deve essere di volta in volta rimessa – ad avviso del Collegio – alla prudente valutazione del Presidente del Collegio, sulla base di una ponderata valutazione della sussistenza dell'impedimento e della sua insuperabilità (con eventuale, conseguente rinvio dell'adunanza) nell'ipotesi in cui non fosse configurabile la suddetta alternativa telematica. Versandosi in tale situazione, invero, dovrebbe sempre optarsi per la sopra ricordata esigenza di assicurare la correntezza amministrativa, all'insegna dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Compete altresì al Presidente del Collegio, qualora si ricorra a strumenti di collegamento da remoto: a) individuare quale sia lo strumento tecnologico da adottare (applicativi di videoconferenza, audioconferenza, ecc.), preferendo sempre quelli messi a disposizione dal Segretariato della Giustizia amministrativa, e di assicurarne l'effettiva utilizzabilità da parte di tutti i componenti e del segretario dell'adunanza; b) garantire la concreta possibilità, per tutti i magistrati componenti il collegio, di seguire integralmente lo svolgimento dell'adunanza e di parteciparvi sullo stesso piano di parità degli altri componenti; c) assicurare il rispetto delle regole poste a presidio della protezione dei dati personali; d) adottare le misure ritenute più idonee a scongiurare le eventuali indebite interferenze

dolose di terzi in occasione dello svolgimento dell'adunanza; e) informare, in via preventiva e in anticipo (la cui congruità in termini temporali è, tuttavia, condizionata dalle variabili circostanze del caso concreto), tutti i partecipanti alla adunanza delle determinazioni assunte; f) dar conto nel verbale di dette determinazioni e dello strumento di collegamento da remoto utilizzato.

22.4. Presupposti per la correzione di errore materiale di un parere.

Con parere 8 ottobre 2020, n. 1560 la sez. I ha chiarito che non sussistono i presupposti per la correzione di errore materiale asseritamene presente in un parere nel quale il Ministero per la Pubblica amministrazione sarebbe stato erroneamente indicato come "Ministero della Pubblica amministrazione e dell'innovazione", atteso che tale diversa menzione non ha alcuna incidenza sui contenuti della determinazione assunta dalla Sezione, né in termini sostanziali né sotto il profilo meramente formale, quale divergenza tra il giudizio e la sua espressione grafica.

Ha chiarito il parere che l'errore materiale in una sentenza o in un parere, in quanto tale suscettibile di correzione, è quello relativo alla manifestazione del pensiero all'atto della formazione del provvedimento, consistendo in una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione della decisione e, come tale, percepibile e rilevabile *ictu oculi*. È, dunque, necessario che l'omissione o l'errore determinino una divergenza tra il giudizio e la sua espressione letterale.

Orbene, nella fattispecie in esame le erronee indicazioni lamentate non determinano affatto una divergenza tra il giudizio e la sua espressione letterale, considerandosi che il richiamato parere si è pronunciato nel senso dell'inammissibilità del ricorso straordinario per difetto di giurisdizione, giudizio sul quale alcuna incidenza rivestono le rilevate discrasie e che rimane tale, senza ingenerare dubbi di sorta, pur in presenza, nell'epigrafe del ricorso, degli incisi "Ministero della pubblica amministrazione e dell'innovazione".

Gli errori dedotti, pertanto, non hanno rilevanza sostanziale sui contenuti della decisione, né esprimono in termini meramente formali una difformità tra il giudizio reso e la sua rappresentazione grafica.

23. Ricorso straordinario al Capo dello Stato e al Presidente della Regione Siciliana.

La sez. I, con parere 20 maggio 2020, n. 925 ha stabilito che in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato al verificatore non spetta alcun compenso. A detta conclusione è pervenuta sul rilievo che nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, la verificazione, dovendo essere eseguita dal Ministero che istruisce l'affare, rientra nell'ambito dell'attività d'ufficio svolta dai dipendenti incaricati, senza possibilità di corresponsione di compensi ulteriori, con la sola eventualità del rimborso delle spese effettivamente sostenute e compiutamente documentate.

Ha chiarito la Sezione che la conclusione cui è pervenuta non configura una violazione del diritto all'equa retribuzione di cui all'art. 36 Cost. perché i verificatori intrattengono già un rapporto di lavoro per il quale sono regolarmente retribuiti.

Tale conclusione porta ad una differenza rispetto a quanto avviene nel processo amministrativo. Tra il ricorso straordinario e il ricorso giurisdizionale vi sono ancora importanti differenze che portano ad escludere la possibilità di riconoscere un compenso ai verificatori, attesa l'esistenza di regole diverse tra l'uno e l'altro rimedio.
La Sezione, con parere del 12 novembre 2019, n. 2848, in occasione della richiesta di audizione avanzata dalla parte ricorrente, non prevista dalle norme che disciplinano il ricorso straordinario, aveva chiarito infatti che "non v'è dubbio che il ricorso straordinario abbia perso la sua connotazione, tipicamente ed esclusivamente, di rimedio amministrativo" perché le novità introdotte dalla l. 18 giugno 2009, n. 69 militano nel senso di un progressivo avvicinamento del ricorso straordinario ai rimedi di tipo giurisdizionale. Tuttavia, dopo aver preso in esame la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Sezione ha precisato che il ricorso straordinario non è totalmente equiparabile ai rimedi giurisdizionali. Ed invero il ricorso straordinario: a) può essere proposto dalla parte senza assistenza del difensore; b) segue regole meno rigide rispetto al ricorso giurisdizionale; c) ai sensi dell'art. 11, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, è istruito dal Ministero competente con un'attività, dunque, che è demandata ad un ufficio amministrativo che deve curare anche i supplementi di istruttoria necessari: il successivo art. 13 stabilisce infatti che "l'organo al quale è assegnato il ricorso, se riconosce che l'istruttoria è incompleta o che i fatti affermati nell'atto impugnato sono in contraddizione con i documenti, può richiedere al Ministero competente nuovi chiarimenti o documenti ovvero ordinare al Ministero medesimo di disporre nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed a produrre nuovi documenti"; d) non è prevista la possibilità di condannare la parte soccombente alle spese di giudizio.

Il C.g.a., in sede consultiva, con parere 28 febbraio 2020, n. 61 ha affermato che il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana non può essere assimilato a un ricorso giurisdizionale ed esso è sempre stato e rimane un rimedio amministrativo giustiziale a carattere impugnatorio e a struttura contenziosa.
La Sezione ha ricordato che il dibattito sulla natura del ricorso straordinario si è polarizzato negli ultimi anni, anche in chiave diacronica, attorno a due posizioni: da un lato, vi è chi ritiene che il procedimento per ricorso straordinario, pur presentando marcati tratti contenziosi esaltatati dal ruolo di vero e proprio "decidente", indipendente e terzo, del Consiglio di Stato (o di questo Consiglio), continui a essere un ricorso amministrativo; dall'altro lato, si colloca invece chi sostiene che il ricorso straordinario sia evoluto in maniera decisa e irreversibile - soprattutto all'indomani della l. 18 giugno 2009, n. 69 (con la quale è stata introdotta la possibilità, per il Consiglio di Stato in sede consultiva di rinviare alla Corte costituzionale questioni di legittimità costituzionale ed è stata, al contempo, abrogata la potestà del Governo di deliberare in senso difforme rispetto al parere espresso dal Consiglio di Stato) – in un procedimento fortemente "giurisdizionalizzato", in cui il parere del Consiglio di Stato assumerebbe i connotati di una vera e propria "decisione" vincolante.
A questo proposito la Sezione non ha condiviso la tesi "amministrativista", che sottovaluta l'irriducibilità del ricorso straordinario a un ordinario ricorso amministrativo (non

foss'altro per il ruolo determinante assegnato a un Organo magistratuale e di rilievo costituzionale qual è il Consiglio di Stato), e nemmeno quella "giurisdizionale" (dal momento che, solo a voler fare un esempio, il contraddittorio che si attua nell'ambito del procedimento per ricorso straordinario, per come attualmente disciplinato, è ben lontano dagli standard richiesti per un qualunque contraddittorio processuale), tesi quest'ultima che, peraltro, difficilmente riesce a giustificare la perdurante ragion d'essere dell'istituto (giacché, se il ricorso straordinario fosse effettivamente "giurisdizionale", esso sarebbe, nella migliore delle ipotesi, un inutile duplicato di un giudizio amministrativo o, nella peggiore delle ipotesi, un processo minore e deforme, confliggente con molti parametri di rango costituzionale e convenzionale in materia di giusto processo).
La riferita polarizzazione del dibattito attorno alle due tesi, estreme e giustapposte, della "natura amministrativa" e della "natura giurisdizionale", ha finito per porre in ombra quella che, ad avviso della Sezione, è la corretta dimensione giuridica in cui deve essere inquadrato il ricorso straordinario: si allude, come accennato, alla funzione giustiziale, di cui esso – si ribadisce - è l'espressione più alta nel nostro ordinamento giuridico.
Esercitando la funzione giustiziale, come è noto, le amministrazioni risolvono, senza ricorrere al giudice, i conflitti insorti tra le medesime amministrazioni o tra le amministrazioni, da un lato, e i cittadini e le imprese, dall'altro.
La funzione giustiziale, così succintamente descritta, si colloca, dunque, tra l'amministrazione e la giurisdizione e trova una base normativa anche nella Costituzione, là dove l'art. 117, nel comma 2, alla lettera l), nell'elencare le materie di legislazione esclusiva dello Stato, tiene distinta quella della "giurisdizione e norme processuali" dalla "giustizia amministrativa".
Non soltanto il ricorso straordinario, del resto, è espressione della funzione giustiziale. Al contrario, sono ormai numerosi gli esempi di istituti amministrativi giustiziali e, anzi, questi si sono moltiplicati negli anni recenti, anche a cagione della crisi – in termini di arretrato e di lunghezza dei giudizi – maturata nella giurisdizione. Basti fare qualche esempio: oltre ai ricorsi amministrativi, i reclami alle Autorità indipendenti, le procedure di conciliazione presso vari organismi amministrativi e così via. Tutte queste ipotesi (e le altre non menzionate) vengono oggi ricondotte all'insieme disomogeneo (a parte l'elemento unificante di tipo finalistico, ossia la soluzione dei conflitti) delle procedure di ADR – *Alternative dispute resolution*.
La peculiarità della funzione giustiziale risiede nella circostanza che essa condivide il medesimo finalismo della giurisdizione (ossia, come accennato, la risoluzione dei conflitti), della quale presenta anche alcuni tratti strutturali (come il contraddittorio, l'attivazione a istanza di parte, la più o meno accentuata indipendenza del decidente, ecc.), pur rimanendo nell'ambito dell'attività amministrativa. Per un verso, infatti, la funzione giustiziale è una funzione propria dell'amministrazione; per altro verso, essa dà luogo a decisioni, destinate a risolvere un conflitto, che scaturiscono da un contenzioso che, nei modelli più sofisticati, replica l'isomorfismo trilaterale di un giudizio (è questo il caso, per l'appunto, del ricorso straordinario, ma anche dei procedimenti giustiziali delle Autorità indipendenti, in cui il decidente è spesso terzo rispetto alle parti).

Siffatta dualità della funzione si riflette anche nella disciplina degli istituti giustiziali, i cui procedimenti sono e rimangono comunque procedimenti amministrativi, pur mutuando taluni tratti dei giudizi. Le loro discipline o, meglio, le eventuali lacune di tali discipline, possono dunque essere colmate attraverso il ricorso sia ai principi del procedimento amministrativo sia a quelli del processo, a seconda della natura più o meno contenziosa dello specifico procedimento e delle esigenze che occorre, di volta in volta, tutelare.
La funzione giustiziale però non si identifica mai con la giurisdizione e rimane ben distinta e alternativa. Ad essa, in particolare, non si applicano quelle regole che costituiscono lo statuto minimo e fondamentale di ogni giudizio, secondo il diritto umanitario. Questo profilo, proprio con riferimento al ricorso straordinario, è stato condivisibilmente spiegato dal Consiglio di Stato, sez. I, parere n. 2848 del 12 novembre 2019, secondo cui "la sentenza [della Corte costituzionale] 9 febbraio 2018, n. 24 ha affrontato … trasversalmente la questione dell'applicabilità delle regole convenzionali in tema di equo processo. Per la Corte 'il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è, come noto, rimedio alternativo al ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo, spettando al ricorrente di scegliere liberamente fra l'una e l'altra via, con l'unica conseguenza che una volta scelta una non è più possibile intraprendere l'altra, e salva restando naturalmente la facoltà dei controinteressati di chiedere la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario eventualmente prescelto dal ricorrente'. E del resto, che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si traggano conclusioni negative sulla riferibilità alla decisione del ricorso straordinario delle garanzie convenzionali in tema di equo processo è confermato dalle pronunce nelle quali la stessa Corte si è direttamente occupata di questo particolare rimedio. Ciò è avvenuto in tre occasioni, e in due delle quali proprio con specifico riferimento alla previsione dell'art. 6 della CEDU' (Corte cost. 9 febbraio 2018, n. 24). Va, infatti, ricordato che nella decisione 28 settembre 1999, Nardella contro Italia, la Corte EDU ricostruisce la disciplina dell'istituto del ricorso straordinario come rimedio speciale ed esclude che esso – del ritardo nella cui decisione il ricorrente si doleva nel caso di specie – ricada nell'ambito di applicazione della Convenzione. Per la stessa ragione osserva che il ricorso al Presidente della Repubblica non rientra fra quelli che devono essere esperiti previamente al ricorso ex art. 35 della Convenzione stessa. Ciò premesso, nella pronuncia è sottolineato come, optando per il gravame speciale del ricorso straordinario, il ricorrente (che pure è stato informato della possibilità di proporre il ricorso giurisdizionale) sceglie esso stesso di esperire un rimedio che si pone fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione.
Sulla base dei medesimi argomenti e richiamando il caso Nardella, nella decisione 31 marzo 2005, Nasalli Rocca contro Italia, la Corte EDU ha dichiarato irricevibile un ricorso proposto a essa dal ricorrente che aveva preventivamente esposto le sue ragioni in alcune lettere al Presidente della Repubblica. La Corte osserva che tali lettere, anche a volerle considerare equivalenti a un rimedio straordinario, non ricadono comunque nella sfera di applicazione dell'art. 35 della Convenzione.
Particolarmente significativo è che alle stesse conclusioni la Corte di Strasburgo pervenga nella sentenza 2 aprile 2013, Tarantino e altri contro Italia, successiva quindi alla riforma del 2009, dove ribadisce che la parte ricorrente, 'presentando un appello speciale

al Presidente della Repubblica nel 2007, non ha avviato un procedimento contenzioso del tipo descritto all'articolo 6 della Convenzione (si veda Nardella c. Italia (dec.), n. 45814/99, CEDU 1999-VII, e Nasalli Rocca (dec.), sopra citata), e che, pertanto, la disposizione non è applicabile' (paragrafo 62).".

Se le considerazioni appena svolte valgono sia per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica sia per il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, ancor più evidente è, nel secondo istituto, la sua irriducibilità alla giurisdizione intesa in senso proprio, da cui la conseguente erroneità della tesi, quasi tralatizia nella dottrina prevalente, che accosta i due strumenti giustiziali alla giurisdizione (ancorché la tesi della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario sia stata di recente posta in discussione; v., al riguardo, le sentenze della Corte cost. 2 aprile 2014, n. 73 e 9 febbraio 2018, n. 24, nonché il parere del Consiglio di Stato, reso nell'adunanza generale, 5 dicembre 2019, n. 3071). Tale accostamento, secondo la Sezione, per i motivi sopra riferiti non vale pienamente per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ed è invece una inesatta e fuorviante descrizione meramente fenomenica nel caso del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana per la semplice, ma dirimente ragione che a una ricostruzione del genere si oppone la chiarezza di plurimi dati positivi.

A quest'ultimo proposito merita esser ricordato che il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, a differenza del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, è esplicitamente previsto da una disposizione di rango costituzionale: si allude all'art. 23 dello Statuto regionale, approvato con r.d.lgs. 15 maggio 1946, n. 455 e convertito in legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, il cui comma 4 recita: "I ricorsi amministrativi, avanzati in linea straordinaria contro atti amministrativi regionali, saranno decisi dal Presidente della Regione, sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato.".

In aggiunta a quanto appena considerato, marca la differenza con il ricorso straordinario al Presidente delle Repubblica, la circostanza che l'analogo istituto isolano sfocia in una decisione, recepita in un decreto del Presidente della Regione.

Inoltre, nel caso del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, all'indomani della l. n. 69 del 2009, la decisione sostanziale va individuata nel parere del Consiglio di Stato in sede consultiva, ossia nell'atto deliberativo di una magistratura, e quella formale nel decreto del Presidente della Repubblica, che recepisce il parere dell'Organo consultivo. Nel caso del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, la decisione del ricorso, invece, è sostanzialmente e formalmente del Presidente della Regione, ossia di un'autorità che, pur esercitando anche una funzione giustiziale, è comunque la principale autorità politico-amministrativa della Sicilia.

La diversità tra le due specie di ricorsi straordinari si coglie anche sul lato procedurale, non soltanto per quanto appena osservato circa la potestà giuntale di decisione in difformità, ma anche su molti altri aspetti della procedura, fatta eccezione per il segmento di essa che conduce alla trasposizione in sede giurisdizionale.

Ben potrebbe la Regione Siciliana, nel dare attuazione al quarto comma dell'art. 23 Statuto, nel rispetto di quanto previsto dell'art. 43 Statuto, disciplinare diversamente l'istituto, con i soli limiti del rispetto della competenza decisoria del Presidente della Regione e dell'obbligatorietà del parere di questo Consiglio.

ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE

SOMMARIO: SOMMARIO: 1. Questioni di rilevante impatto sociale. 1.1. Emergenza Covid-19. **1.2.** Persecuzione razziale. **1.3.** Procreazione medicalmente assistita (PMA) eterologa, a carico del Servizio sanitario regionale, e procreazione medicalmente assistita omologa. **1.4.** Individuazione della compartecipazione degli utenti dei progetti a favore dei disabili. **1.5.** Deroga, da parte dei Comuni, alla legislazione statale e regionale in violazione della disciplina statale dell'ISEE. **1.6.** Vendita ai minori tabacco e sigarette elettroniche. **1.7.** Contrasto alla ludopatia. **1.8.** Esposizione all'uranio impoverito dei soldati in missione all'estero. **2. Autorità amministrative indipendenti. 2.1.** Sindacabilità della discrezionalità tecnica delle determinazioni delle Autorità amministrative indipendenti. **2.2.** Intese di mercato: intese per oggetto e intese per effetto. **2.3.** Posizioni dominanti nel mercato di operatori economici. **2.4.** Vendite piramidali e violazione della concorrenza. **2.5.** Pratica commerciale scorretta come fattispecie di illecito. **2.6.** Inconfigurabilità del rapporto concorrenziale tra le Casse Raiffeisen. **2.7.** Durata dei procedimenti sanzionatori della Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia antitrust. **2.8.** Fatturazione a 28 giorni: poteri conformativi ripristinatori ed indennitari dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. **2.9.** Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e misure limitative della concorrenza. **2.10.** Delibera Consob che ha qualificato il rapporto partecipativo di Vivendi S.A. in Telecom Italia s.p.a. in termini di controllo di fatto ai sensi dell'art. 2359 c.c.. **2.11.** Immissione in ruolo a seguito di concorso del personale a tempo determinato della Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente. **3. Società *in house*. 4. Organismo di diritto pubblico. 5. Enti locali. 5.1.** Approvazione del bilancio e natura ordinatoria del relativo termine. **5.2.** Scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazione mafiosa. **6. Elezioni. 6.1.** Soggetti legittimati a presentare le liste per le elezioni comunali e scelta dei candidati da includere. **6.2.** Principio di necessaria alterità tra i sottoscrittori della lista elettorale e i candidati alle elezioni comunali. **6.3.** Modalità di presentazione delle liste per le elezioni regionali in Sardegna, alternativa alla raccolta di sottoscrizioni. **6.4.** Sistema della c.d. scheda ballerina. **7. Sicurezza pubblica. 7.1.** Informativa antimafia. **7.2.** Clausola di salvaguardia *ex* art. 92, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011 applicata alla concessione di finanziamenti pubblici. **7.3.** Ammonimento. **7.4.** Daspo. **8. Criminalità organizzata. 9. Straniero. 9.1.** Conversione del permesso di soggiorno per minore età in permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato. **9.2.** Centri di accoglienza. **9.3.** Concessione della cittadinanza italiana. **10. Procedimento amministrativo. 10.1.** Verbale degli organi collegiali. **11. Provvedimento amministrativo. 11.1.** Forma degli atti adottati da organo collegiale. **11.2.** Rapporto tra atto presupposto e atto conseguenziale. **11.3.** Provvedimento a contenuto plurimo. **11.4.** Provvedimento amministrativo condizionato. **12. Sanzioni amministrative.**

13. Accesso ai documenti. 13.1. Istanza di accesso formulata in modo generico, esaminabile come istanza di accesso civico generalizzato. **13.2.** Accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico. **13.3.** Accesso agli atti degli accordi negoziali stipulati

tra l'Agenzia italiana del farmaco e Aziende farmaceutiche relativi ai medicinali di importazione parallela con classe di rimborsabilità "A". **13.4.** Accessibilità dei documenti reddituali, patrimoniali e finanziari. **14.5.** Accesso agli atti dell'attività della Guardia di finanza. **15. Silenzio. 16. Sanità. 17. Pubblico impiego. 17.1**. Istanza di avvicinamento a figlio fino a tre anni. **17.2.** Stabilizzazione di personale già in servizio a tempo indeterminato presso altra Amministrazione. **18. Pubblica istruzione. 18.1.** Concorsi riservati ai docenti di musica precari delle Istituzioni di Alta formazione artistica musicale e coreutica (Afam) statali e statizzazione delle Afam non statali. **18.2.** Test di accesso alla Facoltà di Medicina e Chirurgia per l'anno accademico 2017/2018: quiz presenti in volumi in comune commercio. **18.3.** Refezione scolastica e consumazione di alimenti di preparazione domestica**. 19. Contratti della Pubblica amministrazione. 19.1.** Suddivisione delle prestazioni oggetto di una gara d'appalto in lotti. **19.2.** Gara telematica. **19.3.** Raggruppamenti temporanei di impresa. **19.4.** Consorzi stabili. **19.5.** Appalto lavori. **19.6.** Appalto di fornitura. **19.7.** Appalto servizi. **19.8.** Appalti nella sanità. **19.9.** Principio di rotazione. **19.10.** Requisiti di ammissione. **19.11.** Soccorso istruttorio. **19.12.** Esclusione dalla gara pubblica. **19.13.** Documento unico di regolarità contributivo. **19.14.** Qualificazione. **19.15.** Subappalto. **19.16.** Avvalimento. **19.17.** Offerta di gara. **19.18.** Clausola sociale nelle gare di appalto. **20. Concessioni. 21. Cooperative di produzione e lavoro. 22. Società mista. 23. Ambiente. 23.1.** Valutazione di impatto ambientale. **24. Urbanistica. 24.1.** Piano urbanistico comunale. **24.2.** Accoglimento delle osservazioni dei privati presentate nell'*iter* di formazione di un piano urbanistico. **24.3.** Sistema della pianificazione territoriale urbanistica successivo alla riforma costituzionale del 2001. **24.4.** Rapporto fra la funzione di pianificazione urbanistica ed edilizia, di cui è titolare il Comune, e la disciplina regionale. **24.5.** Rapporto tra i vari livelli di pianificazione territoriale. **24.6.** Rapporto tra strumenti di pianificazione urbanistica e clausole di salvaguardia. **24.7.** Convenzione urbanistica. **24.8.** Piani regolatori delle aree e dei nuclei di sviluppo industriale. **24.9.** Piani di gestione dello spazio marittimo. **24.10.** Piano di sviluppo di un aeroporto. **24.11.** Servitù di uso pubblico su suolo privato condominiale. **25. Espropriazione. 26. Edilizia. 26.1.** Legittimazione a chiedere il rilascio del titolo edilizio da parte del comproprietario in regime di comunione legale tra i coniugi. **26.2.** Contrasto tra norma regionale e norma statale sopravvenuta in materia di s.c.i.a.. **26.3.** Abbattimento di barriere architettoniche. **26.4.** Condizione per l'applicabilità della disciplina sulla distanza dei fabbricati dalle strade. **26.5.** Contributi concessori per opere edili a destinazione commerciale site nell'ambito di un interporto. **26.6.** Esenzione dal contributo di costruzione per la sede di un'associazione sindacale. **26.7.** Annullamento in autotutela o in sede giurisdizionale del titolo edilizio e sanatoria. **26.8.** Interventi edilizi eseguiti in base a permesso annullato. **26.9.** Annullamento regionale del permesso di costruire *ex* art. 39, t.u. n. 380 del 2001. **26.10.** Presupposto della doppia conformità urbanistica delle opere oggetto di sanatoria a fronte di plurime opere abusive, ciascuna suscettibile di formare oggetto di un progetto scindibile. **26.11.** Sanatoria ordinaria. **26.12.** Sanatoria cartolare**. 26.13.** Sanatoria di opere connesse al manufatto oggetto di istanza di sanatoria: tipologia edilizia e concetto di abitazione bi-familiare e

tri-familiare. **26.14.** Condono edilizio. **26.15.** Inottemperanza all'ingiunzione di demolizione e acquisizione gratuita al patrimonio comunale. **27. Energia. 27.1.** Decadenza dall'incentivo base previsto per gli impianti fotovoltaici dal d.m. 5 maggio 2011 o dalla sua maggiorazione economica. **27.2.** Alla Corte costituzionale la norma che sana accordi dichiarati nulli in sede giurisdizionale su fonti rinnovabili. **27.3.** Rilascio di più permessi di ricerca di idrocarburi ad uno stesso soggetto. **28. Agricoltura. 28.1.** Quote latte. **29. Alimenti. 30. Commercio.**
30.1. Denominazione di origine controllata dei vini. **30.2.** Imposta sulla pubblicità e insegna di un esercizio commerciale. **30.3.** Commercio all'estero. **30.4.** Agibilità dei manufatti o dei locali dove si intende svolgere un'attività commerciale. **31. Cave. 31.1.** Piano attività estrattive. **31.2.** Revoca di una autorizzazione alla coltivazione di una cava per sopravvenienze. **32. Contributi e finanziamenti. 33. Aiuti di Stato. 34. Telecomunicazioni. 34.1.** Rimborso spettante agli operatori di telecomunicazione per lo svolgimento delle operazioni di intercettazioni di flussi di comunicazioni. **34.2.** Pagamento di somme per diritti di istruttoria da parte di operatori che forniscono reti di comunicazione elettronica. **34.3.** Modifica delle condizioni contrattuali di telefonia mobile solo nelle ipotesi e nei limiti previsti dalla legge o dal contratto. **35. Ordinamento giudiziario. 35.1.** Passaggi da funzioni giudicanti a funzioni requirenti. **35.2.** Indennità di trasferta per i magistrati ordinari in servizio presso l'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione. **35.3.** Permanenza o nomina nella Commissione tributaria del componente, designato dalla Regione siciliana, del C.g.a. dopo la cessazione delle funzioni di magistrato. **36. Professioni e mestieri. 36.1.** Notaio. **36.2.** Igienista dentale. **36.3.** Cartomanti. **37. Forze armate. 37.1.** Procedure di reclutamento della Polizia penitenziaria. **37.2.** Rapporto fra la corresponsione della indennità di missione erogata dallo Stato italiano e la *daily allowance* erogata direttamente dall'Unione europea. **37.3.** Istanza di trasferimento con ricongiungimento con convivente. **37.4.** Indennità di trasferimento al personale delle Forze armate e militare. **37.5.** Trasferimento per incompatibilità ambientale di un poliziotto per rapporto di affinità con esponenti di spicco della malavita locale. **37.6.** Attività sindacale dei militari e regole di disciplina. **37.8.** Militare della Guardia di finanza attinto da una condanna penale definitiva, non condizionalmente sospesa. **37.9.** Sanzione disciplinare irrogata al Carabiniere dalla stessa persona fisica oggetto del comportamento del militare, per cui è stata irrogata la sanzione. **37.10.** Rimborso delle spese legali per gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria in relazione al procedimento disciplinare davanti alla commissione di disciplina. **38. Sport. 39. Giochi. 40. Giurisdizione. 40.1.** Piano assistenziale individualizzato. **40.2.** Rimborso delle cure effettuate all'estero. **40.3.** Pagamenti in misura ridotta delle sanzioni correlate ai controlli esterni in ambito sanitario. **40.4.** Nomina del Direttore generale delle Aziende sanitarie e ospedaliere. **40.5.** Revoca dei benefici accordati agli enti locali per le strutture di accoglienza dei rifugiati e richiedenti asilo. **40.6.** Concessione di pubblico servizio e riparto di giurisdizione. **41. Risarcimento danni. 41.1.** Responsabilità della P.A. per inerzia o ritardo in caso di sopravvenienza normativa che impedisce al privato di realizzare il progetto al quale l'istanza era preordinata. **41.2.** Danno da ritardo. **41.3.** *Compensatio lucri cum damno* ed emotrasfusioni con sangue infetto. **41.4.** Onere della prova nell'azione risarcitoria

conseguente all'annullamento giurisdizionale di una interdittiva antimafia. **41.5.** Responsabilità risarcitoria per mancato scrutinio di magistrato ad incarico direttivo da parte del C.S.M.. **41.6.** Azione risarcitoria per danno ambientale. **41.7.** Liquidazione del risarcimento del danno conseguente alla occupazione *sine titulo* di un terreno. **41.8.** Tutela dei propri diritti soggettivi nelle materie a giurisdizione esclusiva. **42. Ricorso straordinario al Capo dello Stato. 43. Processo amministrativo. 43.1.** Rapporti tra regole del processo amministrativo e diritto europeo. **43.2.** Processo amministrativo nel periodo dell'emergenza Covid-19. **43.3.** Notifica del ricorso. **43.4.** Competenza del Tribunale amministrativo regionale. **43.5.** Principio di sinteticità e chiarezza degli scritti difensivi. **43.6.** Legittimazione ad agire in giudizio. **43.7.** Intervento in giudizio. **43.8.** Deposito di scritti difensivi. **43.9.** Patrocinio a spese dello Stato. **43.10.** Questioni in rito. **43.11.** Spese di giudizio nei giudizi in materia di accesso alle informazioni ambientali. **43.12.** Giudizio cautelare. **43.13.** Appello. **43.14.** Revocazione. **43.15.** Opposizione di terzo. **43.16.** Sospensione del giudizio. **43.17.** Interruzione del giudizio. **43.18.** Estinzione del giudizio. **43.19.** Decreto ingiuntivo. **43.20.** Giudicato. **43.21.** Giudizio di ottemperanza. **43.21.** Rito del silenzio. **43.22.** Rito appalti. **43.23.** Giudizio elettorale. **43.24.** Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Ue da parte del giudice di ultima istanza. **44. Processo tributario.**

1. Questioni di rilevante impatto sociale.

Molte le questioni di rilevante impatto sociale che le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato hanno trattato.

1.1. Emergenza Covid-19.

Molte le sentenze della Sezione terza che hanno risolto questioni legate all'emergenza epidemiologica Covid-19.

- *Sugli aspetti prettamente sanitari.*

Con sentenza 18 dicembre 2020, n. 8166 ha affermato che non sussistono preclusioni per i medici di medicina generale ad effettuare visite domiciliari ai pazienti affetti da infezione Covid-19 in quarantena domiciliare.

La Sezione ha riformato la sentenza del Tra Lazio che aveva accolto il ricorso, proposto avverso provvedimenti della Regione Lazio sull'assunto che gli stessi avrebbero gravato i medici di medicina generale di una funzione di assistenza domiciliare ai pazienti Covid del tutto impropria, spettante, in base all'art. 8, d.l. 9 marzo 2020, n. 14 prima e all'art. 4-*bis*, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 poi, unicamente alle Unità Speciali di Continuità Assistenziale (c.d. USCA) istituite dal Legislatore nazionale d'urgenza proprio ed esattamente a questo scopo. L'estensione della competenza ai malati Covid comporterebbe la distrazione di tali medici dal loro precipuo compito, che è quello di prestare l'assistenza ordinaria, a tutto detrimento della concreta possibilità di assistere i tanti pazienti non Covid, molti dei quali affetti da patologie anche gravi.

Ha chiarito il giudice di appello che la Regione Lazio ha ritenuto di poter adeguatamente rispondere all'emergenza epidemiologica anche attraverso l'utilizzo delle aggregazioni

territoriali, individuando in ciascuna di esse un Referente Covid, dotato di tutti i presidi di prevenzione, cui affidare l'assistenza, anche a domicilio, dei pazienti affetti dal virus, così affiancando tale modulo di intervento all'Unità Speciale di Continuità Assistenziale Regionale (USCAR) per Covid-19.
La sentenza del Tar Lazio si fonda su due (inespressi) postulati: a) il primo è quello secondo il quale l'esplosione di un evento pandemico e le conseguenze dello stesso sulla salute degli individui, in quanto evento straordinario e non previsto, immuti implicitamente i concetti di malattia acuta e cronica sui quali si basano i Livelli essenziali di assistenza (LEA) e i connessi accessi domiciliari nell'ambito della medicina generale; b) il secondo è che l'evento pandemico produca una sorta di tabula rasa organizzativa in ambito sanitario, in guisa che le disposizioni legislative emergenziali adottate per affrontare efficacemente l'evento e diminuirne le letali conseguenze epidemiologiche, costituiscano, anche in assenza di esplicite indicazioni in tal senso, strumento esaustivo ed esclusivo, capace di sostituirsi integralmente all'assetto ordinario delle competenze, attraverso non il meccanismo della deroga puntuale ma quello, appunto, dell'azzeramento del pregresso.
La Sezione ha affermato che il primo postulato non trova alcun appiglio normativo nell'art. 4, comma 1, d.P.C.M. 12 gennaio 2017 ("Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502"). La tesi secondo la quale l'influenza da Covid-19 non sarebbe una patologia acuta sussumibile nel disposto appena citato, si risolve in una mera illazione, posto che la patologia acuta è proprio il processo morboso funzionale o organico a rapida evoluzione, cui tipicamente è riconducibile quello conseguente a virus influenzale.
Dunque non c'è dubbio che se il legislatore non fosse affatto intervenuto, nessuno avrebbe dubitato che i medici di medicina generale, in forza del d.P.C.M. 12 gennaio 2017 e dell'accordo collettivo che ne dà attuazione sul versante della medicina generale, avrebbero avuto l'obbligo di effettuare accessi domiciliari ove richiesto e ritenuto necessario in scienza e coscienza, a prescindere dalla sussistenza in atto di una patologia infettiva, e nel rispetto ovviamente dei protocolli di prevenzione e tutela.
Il legislatore è tuttavia intervenuto, e com'è noto, ha approntato soluzioni organizzative emergenziali. Qui viene il rilievo la fallacia del secondo postulato.
Le norme emergenziali, anche di carattere organizzativo, sono sempre norme speciali e derogatorie che si innestano in un contesto noto e presupposto dal legislatore, in modo da modellare l'assetto organizzativo ordinario e renderlo maggiormente idoneo a fronteggiare l'emergenza. L'art. 4-bis, d.l. n. 18 del 2020 è chiaro nel senso di voler alleggerire i medici di medicina generale, i pediatri di libera scelta e i medici di continuità assistenziale, dal "carico" derivante dall'esplosione pandemica, affiancando loro una struttura capace di intervenire a domicilio del paziente, a richiesta dei primi, ove questi, attanagliati da un fase di così diffusa morbilità e astretti dalle intuibili limitazioni temporali e fisiche, o anche legate all'indisponibilità temporanea di presidi efficaci, non possano recarsi al domicilio del paziente, o ritengano, in scienza e coscienza, nell'ambito della propria autonoma e libera valutazione medica, che sia necessaria o preferibile l'intervento della struttura di supporto. Nessuna deroga ai LEA, quindi, ma garanzia della loro

effettività attraverso un supporto straordinario e temporaneo – gli USCAR - destinato ad operare in sinergia e nel rispetto delle competenze e prerogative dei medici di medicina generale e degli altri medici indicati.
Trarre dalle disposizioni in commento un vero e proprio divieto per i medici di medicina generale di recarsi a domicilio per assistere i propri pazienti alle prese con il virus costituirebbe, per converso, un grave errore esegetico, suscettibile di depotenziare la risposta del sistema sanitario alla pandemia e di provocare ulteriore e intollerabile disagio ai pazienti, che già affetti da patologie croniche, si vedrebbero (e si sono invero spesso visti), una volta colpiti dal virus, proiettati in una dimensione di incertezza e paura, e finanche abbandonati dal medico che li ha sempre seguiti.

Sulla validazione di test sierologici e molecolari per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2, con sentenza 17 dicembre 2020, n. 8126 è stato giudicato legittimo l'accordo – che non deve essere preceduto da una gara pubblica – fra una società e una Fondazione I.R.C.C.S. per la validazione di test sierologici e molecolari per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2, non configurando né una concessione di bene pubblico, per la mancanza dell'elemento dell'esclusività del bene oggetto di concessione e perché esso ha ad oggetto non un elemento strutturale ma un'attività funzionale, né un contratto relativo ad attività strumentali rispetto a quelle istituzionali degli I.R.C.C.S., ai sensi dell'art. 9, d.lgs. 16 ottobre 2003, n. 288, perché tale accordo è relativo ad attività propriamente istituzionale della Fondazione, e in quanto tale è disciplinato dall'art. 8, commi 4 e 5, del predetto d.lgs. n. 288 del 2003.
Ha chiarito la Sezione che dal complesso della richiamata disciplina si ricava che per "attuare comuni progetti di ricerca", "praticare comuni protocolli di assistenza" ed "operare la circolazione delle conoscenze" la forma della collaborazione è sostanzialmente libera ("misure idonee"), mentre (soltanto) lo sfruttamento industriale è soggetto ad una disciplina del contratto piuttosto analitica (a tutela degli interessi patrimoniali portati dalla parte pubblica).
Ha aggiunto la Sezione che l'accordo fra un I.R.C.S.S. e una persona giuridica privata tendente alla validazione e alla sperimentazione di test sierologici e molecolari per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2 non deve essere preceduto da una procedura di evidenza pubblica, la cui funzione proconcorrenziale è quella di creare artificialmente le condizioni di concorrenza in settori e nei confronti di soggetti che naturalmente potrebbero determinarsi alla stipula secondo logiche di segno diverso, in quanto nella fattispecie un problema di concorrenza non si pone, perché – a differenza del contratto di appalto e della concessione - strutturalmente non vi è una limitazione nella scelta dell'amministrazione ad un solo partner, la ricerca essendo "aperta", e difetta dunque, in ragione della struttura "aperta" del relativo settore di attività, l'obbligo di evidenza pubblica (a questo dato peraltro si aggiunge il profilo della difficile coniugabilità del principio di concorrenzialità e del relativo corollario dell'evidenza pubblica con le sperimentazioni e le validazioni condotte dall'I.R.C.C.S. su iniziativa del privato, aventi ad oggetto "invenzioni" suscettibili di tutela brevettuale).

In sede cautelare, con decreto 26 giugno 2020, n. 3769 è stato affermato che nella Regione Lazio i centri diagnostici privati non possono eseguire i tamponi perché le attività di analisi e tracciatura sono state affidate dalla Regione, in esclusiva, al servizio diagnostico pubblico tramite la rete d'eccellenza Coronet Lazio.
Ha chiarito il decreto che il fondamento comune, di tutti i provvedimenti – di natura e finalità diverse – sin qui adottati da autorità politiche governative, nazionali, territoriali e tecniche, è stato, ed è anche nel caso in esame, quello di assicurare, secondo il principio di massima precauzione, la salute dei cittadini, in quanto valore costituzionale primario e non negoziabile, tanto da comprimere – nei limiti e modi di volta in volta ritenuti indispensabili – anche l'esercizio di diversi diritti o libertà dei cittadini, primo fra tutti il diritto alla libera circolazione;
Ha aggiunto il decreto che nella fase di sommaria delibazione il parametro cui la valutazione di legittimità si deve conformare non può che essere anzitutto il diritto alla salute, e alla luce di questo si devono esaminare ulteriori, e diverse, posizioni di interesse e diritto anch'esse costituzionalmente rilevanti, quale la libera iniziativa economica privata in regime di piena concorrenza;
Ha ancora chiarito che la più importante esigenza avvertita in questa fase della emergenza sanitaria appare, nella campagna di sottoposizione a quella di aumentare il numero dei e di ridurre al massimo i tempi per la effettuazione;
Risulta agli atti, senza convincenti smentite, che il sistema Coronet Lazio ha aumentato, come i dati statistici settimanali mostrano, in modo esponenziale nelle settimane il numero assoluto dei test e la percentuale /numero dei cittadini, nonché ha ridotto, fino a due giorni, il tempo occorrente per il test. Ciò, se comparato al trend di contagi fortunatamente decrescente della Regione Lazio, offre argomenti a favore della tesi per cui la contestata rete Coronet è idonea a gestire, tracciare, elaborare la sottoposizione a test senza che l'auspicato contributo privato sia di decisiva utilità per il conseguimento degli obiettivi generali stabiliti.
L'esistenza di falsi positivi e negativi, deve condurre a un impegno sempre più forte per ridurne la percentuale, il che – senza che sia stato opposto un argomento decisivamente convincente – appare realizzabile meglio e in più breve tempo se il sistema dei test – primo, secondo tampone e eventuale approfondimento – sia concentrato in una rete di presidi per lo più pubblici, di grandi dimensioni, ovvero sedi di corsi universitari, con la guida – di assoluta e indiscussa affidabilità – all'Ismi Spallanzani. La fruizione della rete Coronet viene sottolineata anche come strumento indefettibile per la cd. "tracciatura" dei flussi di dati, allo scopo essenziale di ricerca precoce di eventuali nuovi focolai, di elaborazione dei dati raccolti e successiva trasmissione al Ministero della Salute per poi alimentare la banca dati dell'O.M.S.. Il valore dei processi di standardizzazione e ripetitività su larga scala e grandi numeri dei stessi, appare esso stesso uno dei mezzi per la riduzione dei falsi, per la rapida successione del secondo tampone eventualmente necessario, in un quadro di presidi sanitari omogenei rispetto ai quali una apertura ai privati potrà essere semmai il risultato – come per i test di immunità è avvenuto – di un percorso rimesso a valutazione e sulla base di acquisizioni che certo in questa sede non è possibile delineare.

In altri termini, il valore aggiunto che, per il Coronet Lazio, può giustificare, ad oggi, la contestata limitazione, è il pregio indubbio di un sistema in cui si centralizzano, con una canalizzazione governata in entrata e in uscita, in un circuito omogeneo e di elevato valore scientifico pubblico, la raccolta degli esiti, la ripetizione e gli ulteriori approfondimenti ove occorrenti, la tracciatura, la comunicazione "unitaria" ad enti nazionali e internazionali, e ciò partendo dal dato iniziale della identità dei Kit e della elaborazione con le macchine utilizzate, a fini di omogeneità dei parametri di riferimento e di "affinamento dei risultati" per ridurre la percentuale di falsi positivi e negativi;
- è innegabile la estrema delicatezza della ragione per la quale il soggetto pubblico ha ritenuto di assumere la responsabilità della gestione consequenziale ai risultati, talvolta di falso positivo o negativo – derivanti dai , giacché appunto le conseguenze – ad esempio di confinamento personale - incidono su ulteriori posizioni di diritto e libertà individuale, la cui discendenza da un falso risultato è sembrata, alla Regione, doversi assumere come effetto, non voluto e da correggere, di una azione nell'ambito della rete più qualificata possibile di presidi sanitari con la direzione dell'Ismi Spallanzani, pur senza – come la Regione afferma – negare la reputazione e la piena credibilità di strutture private operanti con successo in molte altre aree dell'analisi di test di laboratorio;
In conclusione, la materia in esame comporta una valutazione generale positiva della coerenza e ragionevolezza delle soluzioni adottate dalla ordinanza presidenziale, nella circostanza in cui la stessa decisione è maturata, tanto che – malgrado le abili difese dell'appellata e i suggestivi riferimenti alla funzione ausiliaria del privato nella moltiplicazione dei e dunque nella lotta al Covid-19 – l'atto si sottrae alle censure formulate in primo grado e apprezzate dal primo giudice, per l'assorbente e decisiva, conclusiva ragione che l'interesse della parte privata a partecipare ad una rete da cui oggi è esclusa o a partecipare ad un libero mercato di servizio volontario ai pazienti privati per la effettuazione dei ha carattere recessivo rispetto alla necessità di precauzione avanzata anti Covid mediante un sistema – il Coronet – che certamente è peculiare, forse migliorabile in futuro con decisioni impossibili da prefigurare oggi.

Con ordinanza 11 dicembre 2020, n. 7097 è stata sospesa, in sede cautelare, la nota del 22 luglio 2020 di Aifa, impugnata da un gruppo di medici di base, nella parte in cui vieta la prescrizione *off label* (ossia per un uso non previsto dal bugiardino) dell'idrossiclorochina per la lotta al Covid -19, mentre resta impregiudicata la non rimborsabilità del farmaco.
Ha chiarito l'ordinanza che la perdurante incertezza circa l'efficacia terapeutica dell'idrossiclorochina, ammessa dalla stessa Aifa a giustificazione dell'ulteriore valutazione in studi clinici randomizzati, non è ragione sufficiente sul piano giuridico a giustificare l'irragionevole sospensione del suo utilizzo sul territorio nazionale da parte dei medici curanti.
La scelta se utilizzare o meno il farmaco, in una situazione di dubbio e di contrasto nella comunità scientifica, sulla base di dati clinici non univoci, circa la sua efficacia nel solo stadio iniziale della malattia, deve essere dunque rimessa all'autonomia decisionale e alla

responsabilità del singolo medico" "in scienza e coscienza" e con l'ovvio consenso informato del singolo paziente. Fermo il monitoraggio costante e attento del medico che lo ha prescritto.
L'ordinanza ha, infine, precisato che non è invece oggetto di sospensione (né a monte di contenzioso) la decisione di Aifa di escludere la prescrizione *off label* dell'idrossiclorochina dal regime di rimborsabilità.

- *Sui dispositivi di protezione personale*.
Il decreto 26 novembre 2020, n. 6795 ha respinto l'istanza di sospensione cautelare monocratica dei dd.P.C.M. 3 novembre 2020 e 17 novembre 2020 concernenti l'obbligo di indossare dispositivi di protezione delle vie respiratorie nei luoghi al chiuso, per bambini di età superiore ai sei anni.
Ha ricordato la Sezione che la questione della incidenza dell'uso di mascherina, per alunni da 6 a 11 anni, sulla salute psico-fisica del giovanissimo scolaro, merita certamente continua ed approfondita analisi su base scientifica, anzitutto da parte del Comitato tecnico-scientifico. Non sembrano esistere, a livello di dati statistici, raccomandazioni per un monitoraggio ove possibile costante, e immediato per gli scolari che diano segno di affaticamento, del livello di ossigenazione individuale dopo l'uso prolungato della mascherina; e ciò, sia perché esistono in commercio apparecchi di misurazione di semplicissima utilizzabilità per ciascun maestro, sia perché tale attività costituirebbe forse una utile base statistica per contribuire alle valutazioni scientifiche degli organi preposti. Ciò potrebbe anche consentire una valutazione esplicita, delle autorità scientifiche, su uno dei punti di cui al ricorso, relativo alla ragionevolezza dell'uso obbligatorio della mascherina anche "al banco" e con distanziamento adeguato.
Con il decreto è stato altresì disposto che sia acquisito con immediatezza agli atti del giudizio il verbale n. 124 dell'8 novembre 2020 del Comitato tecnico scientifico", anche ai fini di opportuna considerazione nelle ulteriori fasi del giudizio. Ha aggiunto il decreto che sarebbero in ogni caso opportune "raccomandazioni per un monitoraggio ove possibile costante, e immediato, per gli scolari che diano segno di affaticamento, del livello di ossigenazione individuale dopo l'uso prolungato della mascherina", mediante "apparecchi di misurazione di semplicissima utilizzabilità" in comune commercio.

- *Sulla accessibilità ad atti relativi alle decisioni assunte nella fase emergenziale epidemiologica da Covid-19*.
Con decreto 31 luglio 2020, n. 4574 è stata sospesa monocraticamente la sentenza che ha accolto il ricorso proposto avverso il diniego di accesso civico generalizzato ad alcuni verbali espressi dal comitato tecnico scientifico sull'emergenza epidemiologica da Covid-19, per non pregiudicare definitivamente l'interesse dell'amministrazione contraria all'ostensione degli atti in attesa della decisione del collegio (che sarebbe inutile ad ostensione degli atti avvenuta), vista la materia "meritevole di approfondimento" giuridico.
Ha chiarito il decreto che la normativa, e gli - compresi quelli endoprocedimentali - adottati durante il periodo della emergenza Covid-19, sono caratterizzati da una à e,

auspicabilmente, unicità, nel panorama ordinamentale italiano, tanto da ritenersi impossibile – come stessa appellante riconosce – applicarvi definizioni e regole specifiche caratterizzanti le categorie tradizionali quali " amministrativi generali" ovvero "ordinanze contingibili e urgenti", pur avendo, categorie, gli uni e gli altri alcuni elementi ma tutti e organicamente rinvenibili nelle appunto citate categorie tradizionali.
Ha ancora chiarito il decreto che in mancanza della considerazione verbali tra le categorie cui norma sull'accesso civico prevede ostensione, essa può essere affidata "alla facoltà della Amministrazione, valutare l'ostensibilità, qualora ritenuto opportuno, verbali al termine dello stato di emergenza". Infatti tale riserva – specie se riferita alla stragrande maggioranza dei verbali riferita a periodi da tempo superati – si risolve in un discrezionale e unilaterale potere di esibire o meno atti la cui ostensibilità la legge non esclude espressamente dunque, secondo la regola generale, deve essere consentita.

Il decreto aprile 2020, n. 1841 ha dichiarato inammissibile la richiesta di tutela monocratica avanzata dal Codacons e volta – attraverso l'impugnazione di bollettini quotidiani pubblicati dalla Protezione Civile, contenenti la raccolta di elementi acquisiti presso le Regioni su una pluralità di dati relativi alla situazione Covid-19 – a tutelare il diritto a conoscere, per le finalità proprie di cui è portatore, informazioni e dati che mancano in detti bollettini, e ciò in quanto la raccolta di dati regionali per l'informazione ai cittadini non esprime, né potrebbe farlo, alcun potere autoritativo pubblico.
Il decreto ha affermato che non vi è, nella specie, né un formale diniego di pubblicazione di tali ulteriori dati pretesi, né un atto provvedimentale, comunque individuato, giacché la raccolta di dati regionali per la informazione ai cittadini non esprime, né potrebbe farlo, alcun potere autoritativo pubblico.
Ha aggiunto che i dati aggiuntivi richiesti sarebbero sicuramente utili ai fini di un quadro conoscitivo per i cittadini ancora più dettagliato, ma la possibilità o meno che essi siano raccolti e poi pubblicati costituisce l'oggetto di una tipica azione di accertamento basata sul principio di trasparenza, e non può formare oggetto di una pretesa annullatoria, non essendovi alcun atto da annullare.
Ha infine affermato che i dati di cui si chiede la pubblicazione non sono di certo irreversibilmente persi ai fini dell'azione di accertamento che con lo strumento appropriato l'appellante potrà formulare; non potrebbe - del resto - piegarsi uno strumento del processo amministrativo - cioè l'azione annullatoria - ad una finalità certamente meritevole ma estranea a detto strumento, cioè quella di disporre in tempo reale di un quadro informativo più completo rispetto a quello quotidianamente offerto dai comunicati stampa della Protezione Civile.

- *Sull'obbligo di non uscire dalle abitazioni.*
Il decreto 17 aprile 2020, n. 2028 ha respinto ha escluso la sospensibilità dell'ordinanza sindacale che ha disposto, per ragioni sanitarie legate all'emergenza Coronavirus, stringenti limitazioni alle uscite per fare acquisti di generi alimentari, non essendo incise posizioni di interesse o diritto degli appellanti da ritenersi irreversibilmente e definitivamente sacrificate nelle more della decisione cautelare collegiale.

Ha chiarito il decreto che la valutazione, quale priorità nazionale, dell'interesse generale alla rigorosa prevenzione anti-Covid-19 non consente di ritenere irragionevolmente compressi, per il periodo della emergenza, diritti, pur rilevanti e fondamentali, dei privati istanti in relazione ad esigenze (quali le modalità di approvvigionamento alimentare) che ovviamente possono essere regolate quanto ai tempi e criteri, nell'interesse collettivo sicuramente prevalente su quello individuale.

Con decreto 30 marzo 2020, n. 1553 è stata respinta la richiesta di sospensione cautelare dell'ordine di quarantena obbligatoria con sorveglianza sanitaria e isolamento presso la propria residenza avanzata da un bracciante agricolo che si era allontanato dalla propria abitazione per andare a lavorare nei campi, essendo l'eventuale, provato pregiudizio economico risarcibile.
Ha premesso il decreto che l'appello di un decreto monocratico cautelare è da ritenersi ammissibile nei soli, limitatissimi casi in cui l'effetto del decreto presidenziale del giudice di primo grado produrrebbe la definitiva e irreversibile perdita del preteso bene della vita, e che tale "bene della vita" corrisponda ad un diritto costituzionalmente tutelato dell'interessato. Nel caso in esame, seppure per il limitato periodo residuo (4 giorni) di efficacia temporale del decreto sindacale impugnato in primo grado, la pretesa dell'appellante è di potersi recare al lavoro, di evitare il rischio di licenziamento, e di recarsi, con le limitazioni in vigore, ad effettuare acquisti di beni di prima necessità. Ne consegue che la pretesa tocca diritti tutelati dall'ordinamento anche a livello costituzionale, da cui discende l'ammissibilità dell'appello contro il decreto del Presidente del Tar Catanzaro.
Nel merito il decreto mette in luce che il provvedimento regionale e il decreto esecutivo del Sindaco sono stati adottati in giorni caratterizzati dal pericolo concreto e imminente di un trasferimento massivo di persone e di contagi, dalle regioni già gravemente interessate dalla pandemia, a quelle del Mezzogiorno, con la conseguenza che gli atti dei Governatori hanno, ragionevolmente, imposto misure anche ulteriormente restrittive quale prevenzione, tanto che, si auspica, la non massiccia diffusione di Covid-19 al Sud possa scontare positivamente l'effetto di tali misure.
In tale quadro, per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla privacy - in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo.
Per queste ragioni, la gravità del danno individuale non può condurre a derogare, limitare, comprimere la primaria esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale dell'Italia oggi non superabile in alcun modo.
Le conseguenze dannose per l'appellante non hanno poi il carattere della irreversibilità, giacché nelle disposizioni, statali e regionali, adottate e che verranno adottate a ulteriore completamento e integrazione per fronteggiare il "dopo-pandemia", ci sono misure di tutela del posto di lavoro (oltre alla cassa integrazione), misure di soccorso emergenziale

per esigenze alimentari e di prima necessità (non a caso demandate ai Comuni, e dunque anche a quello di Corigliano), tali da mitigare o comunque non rendere irreversibili, anche nel breve periodo, le conseguenze della doverosa stretta applicazione delle norme di restrizione anti-contagio.

- *Sulla didattica.*
Con ordinanza 27 novembre 2020, n. 6832 è stato ritenuto che, in considerazione della situazione epidemiologica, non deve essere sospesa la pianificazione delle attività scolastiche, educative e formative in tutte le istituzioni del sistema nazionale di istruzione per l'anno scolastico 2020/2021, prevista dai decreti ministeriali 26 giugno 2020, n. 39, 3 agosto 2020, n. 80 e 6 agosto 2020, n. 87, quali: il possibile e consistente ricorso alla didattica a distanza; la disciplina delle modalità di accesso e uscita da scuola, uscite a orari scaglionati; l'obbligo di rimanere a casa in presenza di temperatura oltre i 37,5°; il divieto di accedere o permanere nei locali scolastici ove si manifestino, anche dopo l'ingresso, condizioni di pericolo (sintomi simil-influenzali, temperatura oltre 37.5°, provenienza da zone a rischio o contatto con persone positive al virus nei 14 giorni precedenti, etc.); l'obbligo di mascherina per gli studenti che si muovano all'interno dei locali scolastici.
La Sezione ha ritenuto non condivisibile l'assunto della mancanza di presupposti epidemiologici di una gravità e diffusività tale da poter creare allarme nella popolazione scolastica.
La fase di attuale recrudescenza della diffusione epidemiologica depone oggettivamente in senso opposto rispetto a quanto prospettato dagli appellanti e verosimilmente il contenimento del contagio entro una certa soglia è causalmente da ricollegare proprio alle misure di prevenzione adottate, comprese quelle applicate in ambito scolastico.
Né è ravvisabile, ad avviso della Sezione, la violazione dei precetti costituzionali in materia di libertà personale e di diritto all'istruzione, stante la doverosa applicazione del principio di precauzione, nonché di prevalenza del diritto alla salute, ove gli interventi di prevenzione siano scientificamente supportati e limitati allo stretto indispensabili per il raggiungimento dell'obiettivo (decreto 26 giugno 2020, n. 3769).

Con riferimento alla didattica a distanza nella Regione Campania nella scuola dell'infanzia e primaria, con decreto 10 novembre 2020, n. 6453 è stata esclusa la sospensione cautelare monocratica
del decreto monocratico del giudice di primo grado che non ha accolto l'istanza, presentata da alcuni genitori di figli minori, di sospensione dell'ordinanza n. 89 del 5 novembre 2020 del Presidente della Regione Campania, nella parte in cui dispone, "la sospensione delle attività didattiche in presenza per la scuola primaria" nonchè "la sospensione… dell'attività in presenza nelle scuole dell'infanzia", e ciò in quanto non sono stati forniti elementi decisivi in favore della irragionevolezza della misura contestata, volta alla più rigorosa prevenzione della salute pubblica nell'ambito territoriale di competenza.

Il decreto, nel respingere l'istanza di sospensione del decreto monocratico del Tar Napoli, sez. V, 9 novembre 2020, n. 2025 (e nn. 2026 e 2027), ha preliminarmente affermato che a fronte degli interessi dedotti dagli appellanti, tutti riferiti a valori costituzionalmente tutelati, vi è l'interesse/dovere di prevenzione e tutela della incolumità e salute pubblica, specialmente nell'attuale fase pandemica Covid-19, che anch'esso trova diretto fondamento nella Costituzione, e sul quale la Regione ha fondato la propria ordinanza impugnata dinanzi al Tar Napoli.
In tali circostanze, è stato chiarito nel decreto, ricorre uno dei limitatissimi casi per i quali il Consiglio di Stato, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata del c.p.a., ammette l'istanza in appello, visto il pericolo affermato di irreversibile lesione di interessi che trovano diretto fondamento nella Carta.
È stato aggiunto che non è in discussione, in presenza di istruttoria conforme ai principi di attualità e completezza, il potere di ciascun presidente regionale di adottare provvedimenti più restrittivi rispetto a quanto il d.P.C.M. 4 novembre 2020 prevede per la "zona di rischio" in cui la Regione Campania è inserita. Né gli appellanti hanno fornito elementi decisivi in favore della irragionevolezza della misura contestata, volta alla più rigorosa prevenzione della salute pubblica nell'ambito territoriale di competenza.
Sulla base di tali premesse è stata respinta l'istanza di sospensione monocratica del decreto del Tar Napoli ma è stato nel contempo ordinato, ai fini del prosieguo della fase cautelare innanzi al primo giudice, il deposito dei dati e della documentazione scientifica, acquisiti dalla Unità di crisi regionale nel periodo 3 – 5 novembre 2020 nonché i dati scientifici/medici prognostici sull'effetto positivo della sospensione scolastica "in presenza" ai fini della contrazione dei contagi.

- *Sulla chiusura di esercizi pubblici e distributori automatici.*

Il decreto 27 aprile 2020, n. 2294 ha respinto l'istanza di sospensione cautelare del decreto monocratico del giudice di primo grado che aveva respinto l'istanza di sospensione cautelare delle ordinanze del Sindaco di Catanzaro che, al fine di contenere il rischio di diffusione del Covid-19, hanno disposto e poi prorogato la sospensione, salvo che negli ospedali, dell'apertura degli esercizi commerciali di negozio bar self service attraverso distributori automatici che vendono bevande e alimenti confezionati h 24 in locale liberamente accessibile; è infatti escluso ogni pericolo di perdita definitiva di un bene della vita direttamente tutelato dalla Costituzione, discutendosi nel caso in esame di un ordinario e temporaneo pregiudizio economico a fronte di una ordinanza comunale, con la conseguenza che non ricorre uno dei casi eccezionali in cui, con interpretazione costituzionalmente orientata *praeter legem*, il Consiglio di Stato ha ritenuto ammissibile l'appello avverso il decreto cautelare del Presidente di Tribunale amministrativo regionale.
Ha chiarito il decreto che non è certo il diritto costituzionalmente tutelato di libera iniziativa economica (art. 41 Cost.) ma l'interesse, di natura economica, a non perdere, per i giorni di sospensione della distribuzione, il relativo ricavo. Peraltro, proprio l'art. 41 Cost. invocato dall'appellante, limita la stessa libertà di iniziativa economica quando essa sia in contrasto con la sicurezza, libertà e dignità umana. In proposito, non vi sono

dubbi sulla correttezza costituzionale di una misura di divieto temporaneo di distribuzione automatica di prodotti allorché ciò derivi dalla necessità di prevenzione avverso la più grave forma di epidemia sanitaria che l'Italia abbia conosciuto dal dopoguerra.

- *Sull'utilizzo di piscine.*
Con decreto 25 luglio 2020, n. 4418 è stata respinta l'istanza di sospensione monocratica delle misure di contenimento dell'emergenza sanitaria Covid-19 adottate dal Presidente del Consiglio dei Ministri con riferimento all'uso delle piscine, stante la prevalenza dell'interesse primario e generale alla tutela della salute pubblica - anche alla luce dei focolai Covid che negli ultimi giorni stanno emergendo in molteplici aree del Paese - rispetto all'interesse economico, fatto valere dall'appellante, alla riapertura anticipata della piscina.

1.2. Persecuzione razziale.
La sez. IV, con sentenza 24 dicembre 2020, n. 8312 ha giudicato illegittimo il provvedimento con cui la Commissione per le provvidenze ai perseguitati politici antifascisti o razziali, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, ha negato il riconoscimento della qualifica di perseguitata razziale ai sensi della l. n. 541 del 1971 per la tenera età avuta all'epoca della persecuzione dalla istante, e ciò in quanto proprio il fatto che l'istante fosse di tenera età durante il nascondimento della sua famiglia per motivi razziali, aggrava (e non esclude) il suo status di perseguitata.
Ha ricordato la Sezione che in materia di riconoscimento delle provvidenze economiche ai perseguitati dalle leggi razziali, nella prospettiva di riparare – per quanto possibile - i pregiudizi arrecati dal regime fascista e dalle leggi persecutorie e razziali promulgate durante quel periodo, lo Stato italiano ha emanato una serie di leggi volte a conferire in favore di taluni soggetti alcune provvidenze economiche riparatrici.
In ordine di tempo, è stata emanata la l. 24 maggio 1970, n. 336, recante "Norme a favore dei dipendenti civili dello Stato ed Enti pubblici *ex* combattenti ed assimilati". La materia è stata poi disciplinata con il d.l. 8 luglio 1974, n. 261, convertito con modificazioni dalla l. 14 agosto 1974, n. 355 "Modificazioni alla legge 24 maggio 1970, n. 336, concernente norme a favore dei dipendenti dello Stato ed enti pubblici, *ex* combattenti ed assimilati". Successivamente, lo Stato italiano ha esteso (con un articolo unico contenuto nella l. 8 luglio 1971, n. 541) le provvidenze previste in favore degli *ex* combattenti, anche agli *ex* deportati e agli *ex* perseguitati, sia politici che razziali, in quanto categorie di soggetti ritenute del tutto assimilabili tra di loro. Infine, il legislatore si è dato cura di ampliare ancora i confini soggettivi della normativa in questione, prevedendo, all'art. 1, l. 16 gennaio 1978, n. 17 - "Norme di applicazione della l. 8 luglio 1971, n. 541, recante benefici agli *ex* deportati ed agli *ex* partigiani, sia politici che razziali, assimilati agli *ex* combattenti", che "la qualifica di *ex* perseguitato razziale compete anche ai cittadini italiani di origine ebraica che, per effetto di legge oppure in base a norme o provvedimenti amministrativi anche della Repubblica sociale italiana intesi ad attuare discriminazioni razziali, abbiano riportato pregiudizio fisico o economico o morale. Il

pregiudizio morale è comprovato anche dalla avvenuta annotazione di "razza ebraica" sui certificati anagrafici".
L'estensione soggettiva dell'ambito di applicazione ha consentito, con quest'ultima previsione, di beneficiare non soltanto i dipendenti civili *ex* combattenti e gli *ex* partigiani assimilabili ai combattenti, ma anche quanti, purché cittadini italiani di origine ebraica, avessero subito discriminazioni razziali o avessero riportato pregiudizio fisico o economico o morale, per effetto delle leggi razziali dell'epoca o di provvedimenti amministrativi o di interpretazioni basati sulle leggi dell'epoca.
L'art. 1, l. 16 gennaio 1978, n. 17 introduce particolari "Norme di applicazione della l. 8 luglio 1971, n. 541, recante benefici agli ex deportati ed agli ex partigiani, sia politici che razziali, assimilati agli *ex* combattenti", e prevede che "la qualifica di ex perseguitato razziale compete anche ai cittadini italiani di origine ebraica che, per effetto di legge oppure in base a norme o provvedimenti amministrativi anche della Repubblica sociale italiana intesi ad attuare discriminazioni razziali, abbiano riportato pregiudizio fisico o economico o morale.
Il pregiudizio morale è comprovato anche dalla avvenuta annotazione di "razza ebraica" sui certificati anagrafici".
Più in particolare, tali disposizioni recano un'estensione soggettiva della platea dei soggetti destinatari delle provvidenze economiche di cui alla l. n. 541 del 1971; introduce un concetto giuridico indeterminato, ossia quello dell'avere riportato "pregiudizio fisico o economico o sociale"; tipizza un caso di pregiudizio, ossia quello dell'essere stato annotato, nel certificato anagrafico, come appartenente alla razza ebraica.
L'estensione dei beneficiari delle provvidenze ai 'cittadini italiani di origine ebraica' che 'abbiano riportato pregiudizio fisico o economico o morale' si spiega per il fatto che con le leggi razziali lo Stato italiano è venuto meno alla prima delle ragioni stesse che giustificano l'esistenza dello Stato, che è quella di essere il guardiano dei diritti fondamentali dei propri consociati, non quella di essere l'artefice di atti persecutori che lasciano tracce indelebili nei sopravvissuti.
Da queste premesse, la Sezione ha tratto le seguenti considerazioni: a) la l. n. 17 del 1978, che è il titolo giuridico della pretesa economica invocata dalla richiedente, ha un'intrinseca *ratio iuris* di favore, perché è volta all'estensione di provvidenze economiche dapprima riconosciute in favore degli ex combattenti dello Stato, poi in favore degli ex partigiani, indi dei perseguitati politici e, infine, dei cittadini italiani di origine ebraica che, per effetto di legge oppure in base a norme o provvedimenti amministrativi anche della Repubblica sociale italiana intesi ad attuare discriminazioni razziali, abbiano riportato pregiudizio fisico o economico o morale; b) il concetto di "pregiudizio fisico o economico o morale" è un concetto giuridico indeterminato, che da un lato si riempie di contenuto in relazione alle conseguenze pregiudizievoli subite nella sfera giuridica personale (il pregiudizio fisico e quello morale) e patrimoniale (il pregiudizio economico), dall'altro è agevolmente interpretabile tenendo conto del fatto che gli atti persecutori – anche se cessati da tempo – lasciano tracce indelebili; c) la legge tipizza un solo caso di pregiudizio morale, ossia la "avvenuta annotazione di "razza ebraica" sui certificati anagrafici", perché di per sé intrinsecamente espressiva della vis odiosa manifestata

dal regime nei confronti dell'appartenenza all'ebraismo e alla religione ebraica, mentre lascia all'Amministrazione competente (la Commissione per le provvidenze istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri) la discrezionalità della qualificazione dei pregiudizi lamentati dai richiedenti con le loro istanze; d) si tratta di poteri tecnico-discrezionali, poiché l'Amministrazione non può liberamente formulare proprie libere valutazioni sulla spettanza dei benefici, ma deve tenere conto degli elementi probatori acquisiti, tenendo conto delle circostanze assolutamente eccezionali che hanno caratterizzato quegli anni e della sostanziale notorietà – di cui ha preso atto il legislatore - delle quotidiane vessazioni e discriminazioni che vi sono state ratione personae.
Il ragionamento logico-giuridico qualificatorio dell'Amministrazione deve tenere conto: della natura fisica del pregiudizio subito, e dunque del danno alla salute intesa come pregiudizio medicalmente accertabile; della natura morale del pregiudizio, inteso come lesione della integrità dei valori morali della persona, indipendentemente dalla coscienza o dal grado di consapevolezza che un individuo possa avere di sé e della propria persona in un determinato momento, potendo subentrare il turbamento della coscienza anche a distanza di tempo, una volta che subentri la consapevolezza di essere stato destinatario degli atti di persecuzione, pur se manchi un timore attuale che tali atti si possano ripetere; della natura economica del pregiudizio, inteso come perdita o diminuzione del patrimonio.
Ad avviso della Sezione nella specie le disposizioni legislative hanno attribuito rilevanza alle ripercussioni 'morali' che anche successivamente vi siano state sul richiedente il beneficio: le circostanze di fatto che hanno caratterizzato le prime settimane di vita della richiedente vanno considerate di per sé idonee a segnare per sempre la sua vita ed è proprio in considerazione dei relativi perduranti pregiudizi morali che la legislazione italiana, sia pure a distanza di decenni dai fatti accaduti, ha ritenuto di prevedere la spettanza dei benefici in questione.
Rileva quale fatto persecutorio diretto e personale l'essere stata partorita in condizioni estremamente disagevoli, da genitori fuggiaschi e a loro volta perseguitati dal regime (il padre immediatamente prima era anche riuscito a scappare da un campo di concentramento), in condizioni igieniche praticamente inesistenti, trattandosi di una stalla e dunque di un ambiente notoriamente inospitale e pieno di parassiti, fonte di malattie pericolose soprattutto per un soggetto appena venuto alla luce. Nella specie, erra l'Amministrazione nella misura in cui, per un verso, ritiene che una bambina appena nata non possa essere sfavorevolmente incisa nella sua sfera morale e, per un altro verso, che i sedici giorni in cui la stessa ha dimorato nella stalla non hanno rappresentato un tempo adeguato: secondo logica, si deve ritenere che nelle successive narrazioni familiari si siano inevitabilmente ricordate le circostanze di quel periodo che non solo vanno ricordate affinché mai si ripetano, ma che hanno anche inevitabilmente lasciato tracce indelebili, con la rinnovazione delle reazioni emotive interiori, che hanno continuato a sentire l'ingiustizia di quanto accaduto, se non il timore che analoghe circostanze si sarebbero potute ripetere (pur se la forza della Costituzione repubblicana e, ancor prima, l'affermazione del sistema democratico instaurato con l'elezione della Assemblea Costituente hanno successivamente attenuato un tale timore).

Erra anche nella misura in cui ritiene che la liberazione della città di Macerata abbia segnato un confine temporale certo per la fine delle persecuzioni.
In primo luogo, le persone in questione vivevano nascoste nelle campagne, senza mezzi di comunicazione certi.
In secondo luogo, la fine ufficiale del regime non si è tradotta automaticamente e in maniera immediata nella fine dei comportamenti violenti che, notoriamente, continuavano ad essere perpetrati dai sostenitori dei regime attraverso i rastrellamenti (soprattutto nelle campagne) anche per nascondere le tracce delle violenze fino ad allora commesse
A connotare in senso persecutorio e la violenza subita, è anche il fatto che la bambina non si è potuta sottrarre alla forza ostile dei persecutori, rappresentando, a sua volta, per i suoi genitori, un'ulteriore ragione di nascondimento nella stalla e di ostacolo alla fuga in altro idoneo luogo, essendo impraticabile un trasferimento sicuro in quelle condizioni di precarietà.
In altri termini, proprio il fatto che la ricorrente fosse in così tenera età durante il nascondimento della sua famiglia per motivi razziali, aggrava (e non esclude) il suo status di perseguitata.

1.3. Procreazione medicalmente assistita (PMA) eterologa, a carico del Servizio sanitario regionale, e procreazione medicalmente assistita omologa.
Con sentenza 24 novembre 2020, n. 7343 la sez. III ha dichiarato illegittima la delibera di Giunta che introduce una disciplina differenziata per la procreazione medicalmente assistita (PMA) eterologa, a carico del Servizio sanitario regionale, rispetto a quella omologa, essendo irragionevole e discriminante la previsione, per la prima, del limite del quarantatreesimo anno di età e del limite massimo di tre cicli.
La Sezione ha preliminarmente ricordato che si ha procreazione medicalmente assistita tutte le volte in cui il concepimento non è conseguenza naturale del rapporto tra un uomo e una donna ma l'effetto di un intervento di assistenza tecnica curato da sanitari specializzati.
La PMA può essere «omologa», se il materiale biologico appartiene ai genitori del nascituro, ed "eterologa", se invece il materiale biologico non appartiene ad uno dei due genitori o a nessuno dei due.
Nel caso all'esame della Sezione la Regione ha argomentato la pretesa coerenza del regime differenziato cui è stata sottoposta la PMA eterologa con i dati rinvenienti dalla letteratura scientifica di settore, in base ai quali l'ovodonazione costituirebbe di per sé un fattore di rischio che diviene significativo raggiunti i 43 anni della donna e altamente significativo dopo i 45.
In effetti però tali ragioni non erano indicate nella impugnata delibera regionale, che si sia limitata piuttosto a dare attuazione al documento approvato dalla Conferenza delle Regione che, però, quanto ai requisiti soggettivi, e con specifico riferimento all'età, sembrerebbe – smentendo quanto qui dedotto dall'appellante – accreditare come controindicata una soglia di età (50 anni) ben diversa da quella qui predicata (43), dal momento che si legge testualmente nell'apposito paragrafo relativo ai requisiti soggettivi che "su

suggerimento delle Società Scientifiche, si sconsiglia comunque la pratica eterologa su donne di età >50 anni per l'alta incidenza di complicanze ostetriche".
E' vero che in detto documento la Conferenza, nel sottolineare l'urgente necessità dell'inserimento nei LEA delle tecniche di PMA omologa e di quella eterologa, per quanto riguarda i cicli di omologa, ha proposto "…dei criteri di accesso a carico del SSN, che comprendono l'età della donna (fino al compimento del 43 anno) ed il numero di cicli che possono essere effettuati nelle strutture sanitarie pubbliche (massimo 3), e propone gli stessi criteri d'accesso anche per la PMA eterologa". Tuttavia, ad avviso della Sezione, tale proposta, avente oltretutto una valenza meramente programmatica, risulta formulata in una prospettiva diversa e più ampia e costituisce la sintesi evidente di esigenze organizzative e finanziarie e non può, dunque, ritenersi espressione di una valutazione di carattere rigidamente tecnico – scientifico quale soglia limite per definire il concetto normativo di "età potenzialmente fertile".
Aggiungasi, ed il rilievo ha carattere assorbente, che nell'economia del documento in argomento le condizioni di accesso proposte – sia rispetto ai cicli che alla soglia di età – erano le medesime per entrambe le tecniche, di guisa che, nel limitare siffatte condizioni alla sola PMA eterologa (e non replicandole per quella omologa), la Regione Lombardia, con la delibera in argomento, si è posta in contrasto con le stesse indicazioni operative compendiate nel documento suddetto di fatto introducendo una differenziazione di regime tra le due *species* di PMA in esso non contemplate.
In definitiva, ad avviso della Sezione, se ha una sua plausibilità logica l'affermazione di principio secondo cui i rischi connessi alla gravidanza aumentino con l'avanzare dell'età della donna e possano ragionevolmente incrementarsi nel caso di ovodonazione, allo stesso tempo non può dirsi qui sufficientemente dimostrato che il limite di età, fissato nel quarantatreesimo anno, costituisca la soglia limite oltre la quale le tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo perdano la loro efficacia ovvero si rivelino finanche pericolose sì da poter ancorare, in modo rigido, a tale soglia di età (43 anni) la previsione più elastica mutuabile dal dato normativo di riferimento che recepisce come criterio discretivo quello dell'"età potenzialmente fertile" dei soggetti. Tale parametro non può che essere ponderato alla luce delle risultanze scientifiche che tengano conto dell'utilità della tecnica e delle possibili complicanze che può ingenerare una gravidanza in età eccessivamente avanzata; da qui il suggerimento di sconsigliare comunque la pratica eterologa su donne di età superiore a 50 anni, come espressamente affermato nel documento in argomento. E d'altro canto, le singole Regioni hanno adottato soluzioni differenziate in ordine al parametro dell'età della donna, non tutte essendosi uniformate alla proposta – proprio perché sganciata da univoche evidenze scientifiche ma ancorata a profili di programmazione finanziaria – di valorizzare il limite di 43 anni indicato dalla Conferenza, a conferma della inettitudine del suddetto limite ad orientare valutazioni concludenti sulla capacità della tecnica in argomento di mantenere la propria efficacia ovvero sufficienti margini di sicurezza.
Giova aggiungere che il d.P.C.M. 12 gennaio 2017, recante la "Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'art. 1, comma 7, d.lgs. 30 dicembre

1992, n. 502", ha inserito nelle prestazioni che il Servizio Sanitario Nazionale deve garantire anche quelle relative alla fecondazione assistita di tipo eterologo e ha stabilito che le coppie che si sottopongono alle procedure di PMA eterologa contribuiscono ai costi delle attività nella misura fissata dalle Regioni e dalle Province Autonome. Detto d.P.C.M. vale a definire i Livelli Essenziali di Assistenza (c.d. LEA) ai sensi dell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 502 del 1992, ossia quelle prestazioni che devono essere garantite dal Servizio Sanitario, in modo uniforme, su tutto il territorio nazionale, e che sono erogate o a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa, nelle forme e secondo le modalità previste dalla legislazione vigente (art. 1, comma 3, d.lgs. n. 502 del 1992).
È pur vero che è, poi, mancato il decreto di fissazione delle relative tariffe; ciò nondimeno nemmeno può essere obliato che in esso, ad oggi, non è dato cogliere né una differenziazione nelle condizioni di accesso tra PMA omologa e PMA eterologa né rigide limitazioni quanto ai cicli di terapia ovvero alla soglia di età.
La Sezione non ha poi ritenuto condivisibile l'assunto difensivo secondo cui la scelta regionale di fissare requisiti di accesso agganciati al limite di età con un limite massimo di cicli fruibili riposerebbe su uno studio di fattibilità all'uopo condotto dalla Regione Lombardia per assicurare la terapia in argomento nei limiti delle ridotte risorse disponibili e si muoverebbe, anche per il profilo qui in rilievo, nel solco delle coordinate tracciate dal documento approvato dalla più volte citata Conferenza.
La sez. III, con sentenza 20 luglio 2016, n. 3297, ha infatti affermato che il diritto alla salute, cui è ricondotto il ricorso alla PMA anche eterologa, non è assoluto e incontra limiti sia esterni, posti dall'esistenza di diritti costituzionali di pari rango, che interni, posti dall'organizzazione del Servizio sanitario nazionale.
Ha chiarito che è vero che l'organizzazione dell'amministrazione si scontra con il limite della capacità finanziaria e che dunque deve contemperare l'esercizio del diritto alla salute da parte del singolo assistito in accordo con l'eguale riconoscimento a parità di sostanziali condizioni, da parte degli altri aventi diritto, in un contesto nel quale alla crescita, per qualità e per quantità della domanda sanitaria corrisponde la limitatezza delle strutture pubbliche e il sempre più rigoroso contenimento delle risorse finanziarie sottoposte a vincoli di bilancio assai stringenti. La Regione deve garantire ragionevolmente il medesimo trattamento a tutti i soggetti che versino nella stessa sostanziale situazione di bisogno, a tutela del nucleo irriducibile del diritto di salute (art. 32 Cost.), quale diritto dell'individuo e interesse della collettività, o di altri costituzionalmente rilevanti ed in applicazione, comunque del superiore principio di uguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3 Cost..
In conclusione, sempre ad avviso della Sezione, fatta salva la discrezionalità dell'Amministrazione, le scelte operate devono comunque fondarsi su un criterio discretivo contraddistinto da intrinseca coerenza logica, specie nel caso in cui ineriscano alla sfera dei diritti fondamentali. Tanto non è a dirsi nel caso qui in rilievo rispetto alla distinzione di regime tracciata dalla Regione tra PMA omologa e PMA eterologa quanto ai presupposti e ai limiti di accesso, posto che lo studio di fattibilità richiamato dalla difesa regionale non appare idoneo a provare le ragioni di tale scelta, costituendo un ordinario strumento ricognitivo delle previsioni di spesa connesse alla organizzazione del servizio e

che, però, non reca affatto evidenza del distinto e più significativo profilo dei limiti di sostenibilità economica all'interno degli equilibri di bilancio della Regione. Non può, dunque, un generico richiamo alle esigenze finanziarie di contenimento della spesa fondare, attraverso la previsione di sbarramenti rigidi di accesso alla PMA eterologa, una così significativa disparità di trattamento tra interventi che vanno considerati complementari sul piano dell'assistenza terapeutica quali *species* di un medesimo *genus*.

1.4. Individuazione della compartecipazione degli utenti dei progetti a favore dei disabili.

La sez. III, con sentenza 10 dicembre 2020, n. 7850 ha affermato che illegittimo il Regolamento comunale per il sostegno economico ai "progetti di vita" a favore delle persone con disabilità, nella parte in cui ha individuato le componenti economiche degli interventi a carico dell'utente non solo sulla base e in proporzione al suo ISEE socio-sanitario, ma anche ponendo a fondamento un criterio economico aggiuntivo, individuato nelle "entrate effettivamente disponibili".

Ha chiarito la Sezione che non può essere riconosciuta ai Comuni una potestà di deroga alla legislazione statale e regionale nell'adozione del regolamento comunale che disciplina l'accesso alle prestazioni sociali agevolate, e precisamente, in violazione della disciplina statale dettata con d.P.C.M. 5 dicembre 2013, regolamento concernente le modalità di determinazione e i campi di applicazione dell'ISEE (Indicatore della situazione economica equivalente - di cui al d.lgs. 31 marzo 1998, n. 109 e successive modifiche, e adottato in applicazione dell'art. 5, l. 22 dicembre 2011, n. 214).

L'art. 2, comma 1, d.P.C.M. n. 159 del 2013, testualmente ed inequivocabilmente stabilisce che "L'ISEE è lo strumento di valutazione, attraverso criteri unificati, della situazione economica di coloro che richiedono prestazioni sociali agevolate. La determinazione e l'applicazione dell'indicatore ai fini dell'accesso alle prestazioni sociali agevolate, nonché della definizione del livello di compartecipazione al costo delle medesime, costituisce livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, fatte salve le competenze regionali in materia di normazione, programmazione e gestione delle politiche sociali e socio-sanitarie e ferme restando le prerogative dei comuni. In relazione a tipologie di prestazioni che per la loro natura lo rendano necessario e ove non diversamente disciplinato in sede di definizione dei livelli essenziali relativi alle medesime tipologie di prestazioni, gli enti erogatori possono prevedere, accanto all'ISEE, criteri ulteriori di selezione volti ad identificare specifiche platee di beneficiari, tenuto conto delle disposizioni regionali in materia e delle attribuzioni regionali specificamente dettate in tema di servizi sociali e socio-sanitari. É' comunque fatta salva la valutazione della condizione economica complessiva del nucleo familiare attraverso l'ISEE.".

Tale ultima precisazione, quale norma di chiusura, sgombra il campo da ogni dubbio in ordine alla non valutabilità della "condizione economica complessiva del nucleo familiare" attraverso criteri diversi dall'ISEE, introdotti da regioni o comuni.

L'ISEE è calcolato, con riferimento al nucleo familiare di appartenenza del richiedente, come rapporto tra l'ISE e il parametro della scala di equivalenza corrispondente alla

specifica composizione del nucleo familiare; l'ISE è la somma dell'indicatore della situazione reddituale, determinato ai sensi dell'art. 4, e del venti per cento dell'indicatore della situazione patrimoniale; l'ISEE differisce sulla base della tipologia di prestazione richiesta, secondo le modalità stabilite agli artt. 6, 7 e 8, limitatamente alle a) prestazioni agevolate di natura sociosanitaria, b) prestazioni agevolate rivolte a minorenni in presenza di genitori non conviventi, c) prestazioni per il diritto allo studio universitario (art. 2, commi 2, 3 e 4).
L'indicatore della situazione reddituale è determinato sulla base dei redditi e delle spese e franchigie di cui all'art. 4, riferite a ciascun componente ovvero al nucleo familiare (comma 1).
L'art. 4, comma 2, lett. f), che tra i componenti del reddito includeva "trattamenti assistenziali, previdenziali e indennitari, incluse carte di debito, a qualunque titolo percepiti da amministrazioni pubbliche", è stato dichiarato illegittimo da questo Consiglio di Stato (sez. IV, 29 febbraio 2016, nn. 838, 841 e 842).
Le citate sentenze, esaminando la ratio dell'indennità di accompagnamento e il suo rapporto con l'ISEE, hanno escluso che l'indennità di accompagnamento, come le altre indennità con la medesima finalità, possa essere valutata come un reddito, in quanto essa "unitamente alle altre forme risarcitorie serve non a remunerare alcunché, né certo all'accumulo del patrimonio personale, bensì a compensare un'oggettiva ed ontologica .....situazione d'inabilità che provoca in sé e per sé disagi e diminuzione di capacità reddituale". "Tali indennità o il risarcimento sono accordati a chi si trova già così com'è in uno svantaggio....non determinano infatti una migliore situazione economica del disabile rispetto al non disabile, al più mirando a colmare tale situazione di svantaggio subita da chi richiede la prestazione assistenziale e possiede i requisiti per accedervi".
A seguito e per effetto delle suindicate statuizioni, il legislatore, con l'Allegato 1 della l. 26 maggio 2016, n. 89, recante modificazioni apportate in sede di conversione al d.l. 29 marzo 2016, n. 42 (art. 2-sexies, co. 3), ha previsto che "Nelle more dell'adozione delle modifiche al regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 5 dicembre 2013, n. 159, volte a recepire le sentenze del Consiglio di Stato, sezione IV, nn. 841, 842 e 838 del 2016, nel calcolo dell'indicatore della situazione economica equivalente (ISEE) del nucleo familiare che ha tra i suoi componenti persone con disabilità o non autosufficienti, come definite dall'allegato 3 al citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri n. 159 del 2013, anche ai fini del riconoscimento di prestazioni scolastiche agevolate, sono apportate le seguenti modificazioni:
a) sono esclusi dal reddito disponibile di cui all'art. 5, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, i trattamenti assistenziali, previdenziali e indennitari, comprese le carte di debito, a qualunque titolo percepiti da amministrazioni pubbliche in ragione della condizione di disabilità, laddove non rientranti nel reddito complessivo ai fini dell'IRPEF; b) in luogo di quanto previsto dall'art. 4, comma 4, lettere b), c) e d), d.P.C.M. n. 159 del 2013, è applicata la maggiorazione dello 0,5 al parametro della scala di equivalenza di cui all'allegato 1 del predetto decreto n. 159 del 2013 per ogni componente con disabilità media, grave o non autosufficiente.".

Dunque, il legislatore ha riformato il d.P.C.M. n. 159 del 2013 escludendo dal reddito disponibile di cui all'art. 5, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 i trattamenti assistenziali, previdenziali e indennitari, comprese le carte di debito, a qualunque titolo percepiti da amministrazioni pubbliche in ragione della condizione di disabilità, laddove non rientranti nel reddito complessivo ai fini dell'IRPEF, ed ha imposto agli Enti che disciplinano l'erogazione delle prestazioni sociali agevolate di adottare gli atti necessari all'erogazione delle prestazioni secondo quanto previsto dalle nuove norme, nel rispetto degli equilibri di bilancio programmati (Cons. St., sez. III, n. 6371 del 2018).
Pertanto, sia la pensione di invalidità che l'indennità di accompagnamento esulano dalla nozione di "reddito" ai fini del calcolo ISEE, in quanto non costituiscono incrementi di ricchezza, ma importi riconosciuti a titolo meramente compensativo o risarcitorio a favore delle situazioni di "disabilità" (Cons. St., sez. III, n. 6371 del 2018; id. n. 1458 del 2019).
Di conseguenza, la definizione del livello di compartecipazione del costo delle prestazioni di cui all'art. 1, d.P.C.M. n. 159 del 2013 deve avvenire mediante l'applicazione dell'indicatore ISEE, così come determinato dall'art. 4 a seguito delle modifiche introdotte con la citata l. n. 89 del 2016; e, va da sé che le medesime indennità non possono essere ad altro titolo considerate reddito da valutare ai fini della compartecipazione al costo dei servizi erogati.

1.5. Deroga, da parte dei Comuni, alla legislazione statale e regionale in violazione della disciplina statale dell'ISEE.
Ha affermato la sez. III (11 novembre 2020, n. 6926) che non può essere riconosciuta ai Comuni una potestà di deroga alla legislazione statale e regionale, nell'adozione del regolamento comunale, in violazione della disciplina statale dell'ISEE, così come prevista dal d.P.C.M. 5 dicembre 2013, n. 159.
Ha ricordato la Sezione che l'Indicatore ISEE costituisce lo strumento di valutazione, attraverso criteri unificati, della situazione economica di coloro che richiedono prestazioni sociali agevolate. La determinazione e l'applicazione dell'indicatore ai fini dell'accesso alle prestazioni sociali agevolate, nonché della definizione del livello di compartecipazione al costo delle medesime, costituisce livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., fatte salve le competenze regionali in materia di normazione, programmazione e gestione delle politiche sociali e socio-sanitarie e ferme restando le prerogative dei comuni (Cons. Stato, sez. III, 23 luglio 2015, n. 3640).
Tra le predette prestazioni economiche agevolate, cui l'ISEE si riferisce, l'art. 1, comma 1, lett. e), d.P.C.M. 5 dicembre 2013, n. 159 richiama le "Prestazioni sociali agevolate" e la successiva lett. f) del d.P.C.M. annovera, tra le altre, le "Prestazioni agevolate di natura sociosanitaria", definite quali "prestazioni sociali agevolate assicurate nell'ambito di percorsi assistenziali integrati di natura sociosanitaria rivolte a persone con disabilità e limitazioni dell'autonomia, ovvero interventi in favore di tali soggetti: 1) di sostegno e di aiuto domestico familiare finalizzati a favorire l'autonomia e la permanenza nel proprio domicilio; 2) di ospitalità alberghiera presso strutture residenziali e semiresidenziali, incluse le prestazioni strumentali ed accessorie alla loro fruizione, rivolte a persone non

assistibili a domicilio; 3) atti a favorire l'inserimento sociale, inclusi gli interventi di natura economica o di buoni spendibili per l'acquisto di servizi;".
Successivamente, però, con decisioni nn. 838, 841 e 842 del 2016 la Sezione ha annullato le norme regolamentari del d.P.C.M. 5 dicembre 2013, n. 159, nella parte in cui computavano, nella definizione di reddito imponibile, anche voci aventi natura indennitaria o compensativa, erogate al fine di attenuare una situazione di svantaggio (indennità di accompagnamento o misure risarcitorie per inabilità che prescindono dal reddito).
A seguito e per effetto delle suindicate statuizioni il legislatore, con l'art. 2-*sexies*, comma 3, d.l. n. 42 del 2014, ha previsto che "Nelle more dell'adozione delle modifiche al regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 5 dicembre 2013, n. 159, volte a recepire le sentenze del Consiglio di Stato, sezione IV, nn. 00841, 00842 e 00838 del 2016, nel calcolo dell'indicatore della situazione economica equivalente (ISEE) del nucleo familiare che ha tra i suoi componenti persone con disabilità o non autosufficienti, come definite dall'allegato 3 al citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri n. 159 del 2013, anche ai fini del riconoscimento di prestazioni scolastiche agevolate, sono apportate le seguenti modificazioni: a) sono esclusi dal reddito disponibile di cui all'articolo 5 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, i trattamenti assistenziali, previdenziali e indennitari, comprese le carte di debito, a qualunque titolo percepiti da amministrazioni pubbliche in ragione della condizione di disabilità, laddove non rientranti nel reddito complessivo ai fini dell'IRPEF; b) in luogo di quanto previsto dall'articolo 4, comma 4, lettere b), c) e d), del citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri n. 159 del 2013, è applicata la maggiorazione dello 0,5 al parametro della scala di equivalenza di cui all'allegato 1 del predetto decreto n. 159 del 2013 per ogni componente con disabilità media, grave o non autosufficiente. La novella ha riformato il d.P.C.M. n. 159 del 2013 non solo escludendo dal reddito disponibile di cui all'art. 5, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 i trattamenti assistenziali, previdenziali e indennitari, comprese le carte di debito, a qualunque titolo percepiti da amministrazioni pubbliche in ragione della condizione di disabilità, laddove non rientranti nel reddito complessivo ai fini dell'IRPEF, ma pure imponendo di effettuare tale intervento entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto con l'adozione degli atti anche normativi necessari all'erogazione delle nuove prestazioni in conformità con le disposizioni della nuova disciplina.
La disposizione prevede l'emanazione, da parte degli enti che disciplinano l'erogazione delle prestazioni sociali agevolate, entro 30 giorni dalla data di conversione del decreto, degli atti necessari all'erogazione delle nuove prestazioni previste dalle nuove norme, nel rispetto degli equilibri di bilancio programmati. Vengono fatte salve, fino alla predetta data, le prestazioni sociali agevolate in corso di erogazione calcolate sulla base delle disposizioni del d.P.C.M. n. 159 del 2013" (così, testualmente Cons. St., sez. III, n. 6371 del 2018).
La Sezione ha in più occasioni ribadito che "l'ISEE resta, dunque, l'indefettibile strumento di calcolo della capacità contributiva dei privati e deve scandire le condizioni e la proporzione di accesso alle prestazioni agevolate, non essendo consentita la pretesa del

Comune di creare criteri avulsi dall'ISEE con valenza derogatoria ovvero finanche sostitutiva" (Cons. St., sez. III, 13 novembre 2018, n. 6371).
La Sezione ha, pertanto, ribadito – quanto all'aspetto relativo alle esigenze di assicurare gli equilibri di bilancio –, che la sostenibilità finanziaria dei relativi costi andrebbe prudentemente evocata tenendo conto della strumentalità del servizio in questione rispetto alla salvaguardia di diritti a nucleo incomprimibile secondo i principi più volte affermati dalla Consulta (cfr. fra le altre, le sentenze C. Cost. nn. 80 del 2010 e n. 275 del 2016) sottolineando l'onere della parte di dimostrare l'impossibilità di far fronte all'impegno finanziario conseguente alla prestazione a favore dei disabili. Nella recente sentenza del 2 gennaio 2020 n. 1, la Sezione ha statuito che: "L'affermazione secondo cui le posizioni delle persone disabili devono prevalere sulle esigenze di natura finanziaria, principio che la giurisprudenza ha affermato a proposito del diritto all'educazione e al sostegno scolastico dei disabili, coniando anche il concetto di "diritto al sostegno in deroga", (Corte Costituzionale n. 80 del 26 febbraio 2010) deve trovare applicazione anche nell'ambito dell'assistenza socio-sanitaria al soggetto riconosciuto disabile al 100% mediante erogazione delle prestazioni di volta in volta necessarie.
La sentenza n. 80 del 2010 della Corte Costituzionale, dopo aver rimarcato che sussiste la discrezionalità del legislatore "nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili", ha osservato anche che tale discrezionalità del legislatore trova un limite nel "rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati".
La Sezione ha infine ricordato che la questione relativa alla ratio dell'indennità di accompagnamento e al suo il rapporto con l'ISEE è stata già esaminato da questo Consiglio di Stato nelle citate sentenze n. 838, 841 e 842 del 2016 escludendo che l'indennità di accompagnamento possa essere valutata come un reddito, in quanto essa "unitamente alle altre forme risarcitorie servono non a remunerare alcunché, né certo all'accumulo del patrimonio personale, bensì a compensare un'oggettiva ed ontologica …..situazione d'inabilità che provoca in sé e per sé disagi e diminuzione di capacità reddituale". Tali indennità o il risarcimento sono accordati a chi si trova già così com'è in uno svantaggio….non determinano infatti una migliore situazione economica del disabile rispetto al non disabile, al più mirando a colmare tale situazione di svantaggio subita da chi richiede la prestazione assistenziale.

1.6. Vendita ai minori tabacco e sigarette elettroniche.

La sez. IV, con sentenza 5 agosto 2020, n. 4943 rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la questione se l'art. 25, comma 2, r.d. 24 dicembre 1934, n. 2316, come sostituito dall'art. 24, comma 3, d.lgs. n. 6 del 2016 (Recepimento della direttiva 2014/40/UE sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati e che abroga la direttiva 2001/37/CE) - nella parte in cui stabilisce che "A chiunque vende o somministra ai minori di anni diciotto i prodotti del tabacco o sigarette elettroniche o contenitori di liquido di ricarica, con presenza di nicotina o prodotti del tabacco di nuova generazione, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 500,00 a euro 3.000,00 e la sospensione per

quindici giorni della licenza all'esercizio dell'attività" - violi o meno i principi comunitari di proporzionalità e di precauzione, quali risultanti dall'art. 5 del TUE, dall'art. 23, comma 3, della direttiva 2014/40/UE, nonché dai considerando 21 e 60 della stessa direttiva, dando prevalenza al principio di precauzione senza mitigarlo con quello di proporzionalità e in tal modo sacrificando in modo sproporzionato gli interessi degli operatori economici a vantaggio della protezione del diritto alla salute, così non garantendo il giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali, per di più mediante una sanzione che, in violazione del considerando 8 della direttiva, non persegue efficacemente l'obiettivo di disincentivare la diffusione del fumo tra i giovani.
Ad avvio della Sezione nel quadro dei principi del diritto eurounitario e con i criteri interpretativi ritenuti necessitati sulla base dei principi affermati con le disposizioni eurounitarie, così valutando la proporzionalità della sanzione della sospensione della licenza, alla luce della prevalenza del diritto tutelato alla salute del minore e della necessità per l'efficacia della tutela che la sanzione sia dissuasiva, la perdita economica del venditore trova ragionevole giustificazione nel bilanciamento di diritti diversamente tutelati nel settore del commercio del tabacco.
A tale conclusione si giunge sulla base delle considerazioni che seguono: a) nella direttiva 2014/40/UE, il diverso grado di tutela accordato ai diritti individuali in conflitto emerge chiaramente dal considerando 8, dal considerando 21 e dall'ultimo alinea dell'art. 1, nel senso della prevalenza del diritto alla salute, in specie quella delle giovani generazioni, sul diritto all'esercizio dell'attività d'impresa del rivenditore; a1) - secondo il considerando 8, "per le proposte legislative occorre basarsi su un livello di protezione della salute elevato, tenuto conto in particolare degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. I prodotti del tabacco non sono una merce comune e, in ragione degli effetti particolarmente dannosi del tabacco sulla salute umana, la protezione della salute merita un'attenzione particolare, soprattutto per ridurre la diffusione del fumo tra i giovani"; - secondo il considerando 21, "Conformemente agli obiettivi della presente direttiva, vale a dire agevolare il regolare funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati sulla base di un livello elevato di protezione della salute, soprattutto per i giovani, ed alla raccomandazione 2003/54/CE (9), gli Stati membri dovrebbero essere incoraggiati ad impedire la vendita di tali prodotti a bambini e adolescenti tramite l'adozione di misure appropriate che stabiliscano limiti di età e li facciano rispettare; - secondo l'art. 1 della direttiva, l'intento è quello di "agevolare il buon funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati, sulla base di un livello elevato di protezione della salute umana, soprattutto per i giovani, e adempiere agli obblighi dell'Unione previsti dalla convenzione quadro dell'OMS per la lotta al tabagismo («FCTC»)".
a.1.1.) sono inequivocabili in tal senso, la considerazione del tabacco non come una merce comune, l'agevolazione del regolare funzionamento del mercato interno sulla base di livello elevato di protezione della salute, soprattutto per i giovani, e, contemporaneamente la protezione della salute, soprattutto per ridurre la diffusione del fumo tra i giovani, in una con l'incoraggiamento ad impedire la vendita di tali prodotti a bambini e adolescenti tramite l'adozione di misure appropriate che stabiliscano limiti di età e li

facciano rispettare; b) la prevalenza che la direttiva ha attribuito al diritto alla salute, soprattutto dei giovani, costituisce per l'interprete la chiave per dare corpo e misura al principio di proporzione della sanzione, il quale, dovendosi interpretare alla luce del diritto prevalente individuato dalla stessa direttiva, non può che assumere a metro di valutazione della sussistenza o meno della proporzione la idoneità della sanzione individuata a costituire uno strumento efficace e dissuasivo; c) l'art. 23, comma 3, della stessa direttiva, nel regolare la cooperazione degli Stati membri anche con meccanismi sanzionatori, demanda agli Stati il potere di stabilire le norme relative alle sanzioni, prevedendo solo che le stesse devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive; proprio la prevalenza del diritto alla salute del minore consente di valutare la proporzione della sanzione inflitta all'imprenditore in ragione della sua idoneità ad essere dissuasiva e, quindi, efficace rispetto all'obiettivo di vietare l'uso del tabacco ai minori; c1) inoltre, lo stesso art. 23, comma 3, nel dettare un principio per la sanzione pecuniaria irrogata per la violazione, aggiunge solo che la stessa "può compensare il vantaggio economico perseguito mediante la violazione"; questo principio, da un lato non esclude sanzioni amministrative diverse da quelle pecuniarie, dall'altro prevede solo la possibilità che si compensino entità della sanzione e vantaggio economico conseguito;
d) in questo contesto di normazione europea, che ha risolto il bilanciamento dei diritti in conflitto a favore del diritto alla salute del minore, e che ha affidato a ciascuno Stato il potere di tradurre in sanzione dissuasiva ed efficace lo strumento per raggiungere l'obiettivo, proporzionato rispetto al diritto dell'imprenditore a svolgere l'attività imprenditoriale vendendo tabacchi, le scelte del legislatore italiano appaiono pienamente rispettose dell'ordinamento sovraordinato;
e) infatti, la legge di delega n. 114 del 2015: - da un lato, alla lett. b) del comma 2, dell'art. 6, ha individuato un criterio specifico, nell'obbligo di "tenere conto della peculiarità dei prodotti del tabacco, con l'obiettivo di ostacolare un eccesso di offerta e la diffusione del fumo tra i minori"; - dall'altro, attraverso il doppio rinvio del primo alinea dello stesso comma 2 dell'art. 6, al comma 1 dell'art. 1, ha richiamato la norma interna che ha dettato principi generali per l'attuazione del diritto dell'Unione europea in tema di sanzioni (art. 32, comma 1, lett. d), l. n. 234 del 2012), la quale, nel riconnettere la tipologia delle sanzioni al livello di protezione degli interessi in gioco, ha previsto la sanzione accessoria della sospensione ove necessaria per assicurare l'osservanza degli obblighi imposti;
e1) nel rispetto di questi criteri, il legislatore delegato, con la disposizione in questa sede censurata, dando correttamente prevalenza al diritto prevalente secondo l'ordinamento comunitario, ha previsto la sospensione di 15 giorni in esito ad un unico accertamento della violazione, in assenza di un minimo prestabilito e di un massimo di 6 mesi possibile;
e2) sulla base di quanto già argomentato nell'esame della questione di costituzionalità (cfr. §§ 10 e ss.), la sanzione appare proporzionata rispetto al sacrificio del diritto dell'imprenditore, risultando dissuasiva ed efficace per il raggiungimento dell'obiettivo, così proteggendo in via preventiva l'interesse prevalente tutelato; essa inoltre non viola il

principio di precauzione per come ricostruito dalla giurisprudenza europea (cfr., fra le tante, Corte di giustizia UE, 9 giugno 2016, C-78/16 e C-79/16).

1.7. Contrasto alla ludopatia.

La sez. III, con sentenza 10 luglio 2020, n. 4464 ha chiarito che per contenere e contrastare il fenomeno della ludopatia è necessaria la pianificazione della distribuzione sul territorio delle sale da gioco.

Ha ricordato la Sezione che con riferimento alle varie misure adottate dalle amministrazioni locali per circoscrivere l'attività delle sale da gioco, il Consiglio di Stato (con parere della sez. II, n. 3323 del 2015) ha sottolineato che la significativa evoluzione della giurisprudenza amministrativa in materia, alla luce delle più recenti pronunce della Corte costituzionale (sentenza n. 220 del 18 luglio 2014), seguita da alcune decisioni del Consiglio di Stato (sez. V, n. 5251 del 23 ottobre 2014; n. 4861 del 22 ottobre 2015 e n. 4794 del 20 ottobre 2015; sez. II, n.1666 del 4 giugno 2015) ha affermato il legittimo esercizio delle potestà regolamentari degli enti locali di intervenire per regolare la materia in questione.

Inoltre, è stato evidenziato – proprio con riferimento alla libertà di iniziativa economica e alla sua comprimibilità - che anche la giurisprudenza della Corte di giustizia U.E. ammette le idonee restrizioni alla disciplina europea in tema di libertà d'impresa qualora giustificate da esigenze imperative connesse all'interesse generale, "come ad esempio la tutela dei destinatari del servizio e dell'ordine sociale, la protezione dei consumatori, la prevenzione della frode e dell'incitamento dei cittadini ad una spesa eccessiva legata al gioco" (cfr. sentenza 24 gennaio 2013, nelle cause riunite C-186/11 e C-209/11, e sentenza 19 luglio 2012, nelle cause riunite C-213/11, C-214/11 e C-217/11), "con conseguente legittima introduzione, da parte degli Stati membri (e delle loro articolazioni ordinamentali), di restrizioni all'apertura di locali adibiti al gioco, a tutela della salute di determinate categorie di persone maggiormente vulnerabili in funzione della prevenzione della dipendenza dal gioco (interesse fondamentale, salvaguardato dallo stesso Trattato CE)" (nello stesso senso, Cons. St., sez. VI, 11 settembre 2013, n. 4498).

Lo stesso Consiglio di Stato, nella decisione della sez. V, 30 giugno 2014, n. 3271, riteneva, infatti che "L'art. 3, d.l. n. 138 del 2011, convertito nella legge n. 148 del 2011, sempre in tema di abrogazione delle restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche, ha poi disposto che "l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge", affermando un fondamentale principio, derogabile soltanto in caso di accertata lesione di interessi pubblici tassativamente individuati (sicurezza, libertà, dignità umana, utilità sociale, salute)".

Su punto, si è pronunziata, peraltro, specificamente la Corte cost. con la sentenza n. 300 del 2011.

La Sezione ha aggiunto che sia la giurisprudenza amministrativa sia la Corte costituzionale hanno ritenuto, in più occasioni, che le disposizioni sui limiti di distanza imposti alle sale da gioco dai luoghi sensibili siano dirette al perseguimento di finalità, anzitutto,

di carattere "socio-sanitario" e anche di finalità attinenti al "governo del territorio", sotto i profili della salvaguardia del contesto urbano.
La Corte costituzionale ha ritenuto non irragionevoli, pertanto, le scelte regionali di ampliare il numero dei luoghi sensibili, includendovi persino luoghi adibiti ad "attività operative nei confronti del pubblico" che "si configurano altresì come luoghi di aggregazione, in cui possono transitare soggetti in difficoltà" (ad es. sentenza n. 27 del 2019).
D'altra parte, la Corte costituzionale, nei suoi numerosi interventi in materia, ha ritenuto che la tutela della salute (in cui rientra il contrasto alla ludopatia) è sussumibile tra gli obiettivi che, ai sensi dell'art. 41 Cost., possono giustificare limitazioni all'iniziativa economica privata, tenuto conto della non assoluta preminenza del principio di libertà dell'attività economica privata nella nostra Costituzione.
Anche a livello comunitario, le esigenze di tutela della salute vengono ritenute del tutto prevalenti rispetto a quelle economiche (Corte giust. UE 22 ottobre 2014, C-344/13 e C367/13).
Si deve poi aggiungere, proprio per rafforzare la correttezza della interpretazione costituzionalmente orientata dalle disposizioni per il contenimento della ludopatia, che quest'ultima rappresenta oggi una forma diffusa di svilimento della dignità personale dei "ludopatici", sicché la distanza prescritta tra la sala giochi e uno sportello bancomat è solo un ulteriore mezzo per evitare che l'occasione del prelievo sia facilmente colta dal soggetto ludopatico per continuare o aggravare la sua condizione sociale, personale e patologica: tutto questo, proprio in ossequio ai principi limitativi della iniziativa economica privata che l'art. 41 Cost. stabilisce, primo tra essi la "dignità umana".
Allo stato, pertanto, deve concludersi nel senso di non ritenere irragionevole né sproporzionato imporre limitazioni ad attività economiche riconosciute scientificamente pericolose alla salute, o comunque tali da incidere negativamente sulla dignità umana, già assai colpita dai soggetti ludopatici proprio perché non si tratta di introduzione di divieti generalizzati, ma di regolamentazione in corrispondenza di luoghi particolari.

1.8. Esposizione all'uranio impoverito dei soldati in missione all'estero.
Con sentenza 30 novembre 2020, n. 7560 la Sezione quarta ha affermato che nell'ipotesi di missioni all'estero (c.d. "missioni di pace") l'Amministrazione della difesa versa in una condizione di responsabilità *lato sensu* di posizione, cui fa eccezione il solo rischio oggettivamente imprevedibile - giuridicamente qualificabile alla stessa stregua del caso fortuito - ma in cui, viceversa, rientra il rischio da esposizione ad elementi (nella specie, uranio impoverito) che, benché non ancora scientificamente acclarati come sicuro fattore eziopatogenetico, ciononostante lo possano essere, secondo un giudizio di non implausibilità logico-razionale; la *diligentia* cui è tenuta l'Amministrazione si situa dunque, in tali casi, ad un livello massimo e la prova liberatoria non può consistere semplicemente nell'invocare il fattore causale ignoto, ma deve spingersi sino a provare convincentemente il fattore causale fortuito, ossia quello specifico agente, non prevedibile e, comunque, non prevenibile, che ha provocato l'evento di danno.
Ha ricordato la Sezione che è incontestato il dovere giuridico del militare di esporsi al pericolo, ciò che, anzi, ne marca la differenza ontologica rispetto al dipendente civile

dello Stato e ne giustifica, da un lato, la sottoposizione ad un rigido vincolo gerarchico, dall'altro, l'acquisizione di uno speciale status positivamente normato (d.lgs. n. 66 del 2010). Tuttavia, l'estensione di tale condizione di *agere debere* deve essere circoscritta e precisata.

Il militare, invero, ha il dovere giuridico di esporsi al pericolo. Tale dovere, tuttavia, non può essere inteso come base per affermare che sul militare gravi ogni tipo di rischio comunque conseguente alla sua presenza fisica nel teatro di operazioni. Al dovere del militare di esporsi al pericolo *stricto sensu* bellico, infatti, si contrappone lo speculare dovere dell'Amministrazione di proteggere il cittadino-soldato da altre forme prevedibili e prevenibili di pericoli non strettamente dipendenti da azioni belliche, in primis apprestando i necessari presidi sanitari di prevenzione e cura e dotandolo di equipaggiamento adeguato o, quanto meno, non del tutto incongruo rispetto al contesto.

In sostanza, nel caso delle missioni all'estero, il militare ha il dovere di esporsi al rischio bellico (sempre latente in tali contesti), ma l'Amministrazione ha il dovere di circoscrivere al massimo, in un'ottica di precauzione, i diversi ed ulteriori rischi concretamente prevedibili (in quanto non implausibili) ed oggettivamente prevenibili.

Mentre, dunque, il rischio bellico grava sul militare, il rischio non stricto sensu bellico, ove non implausibile, può e deve essere previsto, circoscritto e prevenuto, nei limiti del possibile, dall'Amministrazione.

Ha ancora chiarito la Sezione che l'Amministrazione della difesa, quale Ente datoriale, è sottoposta agli obblighi di protezione stabiliti dall'art. 2087 c.c. (norma che delinea un principio generale di tutela del prestatore di lavoro che si proietta prismaticamente in tutto l'ordinamento), che impone a quanti ricorrano, nell'esercizio di attività imprenditoriale, ad energie lavorative di terzi di adottare, nell'esercizio di tali attività, "misure" idonee, secondo un criterio di precauzione e di prevenzione, a "tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro". La disposizione, più in particolare, nello stabilire che "l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro", enuclea un dovere di protezione che arricchisce *ex lege* (art. 1374 c.c.) il rapporto obbligatorio riveniente dal contratto di lavoro.

Dunque, giacché le "misure" che deve adottare il datore di lavoro militare, strutturalmente impegnato in "attività pericolose", sono normativamente funzione anche della "particolarità del lavoro", ne consegue che, nel caso di invio di militari all'estero, l'Amministrazione è tenuta, prima di procedere all'esecuzione materiale della missione, ad una rigorosa analisi delle condizioni del contesto ambientale, ad una puntuale enucleazione dei possibili fattori di rischio e, quindi, ad una conseguente individuazione delle "misure" tecnico-operative concretamente disponibili, ragionevolmente implementabili e potenzialmente idonee ad eliminare o, comunque, ad attenuare il più possibile i rischi non *stricto sensu* bellici connessi all'impiego di militari nel teatro *de quo*.

Ciò è tanto più vero allorché la missione debba svolgersi in contesti operativi interessati da previ eventi bellici, come tali connotati da una poliedrica, imponderabile e multifattoriale pericolosità.

La Sezione ha quindi affermato che i militari inviati in missione all'estero si collocano, nell'ambito della popolazione nazionale, nei percentili più alti in punto di integrità e prestanza fisica.
Con riferimento al caso all'esame della Sezione la questione della natura rischiosa delle condizioni operative nel teatro somalo ed *ex* jugoslavo era così evidente ab origine, che è confluita in iniziative istituzionali sia del Legislatore (art. 4-*bis*, d.l. n. 393 del 2000, introdotto dalla legge di conversione n. 27 del 2001, nonché le numerose Commissioni parlamentari d'inchiesta disposte nel corso del tempo *in subiecta materia*), sia della stessa Amministrazione (si ponga mente alla campagna di monitoraggio eseguita *nell'ex* Jugoslavia dal Cisam).
Può, quindi, affermarsi, in virtù della considerazione unitaria delle argomentazioni che precedono, che l'assenza, allo stato delle conoscenze, di una piena dimostrazione scientifica circa la valenza oncogenetica dell'esposizione a uranio impoverito (DU) o, comunque, a residui di combustione di metalli pesanti non osta, nel particolare caso di specie, a riconoscere comunque integrato l'elemento eziologico dell'illecito civile.
La prova liberatoria non può consistere semplicemente nell'invocare il fattore causale ignoto, ma deve spingersi sino a provare convincentemente il fattore causale fortuito, ossia quello specifico agente, non prevedibile e, comunque, non prevenibile, che ha provocato l'evento di danno.
Altrimenti detto, nel quadro di una responsabilità contrattuale posta a garanzia di beni primari, nell'ambito di un ordinamento di settore connotato dall'insindacabilità degli ordini, nel contesto di una missione in teatri operativi interessati da eventi bellici ed ancora pervasi da plurimi, insidiosi e multifattoriali fattori di pericolo, il rischio causale ignoto grava sull'Amministrazione, non sul singolo militare.

2. Autorità amministrative indipendenti.
Molte le pronunce della Sezione VI sull'ambito di operatività, i poteri e le competenze delle Autorità amministrative indipendenti.

2.1. Sindacabilità della discrezionalità tecnica delle determinazioni delle Autorità amministrative indipendenti.
Con la sentenza 19 febbraio 2020, n. 1257 la sez. VI ha ricordato che se è vero che in generale sussiste la sindacabilità della discrezionalità tecnica delle determinazioni delle cc.dd. Autorità indipendenti, è altrettanto vero che è inibito al Giudice imporre verifiche tecniche diverse da quelle previste dal vigente quadro regolatorio. Infatti, sebbene il sindacato giurisdizionale, pieno ed effettivo, sugli atti regolatori delle Autorità indipendenti si estenda anche all'accertamento dei fatti operato dall'Autorità sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico, e implichi la verifica del rispetto dei limiti dell'opinabile tecnico-scientifico (e, nell'ambito di tali confini, anche del grado di attendibilità dell'analisi economica e delle valutazioni tecniche compiute, alla stregua dei criteri della ragionevolezza e della proporzionalità), attraverso gli stru-

menti processuali a tal fine ritenuti idonei (ad. es., consulenza tecnica d'ufficio, verificazione, ecc.), tale sindacato non può, tuttavia, spingersi fino al punto di sostituire le valutazioni discrezionali dell'Amministrazione, come avvenuto nel caso di specie, peraltro sulla base di una motivazione apodittica non supportata da specifici riferimenti normativi ed adeguati elementi istruttori.

2.2. Intese di mercato: intese per oggetto e intese per effetto.

Con sentenza 13 gennaio 2020, n. 296 la sez. VI ha affermato che nel sistema delle intese di mercato, occorre distinguere le "intese per oggetto" dalle "intese per effetto"; le prime si caratterizzano per il fatto che hanno un oggetto di per sé vietato e, quindi, sono, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, con la conseguenza che è inutile dimostrare in concreto la sussistenza di effetti dannosi sul mercato; esse vanno valutate nel contesto economico e giuridico di riferimento nel quale si collocano; le seconde, invece, ricorrono quando non sussistono i presupposti per configurare la sussistenza di una intesa per "oggetto", con la conseguenza che, in tale caso, è necessario verificare in concreto quali siano gli effetti che causano nel mercato

Ha affermato la Sezione che in caso di intese per effetto devono sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo significativo. La stessa giurisprudenza, ha, però, precisato che anche l'accertamento della sussistenza di una intesa "per oggetto" non può prescindere dal tenore delle disposizioni dell'intesa stessa, dagli obiettivi che si intendono raggiungere, dal contesto economico e giuridico nel quale l'intesa stessa di colloca. Nella valutazione di tale contesto, occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione (Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2019, n. 6314). Nello stesso senso si muove anche la giurisprudenza comunitaria. Da ultimo, infatti, Corte giust. Ue 26 settembre 2018, C-99/17, ha chiarito che: "Il criterio giuridico fondamentale per determinare se un accordo o una pratica concordata comporti una restrizione della concorrenza "per oggetto", ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, risiede nel rilievo che un siffatto accordo o una siffatta pratica concordata presenta, di per sé, un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente per ritenere che non sia necessario individuarne gli effetti. Per valutare se un tipo di coordinamento tra imprese presenti un grado sufficiente di dannosità per essere considerato come restrizione della concorrenza «per oggetto», occorre riferirsi segnatamente alla sua portata, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale esso si colloca. Nell'ambito della valutazione di detto contesto, occorre altresì considerare la natura dei beni o dei servizi interessati nonché le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione".

In definitiva, la non necessità di valutare gli effetti dell'intesa non può tradursi nell'assoluta indifferenza che l'intesa in questione sia idonea ad alterare in maniera consistente

l'equilibrio concorrenziale. Non è necessario, quindi, provare che lo scambio di informazioni rilevanti abbia prodotto in concreto effetti restrittivi della concorrenza, ma è sufficiente e necessario dimostrare che abbia l'attitudine a produrne.

2.3. Posizioni dominanti nel mercato di operatori economici.

Con ordinanza 20 luglio 2020, n. 4646 la sez. VI ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue le questioni: a) se le condotte che inverano lo sfruttamento abusivo di posizione dominate possano essere di per sé del tutto lecite ed essere qualificate "abusive" unicamente in ragione dell'effetto (potenzialmente) restrittivo ingenerato nel mercato di riferimento; oppure se le stesse debbano essere contrassegnate anche da una specifica componente di antigiuridicità, costituita dal ricorso a "metodi (o mezzi) concorrenziali diversi" da quelli "normali"; in quest'ultimo caso, sulla base di quali criteri si possa stabilire il confine tra la concorrenza "normale" e quella "falsata"; b) se la funzione dell'abuso sia di massimizzare il benessere dei consumatori, di cui il giudice debba misurare l'avvenuta (o il pericolo di) diminuzione; oppure se l'illecito concorrenziale abbia il compito di preservare di per sé la struttura concorrenziale del mercato, al fine di scongiurare la creazione di aggregazioni di potere economico ritenute comunque dannose per la collettività; c) se, in caso di abuso di posizione dominante consistito nel tentare di impedire che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo, l'impresa dominante sia comunque ammessa a provare che – nonostante l'astratta idoneità dell'effetto restrittivo – la condotta è risultata priva di concreta offensività; se, in caso di risposta positiva, ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza di un abuso escludente atipico, l'art. 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all'Autorità l'obbligo di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte sulla concreta capacità della condotta oggetto di istruttoria di escludere dal mercato i propri concorrenti; d) se l'abuso di posizione dominante debba valutarsi soltanto per i suoi effetti (anche soltanto potenziali) sul mercato, senza alcun riguardo al movente soggettivo dell'agente; oppure se la dimostrazione dell'intento restrittivo costituisca un parametro utilizzabile (anche in via esclusiva) per valutare l'abusività del comportamento dell'impresa dominante; oppure ancora se tale dimostrazione dell'elemento soggettivo valga soltanto a ribaltare l'onere della prova in capo all'impresa dominante (la quale sarebbe onerata, a questo punto, di fornire la prova che l'effetto escludente è mancato); e) se, in ipotesi di posizione dominante riferita una pluralità di imprese appartenenti al medesimo gruppo societario, l'appartenenza al predetto gruppo sia sufficiente per presumere che anche le imprese che non abbiano posto in essere la condotta abusiva abbiano concorso nell'illecito – cosicché all'Autorità di vigilanza sarebbe sufficiente dimostrare un parallelismo cosciente, sia pure non collusivo, delle imprese operanti all'interno del gruppo collettivamente dominante – oppure se (al pari di quanto accade per il divieto di intese) occorra comunque fornire la prova, anche indiretta, di una situazione concreta di coordinamento e strumentalità tra le varie imprese del gruppo in posizione dominante, in particolare al fine dimostrare il coinvolgimento della casa madre.

Ha chiarito la Sezione che la disposizione del Trattato (come quella nazionale che la recepisce) lascia del tutto imprecisato il concetto di "sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato". Tale difficoltà ermeneutica è solo in parte agevolata dall'esemplificazione, contenuta nello stesso testo dell'art. 102 del TFUE, di alcune delle principali pratiche abusive (frutto per lo più della stratificata elaborazione giurisprudenziale), e in particolare: l'abuso da prezzi o condizioni gravose; l'abuso da preclusione; l'abuso da discriminazione; le pratiche leganti. Tale elencazione casistica non esaurisce, infatti, le modalità di sfruttamento abusivo di posizione dominante vietate dal diritto dell'Unione europea, cosicché l'incertezza definitoria emerge in tutta la sua complessità in presenza di abusi "atipici", rispetto ai quali la disposizione non offre parametri di definizione esauriente. Per gli stessi motivi non è di aiuto la distinzione classificatoria tra abuso di sfruttamento (le condotte finalizzate all'estrazione del profitto monopolistico) e di impedimento (le condotte volte a impedire o ostacolare iniziative altrui).

Il primo dubbio riguarda la nozione stessa di "sfruttamento abusivo": se cioè le condotte che lo inverano possano essere di per sé del tutto lecite ed essere qualificate "abusive" unicamente in ragione dell'effetto (potenzialmente) restrittivo ingenerato nel mercato di riferimento; oppure se le stesse condotte debbano essere necessariamente contrassegnate anche da una specifica componente di antigiuridicità oggettiva.

Alla luce della prima opzione ermeneutica – incentrato sull'uso "disfunzionale" di diritti e facoltà, e quindi similmente alla categoria dell'abuso del diritto – sarebbe dirimente, al fine di configurare l'abuso di posizione dominante, il mero discostamento rispetto al comportamento normalmente tenuto dai soggetti sottoposto a pressione concorrenziale: in concreto, una serie di comportamenti, perfettamente leciti se attuati da un'impresa in posizione concorrenziale, diverrebbero abusivi se posti in essere da un'impresa dominante allo scopo di rafforzare la sua posizione.

Nella seconda direzione – che avvicinerebbe l'abuso di posizione dominante al concetto di concorrenza sleale – sembrerebbero invece deporre le sentenze della Corte di Giustizia dove viene censurato il ricorso a "metodi (o mezzi) concorrenziali diversi" da quelli "normali", e dove la concorrenza "falsata" viene contrapposta a quella «fondata sulle prestazioni», in cui cioè i clienti sarebbero portati a scegliere liberamente l'impresa dominante in ragione della superiorità delle sue prestazioni (Corte di Giustizia UE 6 dicembre 2012, in C-457/10; 27 marzo 2012, in C-209/10).

Una seconda notazione riguarda poi il bene giuridico protetto.

Ha affermato la Sezione che, mentre l'intesa restrittiva "per oggetto", concretandosi in un'illecita ripartizione del mercato, sia di per sé illecita, senza che sia necessario l'esame dei suoi effetti (ex plurimis, Corte di Giustizia, sentenza del 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C 209/07), per l'abuso di posizione dominante non operi analoga presunzione di abusività delle iniziative di mercato assunte dall'impresa dominante (ed infatti: mentre l'intesa per oggetto è di per sé illecita anche se i prezzi sono equi, nel caso dell'abuso occorre che i prezzi siano iniqui).

Si pone tuttavia il problema di comprendere quale sia l'effetto economico censurato dal divieto di sfruttamento abusivo. Dal fondamento dell'illecito dipendono infatti significative ricadute applicative, e segnatamente: 1) assegnando alla nozione di abuso la funzione di massimizzare il benessere totale e, in particolare, quello dei consumatori, il giudice dovrebbe in qualche modo misurarne la diminuzione in conseguenza del comportamento illecito (in via diretta, comparando il benessere *ex ante* ed *ex post*, ovvero utilizzando criteri alternativi quali quello dell'impresa altrettanto efficiente e del sacrificio del profitto); 2) assegnando invece all'illecito concorrenziale il compito soltanto di preservare la struttura concorrenziale del mercato, il giudice dovrebbe astenersi dall'accertare se il comportamento della impresa dominante abbia causato un danno ai consumatori, limitandosi più semplicemente a verificare se il comportamento possa avere conseguenze sulla struttura, sulla varietà, la qualità o l'innovazione.
Sul punto, si registrano prese di posizioni non univoche: la Commissione, con riguardo proprio agli abusi da "preclusione anticoncorrenziale", ha affermato che: "[…] l'attuazione coercitiva delle norme ha lo scopo di garantire che le imprese dominanti non ostacolino lo svolgimento della concorrenza effettiva precludendo il mercato ai loro concorrenti in modo anticoncorrenziale con conseguenti effetti negativi per il benessere dei consumatori, sia in forma di prezzi più elevati di quelli altrimenti vigenti sia in altra forma, ad esempio limitando la qualità o riducendo la scelta dei consumatori" (cfr. Comunicazione 2009/C 45/02); nel senso invece che l'illecito in esame sia orientato alla preservazione della struttura concorrenziale indipendentemente dal danno cagionato ai consumatori, sembrano deporre alcune pronunce della Corte di Giustizia (in particolare i casi 15 marzo 2007, causa C-95/04, "British Airways"; 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06, in "GlaxoSmithKline"; 2 aprile 2009, causa C-202/07, "France Télécom").
Secondo un orientamento che appare consolidato in giurisprudenza, l'illecito dell'abuso di posizione dominante può essere accertato anche in fase preparatoria, prima che abbia prodotto effetti restrittivi (*ex plurimis*: Tribunale di primo grado, 29 marzo 2012, in C-498/07). A questa stregua, non è necessaria la prova attuale degli effetti dell'abuso, essendo sufficiente la dimostrazione della mera potenzialità dell'effetto restrittivo (*ex plurimis*: Corte giust. UE 17 febbraio 2011, causa C-52/09).
Se costituisce un abuso di posizione dominante qualsiasi comportamento consistente, non solo nell'impedire effettivamente, ma anche soltanto nel tentare di impedire che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo, ciò significa che l'atto idoneo a pregiudicare i concorrenti per un operatore in posizione dominante è di per sé sufficiente a permettere l'accertamento della violazione e l'applicazione dell'apparato sanzionatorio.
Non è tuttavia chiaro se – pur in presenza di un comportamento astrattamente idoneo alla produzione di effetti restrittivi – sia comunque ammessa la prova da parte dell'impresa sanzionata che nessun effetto restrittivo si è "storicamente" realizzato, che cioè la condotta contestata è risultata priva di offensività in concreto. In caso di risposta positiva, se sussista in capo all'Autorità antitrust l'obbligo di riscontrare in maniera puntuale le analisi economiche eventualmente prodotte dalla parte sanzionata per dimostrare la

concreta incapacità della condotta oggetto di istruttoria di escludere dal mercato i propri concorrenti.
Sotto altro profilo, si tratta di capire se l'abuso di posizione dominante sia illecito rilevante esclusivamente sul terreno "oggettivo", da valutarsi cioè soltanto per i suoi effetti (anche solo potenziali) sul mercato, senza alcun riguardo al movente soggettivo dell'agente; oppure se la prova dell'intento restrittivo costituisca un parametro utilizzabile per valutare l'abusività del comportamento dell'impresa dominante (in tal senso appare orientata la sentenza del Tribunale di primo grado, 30 settembre 2003, causa T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin c. Commissione, secondo cui, ai fini dell'applicazione dell'art. 102 TFUE, "la prova in merito all'oggetto e quella relativa all'effetto anticoncorrenziale si confondono. Infatti, se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa in posizione dominante è di restringere la concorrenza, detto comportamento potrà anche avere tale effetto"; nello stesso senso lo stesso Tribunale di primo grado 30 gennaio 2007, causa T-340/03, France Télécom SA c. Commissione).
Adottando questa seconda opzione interpretativa, occorre capire se la prova dell'intento abusivo debba essere considerata sufficiente a ricondurre al comportamento gli effetti anticoncorrenziali contestati, oppure se essa valga soltanto a ribaltare l'onere della prova in capo all'impresa dominante (la quale sarebbe onerata a questo punto, di fornire la prova che l'effetto escludente è invece mancato).
Come si è visto sopra, la posizione dominante presupposta nel presente giudizio riguarda una pluralità di imprese appartenenti al medesimo gruppo societario che, per quanto giuridicamente indipendenti l'una dall'altra, dal punto di vista economico si presentano nel mercato di riferimento come un'entità collettiva. È l'art. 102 del TFUE, del resto, a prevedere espressamente che una posizione dominante possa essere detenuta collettivamente (o congiuntamente) da più imprese.
L'abuso di posizione dominante collettiva realizzato da un gruppo societario suscita l'ulteriore quesito se l'appartenenza al medesimo gruppo sia sufficiente per presumere che anche le imprese che non abbiano posto in essere la condotta abusiva abbiano concorso nell'illecito – cosicché all'Autorità di vigilanza sarebbe sufficiente dimostrare un parallelismo cosciente sia pure non collusivo delle imprese operanti all'interno del gruppo collettivamente dominante – oppure se (al pari di quanto accade per il divieto di intese) occorra comunque fornire la prova, anche indiretta, di una situazione concreta di coordinamento e strumentalità tra le varie imprese del gruppo in posizione dominante, in particolare al fine di dimostrare il coinvolgimento della casa madre.

Con successiva ordinanza 7 dicembre 2020, n. 7713 la sez. VI ha rimesso alla Corte di Giustizia UE le questioni: 1) al di fuori dei casi di controllo societario, quali sono i criteri rilevanti al fine di stabilire se il coordinamento contrattuale tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti dia luogo ad un'unica entità economica ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE; se, in particolare, l'esistenza di un certo livello di ingerenza sulle scelte commerciali di un'altra impresa, tipica dei rapporti di collaborazione commerciale

tra produttore e intermediari della distribuzione, può essere ritenuto sufficiente a qualificare tali soggetti come parte della medesima unità economica; oppure se sia necessario un collegamento "gerarchico" tra le due imprese, ravvisabile in presenza di un contratto in forza del quale più società autonome si "assoggettano" all'attività di direzione e coordinamento di una di esse, richiedendosi quindi da parte dell'Autorità la prova di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale e commerciale; 2) al fine di valutare la sussistenza di un abuso di posizione dominante attuato mediante clausole di esclusiva, se l'art. 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all'autorità di concorrenza l'obbligo di verificare se l'effetto di tali clausole è quello di escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti, e di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte sulla concreta capacità delle condotte contestate di escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti; oppure se, in caso di clausole di esclusiva escludenti o di condotte connotate da una molteplicità di pratiche abusive (sconti fidelizzanti e clausole di esclusiva), non ci sia alcun obbligo giuridico per l'Autorità di fondare la contestazione dell'illecito antitrust sul criterio del concorrente altrettanto efficiente.

La Sezione ha preliminarmente ricordato che la giurisprudenza europea e le comunicazioni della Commissione hanno più volte sottolineato che non è di per sé illegale che un'impresa sia in posizione dominante e che tale impresa dominante ha il diritto (e il dovere) di competere sulla base dei propri meriti. Il divieto concorrenziale trova invece fondamento nella «speciale responsabilità» delle imprese private dotate di un forte potere economico di mercato di non permettere che il suo comportamento ostacoli una concorrenza realmente competitiva e priva di distorsioni nel mercato comune.

In termini strutturali, l'illecito dell'abuso di posizione dominante appare integrato dai seguenti tre elementi di fattispecie: la posizione dominante (individuale o collettiva), lo sfruttamento abusivo della stessa, nonché l'assenza di giustificazioni obiettive (preminenti sugli effetti restrittivi della concorrenza). Dalla decodificazione dei citati concetti giuridici indeterminati dipende la latitudine del controllo su di esse esercitabile da parte dei poteri pubblici.

Si pone dunque la necessità di chiarire la nozione di "impresa" in ambito sanzionatorio antitrust, alla luce della dottrina dell'"unica unità economica" e in presenza di quali presupposti il coordinamento tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti sia tale da configurare un unico centro decisionale, con il corollario che le condotte dell'uno possono essere imputate anche all'altro.

È noto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha elaborato una nozione autonoma (rispetto al diritto civile e commerciale in vigore nei singoli Stati membri) e funzionale di «impresa», rilevante ai fini dell'applicazione del diritto europeo della concorrenza e antitrust, allo scopo di garantire la massima applicazione utile delle norme che sanzionano i comportamenti contrari alla realizzazione del mercato unico e di aumentarne l'efficacia deterrente. In particolare, secondo la Corte di Giustizia, ai fini dell'imputazione delle sanzioni antitrust, non deve farsi necessariamente ed esclusivamente riferimento alla persona giuridica che materialmente ha posto in essere la condotta, in

quanto la nozione di impresa deve essere intesa nel senso che essa designa "un'unità economica ancorché, dal punto di vista giuridico, tale unità sia costituita da più persone fisiche o giuridiche" (10 aprile 2014, in cause riunite da C-231/11 P a C-233/11 P, Siemens AG Osterreich et al.; 12 luglio 1984, causa 170/83, Hydroterm, Racc. pag. 2999, punto 11; 14 luglio 1972, causa 48/69, ICI/Commissione, Racc. pag. 619, punto 140; 11-7-2013). La formale separazione tra due imprese conseguente alla loro distinta personalità giuridica non è decisiva, giacché sul piano esterno è decisiva invece l'unità o meno del loro comportamento sul mercato, e quindi la nozione economica di agente economico (11 luglio 2013, in causa C-440/11 P, Portielje, punto 37). Le condizioni in presenza delle quali si può affermare l'esistenza di un unico centro decisionale a fronte della sussistenza di una pluralità di persone fisiche e giuridiche sono state precisate dalle sentenze della Corte di Giustizia soprattutto con riguardo al fenomeno dei gruppi di impresa.

La giurisprudenza europea ritiene che il comportamento di una controllata possa essere imputato alla società controllante quando, "pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, in considerazione, segnatamente, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorro-no tra le due entità giuridiche" (10 aprile 2014, in cause riunite C-247/11 P e C-253/11, P, Areva et al., punto 30; 18 luglio 2013, in causa C-501/11, Schindler Holding Ltd, punto 101). Affinché possa dirsi che un gruppo corrisponde ad un'unica entità economica e affinché si possa così imputare alla capogruppo il comportamento concorrenziale della controllata è necessario che vengano soddisfatte due condizioni cumulative: la società madre deve avere la capacità di esercitare una influenza determinante sulla controllata e, soprattutto, essa deve aver esercitato in concreto questo potere (Corte di Giustizia 26 settembre 2013, causa C-179/12P, Dow Chemical, punto 55). La seconda condizione comporta la necessità di provare, in concreto, l'esercizio effettivo dell'influenza determinante della società madre sulla propria controllata, ossia l'intensità e l'impatto di tale influenza, può essere oggetto di presunzione. A tal fine, occorre guardare ai legami organizzativi, economici e giuridici intercorrenti tra l'impresa controllante e controllata, tenendo conto di tutte le circostanze specifiche del caso.

L'esigenza di rinvenire indici di natura sostanziale dell'esercizio di un'influenza determinante sul comportamento sugli intermediari tale da comportarne la perdita della qualità di operatori economici indipendenti, sembrerebbe condivisa anche dalla Corte di Giustizia. In alcune pronunce si afferma, che i rapporti tra un committente e il suo intermediario possono essere contrassegnati da una tale unità economica (16 dicembre 1975, in cause riunite 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Suiker Unie e a./Commissione, punto 480), precisandosi tuttavia che l'elemento determinante per stabilire se un intermediario sia un operatore economico indipendente va ravvisato in relazione all'assunzione dei rischi finanziari e commerciali legati alla vendita di merci a terzi. Si afferma in particolare che: "gli intermediari possono perdere la qualità di operatore economico indipendente soltanto quando non sopportano nessuno dei rischi

conseguenti ai contratti negoziati o conclusi per conto del committente e operano come ausiliari integrati nell'impresa" (14 dicembre 2006, in C-
Nonostante i riferimenti giurisprudenziali sopra citati, la nozione di "unica unità economica» appare ancora incerta, sia perché fortemente condizionata dalle circostanze fattuali del *case law*, sia in considerazione della difficoltà di tradurre in rigorosi termini giuridici la nozione (tratta dalle discipline economiche) di "agente economico".
La definizione da parte della Corte di Giustizia di parametri valutativi più certi appare necessario per il soddisfacimento di esigenze di chiarezza e stabilità dei rapporti giuridici. La certezza del diritto, come insegna la stessa Corte di Giustizia, impone infatti che le norme di legge siano chiare e precise, in modo che i cittadini che ne sono destinatari siano in grado di accertare inequivocabilmente quali siano i diritti e gli obblighi loro attribuiti ed agiscano di conseguenza (sentenza 3 giugno 2008, causa C-308/06; 9 luglio 1981, causa 169/80; 13 febbraio 1996, causa C-143/93; 21 giugno 2007, causa C-158/06; 10 settembre 2009, causa C-201/08). Tale esigenza si rende ancor più pressante quando le disposizioni normative "poss(o)no avere conseguenze sfavorevoli per gli individui e le imprese" (sentenza 5 luglio 2012, causa C-318/10, Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA c. État belge).
A ciò si aggiunge che la sanzione pecuniaria di cui si discute ha natura "penale" ai sensi dell'art. 7 della Cedu, in ragione della dimensione intrinsecamente "afflittiva" del suo importo complessivo, e per tale motivo – secondo il diritto italiano – può venire applicata, nel rispetto del canone di prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile, soltanto "nei casi e per i tempi" considerati dalla legge (art. 1, l. 24 novembre 1981, n. 689).
Secondo un orientamento che appare consolidato in giurisprudenza, l'illecito dell'abuso di posizione dominante può essere accertato anche in fase preparatoria, prima che abbia prodotto effetti restrittivi (Tribunale di primo grado 29 marzo 2012, in C-498/07). A questa stregua, non è necessaria la prova attuale degli effetti dell'abuso, essendo sufficiente la dimostrazione della mera potenzialità dell'effetto restrittivo (Corte giust. Ue 17 febbraio 2011, causa C-52/09). Se costituisce un abuso di posizione dominante qualsiasi comportamento consistente, non solo nell'impedire effettivamente, ma anche soltanto nel tentare di impedire che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo, ciò significa che l'atto idoneo a pregiudicare i concorrenti per un operatore in posizione dominante è di per sé sufficiente a permettere l'accertamento della violazione e l'applicazione dell'apparato sanzionatorio. Non è tuttavia chiaro se – pur in presenza di un comportamento astrattamente idoneo alla produzione di effetti restrittivi – sia comunque ammessa la prova da parte dell'impresa sanzionata che nessun effetto restrittivo si è "storicamente" realizzato, che cioè la condotta contestata è risultata priva di offensività in concreto. In caso di risposta positiva, se sussista in capo all'Autorità antitrust l'obbligo di riscontrare in maniera puntuale le analisi economiche eventualmente prodotte dalla parte sanzionata per dimostrare la concreta incapacità della condotta oggetto di istruttoria di escludere dal mercato i propri concorrenti.

2.4. Vendite piramidali e violazione della concorrenza.

La sentenza 13 gennaio 2020, n. 321 ha affermato che viola la concorrenza perchè si crea non una rete di vendita multilivello, bensì un sistema piramidale di acquisto da parte dei consumatori che vengono fittiziamente reclutati come incaricati alle vendite nel caso in cui ci sia una assoluta prevalenza dei proventi connessi al reclutamento e all'autoconsumo su quelli derivanti dalle vendite dirette e l'incaricato sia principalmente indotto a reclutare nuovi consumatori anche per recuperare quanto inizialmente versato.

Nella specie la Sezione ha rilevato che la società sanzionata commercializzava bevande a base di caffè per il tramite di un sistema di vendita che prevede un accordo d'intermediazione alle vendite con incaricati, ai sensi della l. 17 agosto 2005, n.173; gli incaricati intermediano la vendita dei prodotti della società a fronte di una commissione sostanzialmente parametrata al volume di vendite realizzate; il prodotto viene direttamente venduto dalla società al cliente; il sistema prevede che un incaricato possa favorire l'ingresso di altro incaricato; a fronte di tale ingresso, l'incaricato "reclutante" potrà ricevere una commissione anche dalle vendite effettuate dall'incaricato reclutato e dagli incaricati da quest'ultimi reclutati fino a un certo limite; il sistema d'incentivo prevede che gli incaricati, sia in sede di reclutamento, sia successivamente, possono acquistare i prodotti della società; per l'acquisto di tali prodotti il soggetto reclutante può avere una commissione sugli acquisti dell'incaricato reclutato; il sistema di remunerazione della società non prevede alcun bonus realizzato per il solo reclutamento di un incaricato, ma bonus sempre collegati alla vendita dei prodotti;

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha avviato nei confronti della società un procedimento istruttorio, per presunta violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lett. b) e c), e 23, lett. p) e s), d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206. In particolare, la condotta contestata consisteva nella creazione e gestione di un articolato sistema con caratteristiche piramidali, di promozione e commercializzazione di bevande a base di ganoderma, a cui venivano attribuiti nei *claims* pubblicitari particolari proprietà benefiche e/o salutistiche, non comprovate sul piano scientifico.

Conclusa l'istruttoria l'Autorità ha deliberato che la pratica commerciale doveva ritenersi scorretta, ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lettere b) e c), 23, lett. p) e s), del Codice del consumo, sotto due profili: da un lato, perché idonea a generare affidamento sulle inesistenti proprietà salutistiche delle bevande pubblicizzate; dall'altro lato, in ragione del carattere piramidale del sistema di commercializzazione e vendita.

Ha ricordato la Sezione che nella letteratura di settore viene denominato "multilivello" il sistema di vendita realizzata fuori dai locali commerciali, in cui l'impresa attribuisce agli incaricati non solo il compito di vendere i prodotti o servizi, ma anche quello di invitare i consumatori a partecipare alla rete commerciale, attraverso la sottoscrizione di un contratto di incarico. Trattasi di una organizzazione gerarchica, ove ciascun incaricato potrà guadagnare una percentuale commisurata ai prodotti venduti da lui e da tutti gli incaricati che discendono direttamente ed indirettamente dalle proprie linee di vendita. I profitti rappresentati dai bonus sono quindi commisurati al posizionamento dell'incaricato nella rete.

Le vendite piramidali sono anch'esse caratterizzate da un sistema commerciale multilivello – rappresentato cioè da una rete di venditori strutturata su scala gerarchica interna –, nel quale tuttavia l'obiettivo commerciale primario non è collocare sul mercato il bene o servizio, bensì reclutare un numero maggiore di incaricati, il cui accesso nella rete è subordinato, sotto diverse forme, al pagamento di una "*fee*" che rappresenta l'introito maggiore dell'impresa. In definitiva, mentre una società che opera attraverso forme di vendita diretta multilivello retribuisce i propri agenti o venditori riconoscendo loro delle provvigioni direttamente proporzionali al valore o alla quantità del bene venduto, personalmente o per il tramite di altri soggetti che si è riusciti ad includere nella struttura, in un'organizzazione piramidale il sistema finisce per svincolarsi completamente dai risultati della vendita dei beni e servizi. Poiché il meccanismo della vendita piramidale comporta l'obbligo di pagamenti da parte dei soggetti che vogliano entrare nella rete dei venditori, il neo-affiliato, non appena avuto accesso alla struttura piramidale, avrà infatti come obiettivo primario la ricerca di altri venditori ai quali far pagare il diritto d'accesso alla catena o comunque la permanenza nella stessa, i quali a loro volta ne cercheranno altri e così via in un esercizio finalizzato a farlo avanzare nella scala gerarchica dei venditori, condizione che gli consente di percepire compensi per effetto di incaricati che siano posizionati sotto di lui.
Il sistema è destinato a saturarsi una volta che risulti impossibile reclutare ulteriori aderenti, con il risultato che gli aderenti collocati nei livelli più bassi della struttura sopporteranno in via definitiva il costo dovuto dal pagamento della *fee* d'ingresso che non sono riusciti a "scaricare" su un livello ancor più basso. Per questo motivo, le forme di vendita con caratteristiche piramidali costituiscono una fattispecie di reato – tipizzata al comma 1 dell'art. 5, l. n. 173 del 2005, la quale fa divieto della «promozione e la realizzazione di attività e di strutture di vendita nelle quali l'incentivo economico primario dei componenti la struttura si fonda sul mero reclutamento di nuovi soggetti piuttosto che sulla loro capacità di vendere o promuovere la vendita di beni o servizi determinati direttamente o attraverso altri componenti la struttura» –, punita con la pena alternativa dell'arresto da sei mesi ad un anno o dell'ammenda da € 100.000 a € 600.000 (art. 6, l. n. 173 del 2005).
La tutela così apprestata dall'ordinamento si rivolge, tanto al consumatore finale, quanto ai venditori vicini alla base della "piramide": questi ultimi, infatti, sono di fatto costretti ad acquistare quantità sproporzionate di beni e servizi che non riusciranno poi a loro volta a vendere se non cagionando danni ai consumatori finali, pregiudizi rappresentati da prezzi o interessi eccessivi. La "debolezza" di dei venditori finali è caratterizzata, al pari di quella dei consumatori finali, da una situazione di squilibrio informativo (rispetto ai promotori dell'attività di vendita piramidale), cui si aggiunge, il più delle volte, una condizione di precarietà economica e sociale.
L'art. 6, l. n. 173 del 2005 elenca una serie di elementi presuntivi tipici di un sistema illecito, identificabili nei seguenti obblighi: di acquistare dall'azienda o da terzi una rilevante quantità di prodotto, senza che vi sia diritto di restituzione dell'invenduto; di cor-

rispondere un'ingente somma all'entrata nel sistema, in assenza di una reale controprestazione; di acquistare, all'entrata del sistema, prodotti o servizi non strettamente necessari o comunque sproporzionati all'attività commerciale svolta.
L'ordinamento giuridico prende in separata considerazione il caso in cui la figura dell'incaricato alle vendite si sovrappone a quella di "consumatore". A questa ipotesi si riferisce l'art. 23, comma 1, lett. p), del Codice del consumo, il quale – all'interno della lista delle pratiche commerciali considerate "in ogni caso" ingannevoli – contempla la condotta del professionista che avvia, gestisce o promuove "un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti". La previsione è riferita alle vendite multilivello che inducono gli incaricati all'acquisto dei prodotti per uso personale. Il fondamento della citata disposizione è qui quella di contrastare i sistemi distributivi basati sul progressivo ampliamento della base di consumatori reclutati con la prospettiva illusoria di ingenti guadagni. Poiché anche le microimprese sono oramai incluse tra i soggetti tutelati dalla disciplina dettata per le pratiche commerciali scorrette, deve ritenersi – in assenza di una disposizione analoga a quella che il legislatore ha espressamente inserito per escludere l'applicabilità della tutela prevista dal codice del consumo in materia di pubblicità ingannevole per le microimprese (art. 19, comma 1, del Codice del consumo) – che l'ambito applicativo dell'art. 5, l. n. 173 del 2005 sia limitato ai soli rapporti tra soggetti in cui quello tutelato non è, né il consumatore, né la micro-impresa.
La Corte di Giustizia ha avuto modo di affermare che il divieto di "sistemi di promozione a carattere piramidale", ai sensi dell'allegato I, punto 14, della direttiva 2005/29, si fonda su tre condizioni cumulative. Innanzitutto, la promozione è basata sulla promessa che il consumatore avrà la possibilità di realizzare un beneficio economico. Poi, l'avveramento di tale promessa dipende dall'ingresso di altri consumatori in un siffatto sistema. Infine, la parte più consistente delle entrate che consentono di finanziare il corrispettivo promesso ai consumatori non risulta da un'attività economica reale (sentenza del 3 aprile 2014, C 515/12, punto 20). In assenza di una reale attività economica che consenta di generare entrate a sufficienza per finanziare il corrispettivo promesso ai consumatori, un sistema di promozione a carattere piramidale inevitabilmente si fonda sul contributo economico dei suoi partecipanti, giacché la possibilità che un aderente a detto sistema ottenga un corrispettivo dipende principalmente da quanto versato dagli ulteriori aderenti (sentenza del 3 aprile 2014, C 515/12, punto 21).
Un sistema di questo genere presenta inevitabilmente "carattere piramidale" nel senso che la sua perpetuazione richiede l'adesione di un numero sempre crescente di nuovi partecipanti onde finanziare i corrispettivi versati ai membri già presenti. Esso implica altresì che gli aderenti più recenti sono meno suscettibili di ricevere un corrispettivo a fronte della loro partecipazione. Tale sistema cessa di essere redditizio allorché la crescita del numero degli aderenti, che teoricamente dovrebbe tendere all'infinito affinché

il sistema perduri, non basta più a finanziare i corrispettivi promessi a tutti i partecipanti (sentenza 3 aprile 2014, C 515/12, punto 22).
Con specifico riguardo al nesso che deve sussistere tra i contributi versati da nuovi aderenti e i corrispettivi percepiti dagli aderenti già esistenti, risulta dalla formulazione della maggior parte delle versioni linguistiche dell'allegato I, punto 14, della direttiva 2005/29, che il finanziamento del corrispettivo che un consumatore può percepire dipende "essenzialmente" o "principalmente" dai contributi versati in seguito da nuovi partecipanti al sistema. Non è invece richiesto che il nesso finanziario imposto debba necessariamente essere diretto. Quel che rileva è la qualificazione come "essenziale" o "principale" delle partecipazioni versate da nuovi partecipanti a un siffatto sistema. L'allegato I, punto 14, della direttiva 2005/29 è pertanto applicabile a un sistema in cui sussiste un nesso indiretto tra le partecipazioni versate da nuovi aderenti e i corrispettivi percepiti dagli aderenti già presenti (sentenza 15 dicembre 2016, in causa C 667/15).

2.5. Pratica commerciale scorretta come fattispecie di illecito.
Con sentenza14 aprile 2020, n. 2414 è stata affermato che la definizione recata dall'art. 20, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo) – laddove prevede che una pratica commerciale è scorretta se "è contraria alla diligenza professionale" ed "è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori" - non costituisce una mera clausola "ricognitiva" delle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive – rispetto alle quali sarebbe rilevante solo a fini interpretativi – bensì integra una vera e propria "fattispecie" di illecito, dotata di autonoma portata disciplinare, alla quale è possibile attingere in via residuale.
Ha chiarito la Sezione che nella trama normativa, tale definizione generale di pratica scorretta si scompone in due diverse categorie: le pratiche ingannevoli (di cui agli artt. 21 e 22) e le pratiche aggressive (di cui agli artt. 24 e 25). Il legislatore ha inoltre analiticamente individuato una serie di specifiche tipologie di pratiche commerciali (le c.d. 'liste nere') da considerarsi sicuramente ingannevoli e aggressive (art. 23 e 26, cui si aggiungono le previsioni 'speciali' di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 21 e all'art. 22-*bis*), senza che si renda necessario accertare la sua contrarietà alla "diligenza professionale" nonché dalla sua concreta attitudine "a falsare il comportamento economico del consumatore".
Il tema inedito è quello di comprendere se il citato art. 20, comma 2, vada intesa come una mera clausola "ricognitiva" delle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive – rispetto alle quali la definizione generale sarebbe rilevante solo a fini interpretativi – oppure integri essa stessa una "fattispecie" di illecito, dotata di autonoma portata disciplinare, cui attingere in via residuale.
Ebbene, la lettura sistematica del titolo III della Parte seconda del codice del consumo rende certi che le "pratiche commerciali scorrette" costituiscono un *genus* unitario di illecito, i cui elementi costitutivi sono definiti dall'art. 20, comma 2. All'interno della

fattispecie generale, il legislatore ha "ritagliato" – per finalità di semplificazione probatoria – due sottotipi (e all'interno di ciascuno di essi, due ulteriori fattispecie presuntive) che si pongono in rapporto di specialità (per specificazione) rispetto alla prima.
A questi fini, occorre prima stabilire se la condotta contestata possa essere inquadrata all'interno delle "liste nere" (di cui agli artt. 23 e 26): in caso di risposta positiva, la pratica dovrà qualificarsi scorretta senza che si renda necessario accertare la sua contrarietà alla "diligenza professionale" e la sua concreta attitudine "a falsare il comportamento economico del consumatore"; qualora la pratica non sia ricompresa in nessuna delle due fattispecie presuntive, va accertato se ricorrono gli estremi della pratica commerciale ingannevole (artt. 21 e 22) oppure aggressiva (artt. 24 e 25): in tal caso, la verifica di ingannevolezza ed aggressività integra di per sé la contrarietà alla "diligenza professionale"; ove i precedenti tentativi di sussunzione non risultino percorribili, non resta che ricorrere alla norma di chiusura sussidiaria di cui all'art. 20, comma 2: la mancata caratterizzazione dell'illecito in termini di ingannevolezza e aggressività, impone di accertare in concreto il grado della "specifica competenza e attenzione" che "ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti", tenuto conto delle peculiarità del caso di specie.
Acclarato che era ben possibile per l'Autorità ricorrere alla definizione generale di pratica commerciale scorretta per sanzionare violazioni della diligenza professionale diverse dalla ingannevolezza e dalla aggressività, vanno fatte due ulteriori considerazioni. In primo luogo, non osta alla configurabilità dell'illecito l'assenza di un contatto "negoziale" tra la Società ed il consumatore che ha risentito il pregiudizio finale. Nel contenuto della "diligenza professionale" – nozione autonoma rispetto a quella del codice civile, dove costituisce parametro di valutazione dell'esattezza dell'adempimento di obbligazioni – rientrano anche gli adempimenti organizzativi che il rivenditore deve porre in essere per contrastare o almeno contenere il fenomeno di quanti acquistano massivamente per poi rivendere sul mercato secondario.
Neppure può sostenersi, ai fini di escludere l'illecito, che il consumatore si è autonomamente e spontaneamente rivolto ai rivenditori del mercato secondario. L'ampia nozione di "decisione di natura commerciale" consente di includere tra le pratiche idonee "ad indurre un consumatore ad assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso", non soltanto la condotta che si riveli fondamentale nello spingere il consumatore ad accettare di concludere un contratto con il professionista, ma anche la condotta del rivenditore che abbia semplicemente posto il consumatore nella impossibilità di finalizzare l'acquisto del biglietto per assistere all'evento di suo interesse, inducendolo a soddisfare il bisogno di consumo sul mercato secondario.

2.6. Inconfigurabilità del rapporto concorrenziale tra le Casse Raiffeisen.
La sentenza 13 gennaio 2020, n. 296 ha affermato che dall'assetto giuridico delle Casse Raiffeisen deriva che tra le dette Casse non c'è un rapporto concorrenziale.

Ha chiarito che le Casse Raiffeisen operano nei diversi mercati ricompresi nel settore bancario tradizionale, nonché nel settore del risparmio gestito, del leasing, degli strumenti di pagamento e nei comparti del settore. Le Casse Raiffeisen, avendo natura giuridica di banche di credito cooperativo, ispirano la propria attività ai principi del "mutualismo" e del "localismo".
In forza del primo, le Casse Raiffeisen sono vincolate ad operare prevalentemente nei confronti dei propri soci. Tale principio risulta rispettato quando più del 50% delle attività di rischio è destinato ai soci. In omaggio al principio del "localismo", invece, le Casse Raiffeisen devono effettuare il 95% della propria attività nella zona di competenza territoriale, che, ai sensi delle disposizioni di vigilanza, "ricomprende i comuni ove la banca ha le proprie succursali nonché i comuni ad essi limitrofi. Fra tutti i comuni deve esistere contiguità territoriale". Al di fuori di tale zona può essere svolto al più un 5% dell'attività di rischio complessivamente effettuata. Il principio del localismo, al quale si ispira il sistema in questione, fonda anche sull'esigenza di assicurare anche in zone non particolarmente popolate la diffusione del servizio bancario, che diversamente potrebbe non essere assicurato, se si avesse quale unica stella polare la massimizzazione dei profitti.
La Cassa Centrale, che opera sempre all'interno dell'organizzazione Raiffeisen, oltre a prestare alcune attività di natura bancaria a favore della clientela privata, eroga servizi ausiliari alle singole Casse Raiffeisen in ragione di espresse previsioni statutarie. Inoltre, è a quest'ultime associata all'interno della Federazione delle Cooperative Raiffeisen.
Il legislatore, con il d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, ha ritenuto che il legame giuridico ed economico che avvince i soggetti in questione dovesse essere ulteriormente intensificato, tanto da aver previsto con il comma 1 *bis* dell'art. 33 TUB, l'adesione a un gruppo bancario cooperativo quale condizione per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria in forma di banca di credito cooperativo. Ha chiarito la Sezione che il sistema "Raiffeisen" è presente non solo in Italia, ma anche in Austria, Germania e Svizzera nelle forme di sistema bancario cooperativo, che risulta essere stato oggetto di disamina da parte della Commissione Europea con la decisione dell'11 giugno 2002 (noto come caso "Lombard"), proprio in relazione ad una violazione del previgente art. 81 TFUE inerente ad accordi e pratiche concordate violativi della concorrenza da parte di istituti bancari austriaci tra i quali anche il gruppo delle casse di credito rurale compresa la Raiffeisen Zentralbank. In quell'occasione la Commissione Europea valutò ai fini dell'attribuzione della responsabilità per la riscontrata violazione del previgente art. 81 TFUE, la Raiffeisen Zentralbank quale vertice di un gruppo articolato su tre livelli rappresentato dalle altre Casse Raiffeisen, individuando un unico soggetto responsabile per gli accordi e pratiche concordate conclusi con altri istituti bancari.
Ha poi ricordato la Sezione che la finalità della disciplina sulla concorrenza è quella di salvaguardare una concorrenza effettiva anche in omaggio a quanto stabilito dall'art. 101 TFUE. Da ciò deriva che i soggetti destinatari del provvedimento sanzionatorio nel caso di imprese restrittive devono necessariamente poter essere considerate come imprese che agiscono in modo autonomo sullo stesso mercato rilevante. L'indipendenza nella

gestione economica delle imprese sanzionate rappresenta un *prius* logico, il cui accertamento non può che precedere ogni alta valutazione in merito alla ricorrenza dell'illecito antitrust.
Nel caso sottoposto al suo esame, la Sezione ha escluso che un'indipendenza tra le Casse Raiffeisen non è predicabile, dal momento che le stesse fanno parte di un sistema legittimamente instaurato, al fine di assicurare secondo i citati principi del "mutualismo" e del "localismo" l'esercizio di attività bancaria, quale l'impiego alle famiglie, attraverso un meccanismo che fonda su di una segmentazione territoriale e si rivolge in modo assolutamente prevalente ai soci delle Casse.
Il meccanismo in esame risulta coordinato da una Cassa centrale, che eroga servizi alle singole Casse, tra i quali anche servizi informativi. Si tratta in tutta evidenza di un sistema che non opera secondo meccanismi concorrenziali e che da strategie competitive interne non trarrebbe alcun ragionevole beneficio. Del resto, la circostanza che in passato solo la Cassa Renon ha aperto uno sportello nel Comune di Bolzano, ampliando così la propria zona di competenza, lascia intendere come un simile comportamento sia del tutto isolato e non rappresentativo di un clima concorrenziale tra le singole Casse.

2.7. Durata dei procedimenti sanzionatori della Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia antitrust.
La sentenza 21 gennaio 2020, n. 512 ha pronunciato in materia di sanzioni amministrative applicate dalle Autorità indipendenti.
Ha premesso che l'intento del Legislatore è stato quello di assoggettare ad un statuto unico ed esaustivo (e con un medesimo livello di prerogative e garanzie procedimentali per il soggetto inciso) tutte le ipotesi di sanzioni amministrative, sia che siano attinenti a reati depenalizzati sia che conseguano ad illeciti qualificati *ab origine* come amministrativi, con la sola eccezione delle violazioni disciplinari e di quelle comportanti sanzioni non pecuniarie. La preventiva comunicazione e descrizione sommaria del fatto contestato con l'indicazione delle circostanze di tempo e di luogo (idonee ad assicurare, già nella fase del procedimento amministrativo anteriore all'emissione dell'ordinanza-ingiunzione, la tempestiva difesa dell'interessato), attiene ai principi del contraddittorio ed è garantito dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, attraverso la prescrizione di una tempestiva contestazione la cui l'osservanza è assicurata mediante la previsione espressa dell'inapplicabilità della sanzione. Il termine per la contestazione delle violazioni amministrative ha infatti pacificamente natura perentoria avendo la precisa funzione di garanzia di consentire un tempestivo esercizio del diritto di difesa. L'ampia portata precettiva è esclusa soltanto dalla presenza di una diversa regolamentazione da parte di fonte normativa, pari ordinata, che per il suo carattere di specialità si configuri idonea ad introdurre deroga alla norma generale e di principio. Lo stesso art. 31, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme a tutela della concorrenza e del mercato) prevede infatti l'applicazione delle norme generali di cui alla l. 24 novembre 1981, n. 689 "in quanto applicabili".
Ebbene, con specifico riferimento alla disciplina della potestà sanzionatoria dell'Autorità non emergono le condizioni per derogare al sistema di repressione degli illeciti amministrativi per mezzo di sanzione pecuniaria ivi delineato. Il d.P.R. 30 aprile 1998, n.

217 non reca indicazione di alcun termine per la contestazione degli addebiti, e quindi non può far ritenere "diversamente stabilita" la scansione procedimentale e, quindi, inapplicabile il termine di cui si discute. Nel caso sottoposto all'esame della Sezione, quindi, il fatto che l'Autorità Antitrust deliberi l'avvio dell'istruttoria a distanza di vari mesi – ma non di vari anni - dalla segnalazione della possibile infrazione non può essere considerato come una violazione dei diritti delle imprese coinvolte, né un superamento dei termini procedimentali, in quanto la stessa valutazione dell'esigenza di avviare o meno l'istruttoria può presentarsi complessa; di conseguenza, il termine di novanta giorni previsto dal comma 2 dell'art. 14, l. n. 689 del 1981 inizia a decorrere solo dal momento in cui è compiuta - o si sarebbe dovuta ragionevolmente compiere, anche in relazione alla complessità della fattispecie - l'attività amministrativa intesa a verificare l'esistenza dell'infrazione, comprensiva delle indagini intese a riscontrare la sussistenza di tutti gli elementi soggettivi e oggettivi dell'infrazione stessa

2.8. Fatturazione a 28 giorni: poteri conformativi ripristinatori ed indennitari dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Con sentenza 7 febbraio 2020, n. 987 la sez. VI ha giudicato legittima l'applicazione di un indennizzo, da parte della Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, anche senza previa diffida, a fronte della scelta degli principali operatori di telefonia di fatturare i servizi erogati con cadenza a 28 giorni, anziché con cadenza mensile.

Ha premesso che l'art. 2, comma 20, lett. d), l. 14 novembre 1995, n. 481 assegna all'Autorità il potere di far cessare comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, se del caso imponendo all'operatore, che li commetta, l'obbligo di corrispondere loro un indennizzo ai sensi del precedente comma 12, lett. g), che può essere anche automatico.

La Sezione ricorda che l'indennizzo o indennità è termine riferito normalmente a prestazioni pecuniarie che ricorrono, in diritto civile, in situazioni molto diverse fra loro; in diritto amministrativo, si ricollega di solito o perlopiù all'adozione di un provvedimento amministrativo che incida sulla sfera patrimoniale di un privato (come nel caso dell'espropriazione). L'indennità si distingue dal risarcimento (collegato ad un danno ingiusto), in quanto essa dipende solo da un fatto di arricchimento a scapito di altri che si deve eliminare, senza alcuna indagine sull'ingiustizia del danno (spettante al giudice ordinario, come chiarito dalle Sezioni unite della Corte di cassazione 29 agosto 2008, n. 21934, di norma senza pregiudizio per i poteri inibitori o conformativi spettanti alle Autorità di regolazione). Il danno è una lesione di un bene protetto, mentre il fatto genetico dell'obbligo restitutorio di natura indennitaria è la perdita o limitazione della sfera giuridico-patrimoniale altrui in correlazione ad un trasferimento forzoso od alla nascita di un diritto in capo ad altri che l'ordinamento vuole riequilibrare. L'indennizzo ha una funzione di corrispettività o di carattere sostitutivo del bene che è stato trasferito.

Nel caso di specie, l'erogazione gratuita della prestazione (di natura *lato sensu* indennitaria) sostituisce la somma di danaro che è stata prelevata dalla generalità degli utenti con il sistema di fatturazione a 28 giorni. Da queste coordinate generali deriva l'individuazione dell'esatta natura del potere esercitato, che è un potere conformativo di natura *lato sensu* indennitaria e non certo un potere sanzionatorio.

Va altresì rilevato che la giurisprudenza da tempo ha riconosciuto alle Autorità indipendenti, per la loro collocazione istituzionale, poteri impliciti, da esercitarsi in relazione agli scopi stabiliti dalla legge. In conclusione, in base all'art. 2, comma 20, lett. d), l. n. 481 del 1995 l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni non ha esercitato un vero e proprio potere sanzionatorio, ma ha attivato il rimedio generale posto dalla legge (dunque, tutt'altro che privo di base normativa) sull'ordinamento delle Autorità di regolazione. Tale rimedio indennitario, infatti e che per sua natura s'attaglia alla situazione cui intende porre soluzione, appunto per questo sfugge al principio di tipicità proprio delle sanzioni. Ma non per ciò solo non risponde al fine generale dell'istituzione delle Autorità di regolazione e, in particolare, trova il suo fondamento nella necessità di assicurare, insieme con la promozione della concorrenza e con definizione di sistemi tariffari certi, trasparenti e basati su criteri predefiniti per i servizi erogati, la tutela degli interessi di utenti e consumatori. L'indennizzo, quindi e proprio perché in base alla delibera n. 114/2017/CONS non si atteggia più a mero rimborso, contempera le esigenze di ripristino della fatturazione a cadenza mensile (il termine per il cui adempimento servendo a risolvere i problemi operativi di tal ripristino nei sistemi interni degli operatori di telefonia) con la refusione dei disagi subiti dagli utenti.
La Sezione esclude che l'imposizione dell'indennizzo debba essere preceduta dalla diffida. Questa, piuttosto, tende a unificare la regolazione del corretto *modus agendi* degli operatori con le misure di tutela consumeristica, giacché il ripristino dello *statu quo ante* consta anche della riparazione degli effetti pregiudizievoli: tutto ciò all'unico fine di evitare che la scelta unilaterale degli operatori di telefonia (sul piano della trasparenza, della conoscibilità dei costi del servizio, della buona fede contrattuale e del buon andamento del servizio) incida senza controllo sulla sfera giuridica degli utenti. Questi ultimi, in mercati regolati come quello in esame, sono soggetti che tengono condotte di c.d. "apatia" solo in apparenza razionale, cioè soggetti di minorata difesa: l'attivazione, da parte degli utenti, di meccanismi ordinari di controllo comporterebbe effetti disfunzionali sul piano sia dell'andamento molecolare del contenzioso, sia dell'ingolfamento del sistema giudiziario, sia sul piano della rinuncia alla tutela da parte dei soggetti c.d. apatici.
Si tratta della c.d. tutela amministrativa dei diritti o *public enforcement*, un campo indispensabile di intervento delle Autorità di regolazione nella moderna realtà dei mercati, a fronte delle difficoltà dell'ordinaria risposta giudiziaria (basata sull'innesco di un contenzioso pulviscolare) a rispondere alle problematiche poste dall'economia di massa. Ciò serve ad assicurare una effettiva e concreta tutela a favore degli utenti, quali soggetti deboli del rapporto negoziale (e senza più necessità, dunque, d'una loro istanza di "rimborso") e per dissuadere (su un piano general preventivo) gli operatori da condotte illegittime e pregiudizievoli. L'indennizzo quindi non impone a questi ultimi alcuna erogazione patrimoniale né in denaro, né in servizi, né in alcunché d'altro che non sia, da un lato, il mero riallineamento (ovviamente, d'ufficio) della cadenza mensile di fatturazione e, dall'altro, il conseguente conguaglio (sempre d'ufficio) per il disallineamento cagionato da una fatturazione a cadenza diversa.

2.9. Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e misure limitative della concorrenza.

La sentenza 19 febbraio 2020, n. 1257 ha pronunciato in tema di misure limitative della concorrenza da parte della Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Ha ricordato la Sezione che la normativa del Codice delle comunicazioni elettroniche prevede che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni possa imporre obblighi volti a prevenire la pratica di prezzi predatori da parte degli operatori aventi un "significativo potere di mercato"; tale normativa persegue il primario fine di tutela della concorrenza del mercato e del connesso interesse pubblico all'apertura dello stesso; si tratta, in buona sostanza, di prevenire un abuso di posizione dominante che prende il nome di "*margin squeeze*"; la compressione dei margini si configura quando il differenziale tra il prezzo dell'input, fornito dall'impresa dominante nel mercato a monte - impresa verticalmente integrata -, e il prezzo dell'*output*, offerto da quest'ultima sul mercato a valle, risulta essere negativo o insufficiente a coprire i costi di un operatore, attivo nel *downstream market*, efficiente quanto l'impresa che attua tale condotta; ciò che spinge l'impresa ad effettuare una compressione dei margini è l'intento di escludere le rivali dal mercato a valle, per cui si tratta di un abuso escludente

Ha ricordato ancora la Sezione che le misure limitative della concorrenza, date dal regolatore, si giustificano in presenza di un operatore dominante o, meglio, che detenga un significativo potere di mercato.

Si interviene *ex ante*, indirizzando i comportamenti delle imprese che operano in questi settori con obblighi positivi specifici. È possibile che, in un determinato settore, la concorrenza non consenta il perseguimento di interessi meritevoli di tutela. In tal caso, si può intervenire regolamentando il settore e andando a limitare la concorrenza in nome di tali interessi. Non c'è alcuna contraddizione, tuttavia, fra regolazione *ex ante* e tutela della concorrenza.

Le Corti europee hanno più volte confermato il principio di applicabilità delle regole di concorrenza anche in presenza di specifiche regolazioni settoriali e il Tribunale stesso, in relazione al caso Telefònica, ha affermato che "le norme in materia di concorrenza previste dal trattato CE completano, per effetto di un esercizio di controllo *ex post*, il contesto normativo adottato dal legislatore dell'Unione ai fini della regolamentazione *ex ante* dei mercati delle Telecomunicazioni".

Tali misure, nella specie, come si vedrà si concretizzano nel test di replicabilità delle offerte.

In tale contesto, con delibera n. 623/15/CONS contenente l'analisi del mercato, l'Autorità ha evidenziato, in particolare, che Telecom Italia è ancora "l'unico operatore verticalmente integrato lungo tutta la catena tecnologica e impiantistica a livello nazionale" mentre gli operatori alternativi (cc.dd. "OLO"), quale è la ricorrente, da un lato "devono rispettare i vincoli imposti da Telecom Italia nell'acquisto dei servizi intermedi, dall'altro si trovano a competere con quest'ultima nel mercato a valle".

Quindi, la stessa Autorità ha espressamente sancito, al comma 7 dell'art. 11 (rubricato Obblighi di non discriminazione), che "tutte le offerte di Telecom Italia di servizi di accesso al dettaglio (inclusi i *bundle*) devono essere replicabili da parte di un operatore

efficiente e, pertanto, sono sottoposte ad un test di replicabilità, in modalità *ex ante* ossia prima del lancio commerciale, da parte dell'Autorità".
L'art. 65 della medesima delibera (Replicabilità dei servizi al dettaglio di accesso alla rete fissa) ha poi precisato che "In attuazione dell'obbligo di non discriminazione di cui all'art. 11 nonché dell'obbligo di controllo dei prezzi di cui all'art. 13, tutte le offerte di Telecom Italia di servizi di accesso al dettaglio – sia per effettuare e/o ricevere chiamate telefoniche ed accedere ai servizi correlati sia per accedere ai servizi di trasmissione dati a banda larga – offerti su rete in rame e su rete in fibra, commercializzati singolarmente o in bundle con altri servizi – incluse le promozioni – devono essere replicabili da parte di un operatore efficiente. L'Autorità effettua la verifica della replicabilità economica e tecnica delle offerte di cui al comma precedente mediante i test definiti ai sensi della delibera n. 499/10/CONS e successive integrazioni, salvo quanto stabilito in merito alle gare per pubblici appalti ed alle procedure ad evidenza pubblica per la selezione del fornitore di cui all'articolo seguente", inoltre fissa le modalità di espletamento delle verifica *de qua*, prescrivendo, tra l'altro, che essa avvenga mediante i test di cui alla delibera n. 499/2010 e successive modificazioni ed integrazioni. Quest'ultima delibera del 2010 è stata integrata dalla delibera n. 604/2013 per quanto concerne l'applicabilità dei medesimi test di prezzo anche ai servizi a banda ultralarga su fibra ottica e, ancor prima, dalla Circolare applicativa, datata 8 luglio 2011 espressamente dedicata alle modalità applicative della delibera n. 499 cit.
Per quanto riguarda in dettaglio le analisi necessarie ai predetti fini di verifica, in particolare, nella stessa delibera n. 499/2010 si legge che le analisi multiperiodali possono essere effettuate sia analizzando (mediante il test c.d. "*Period by Period*") ciascun periodo della "permanenza media del cliente nell'offerta", sia analizzando unicamente il risultato a fine periodo (c.d. analisi "DCF").
Quest'ultima analisi è più appropriata per la valutazione di offerte mediante le quali si realizzino investimenti fissi *ad hoc* da recuperare in un determinato intervallo temporale, il che corrisponde alla logica economica secondo cui il ritorno degli investimenti non si realizza in un unico periodo, ma nel corso della vita utile dell'investimento effettuato.
Quindi andrebbero valutati secondo il criterio DCF, in vista della verifica del risultato alla fine del "multi-periodo" considerato, gli investimenti e i relativi ammortamenti; al riguardo l'Autorità, nella delibera n. 499 ha mostrato di ritenere congruo un arco temporale di 24 mesi per i servizi in rame, fatte salve future modifiche di esso ove ritenute più congrue (in effetti per le offerte in fibra il periodo di osservazione è stato successivamente esteso a 36 mesi).
Viceversa i costi variabili dovrebbero essere recuperati in ciascun singolo periodo, su base annuale (o sulla base della durata minima contrattuale dell'offerta) e, pertanto a questa verifica meglio si adatta il test "*Period by Period*" (PbP) che consente di verificare che in ciascun singolo periodo (e non solo "alla fine" dell'arco temporale totale dell'investimento considerato) vengano coperti tutti i costi variabili relativi all'offerta (inclusi i costi "W" relativi ai fattori produttivi di rete essenziali). "Al fine di garantire una corretta valutazione delle offerte, che tenga conto delle logiche economiche e di sviluppo

del mercato, l'Autorità … (ha ritenuto) opportuno integrare l'utilizzo di entrambi i metodi di valutazione" (delibera n. 499/2010).
Alla suddetta regola generale - secondo la quale la verifica di replicabilità si deve svolgere attraverso entrambi i metodi di analisi sopra citati - fanno eccezione alcune rilevanti fattispecie che lo stesso Regolatore, già a partire dalla delibera n. 499/2010 ha ritenuto di sottrarre alla verifica "PdP". Due di esse sono direttamente contemplate dalla delibera in commento che esclude dalla sottoposizione al test PbP: a) le offerte formulate in occasione di procedure ad evidenza pubblica per la selezione del fornitore, a cui si applicano criteri *ad hoc*; b) le offerte c.d. "*entry level*" cioè finalizzate allo sviluppo del mercato, considerata la necessità di specifici investimenti destinati a tale sviluppo, da assoggettare al solo test DCF.
Con la Circolare del 8 luglio 2011, l'Autorità ha successivamente dettato le modalità attuative della delibera 499/2010 e ha delineato ulteriori fattispecie da assimilare all'ipotesi di offerta "*new entry*" ai fini dell'esonero dall'analisi di tipo PdP (in deroga alla regola generale della doppia verifica): il par. 6, punto 27 della Circolare nominata individua tali fattispecie nelle "…offerte promozionali che presentano un impatto limitato sulle dinamiche competitive nei mercati al dettaglio. In tale categoria rientrano, a titolo di esempio, le promozioni commercializzate in modalità c.d. rush, ossia per intervalli di tempo particolarmente ridotti e/o attraverso alcuni specifici e limitati canali di acquisizione (ad esempio mediante il solo canale web)".
L'assoggettamento di queste tipologie di promozioni al solo test DCF è stato ribadito dalla successiva delibera Agcom n. 604/2013 (in tema di offerte "*ultrabroadband*" in fibra) che espressamente menziona anche le offerte "*limited edition*" caratterizzate dal fatto che l'operatore prevede un numero massimo di acquisizioni nel periodo di commercializzazione, di limitato impatto percentuale rispetto al totale delle attivazioni dell'offerta nel periodo considerato.

2.10. Delibera Consob che ha qualificato il rapporto partecipativo di Vivendi S.A. in Telecom Italia s.p.a. in termini di controllo di fatto ai sensi dell'art. 2359 c.c..
Con sentenza 14 dicembre 2020, n. 7972 la sez. VI ha dichiarato illegittima la deliberazione con la quale Consob ha qualificato il rapporto partecipativo di Vivendi S.A. in C in termini di controllo di fatto ai sensi dell'art. 2359 c.c.. dell'art. 93 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21, l. 6 febbraio 1996, n. 52), nonché della disciplina in materia di operazioni con parti correlate di cui al Regolamento Consob adottato con delibera 12 marzo 2010, n. 17221 (Regolamento recante disposizioni in materia di operazioni con parti correlate), adottata, con riguardo alla partecipazione procedimentale di Telecom e Vivendi, senza dare formale avvio a un procedimento specificamente finalizzato all'esercizio della funzione di regolazione dichiarativa del rapporto controverso per assicurare l'esercizio dei diritti di partecipazione.
La questione nasce dal fatto che Vivendi, società francese quotata alla Borsa di Parigi, è entrata nel capitale sociale di Telecom nel giugno del 2015, con la titolarità di una partecipazione iniziale pari al 6,66 per cento, che poi si è progressivamente incrementata

fino a raggiungere il 23,925 per cento del capitale sociale di Telecom. La Consob aveva qualificato tale rapporto partecipativo di Vivendi in Telecom in termini di controllo societario di fatto a seguito della constatazione che Vivendi, nella riunione del 13 settembre 2017, era riuscita a nominare la maggioranza dei consiglieri di amministrazione di Telecom.
La sesta Sezione, pur riconoscendo che la Consob ha poteri di regolazione dichiarativa finalizzati ad eliminare incertezze giuridiche in ordine alle situazioni di controllo societario nel settore delle comunicazioni, implicitamente previsti dall'impianto normativo, ha ritenuto che la Consob non avesse rispettato le regole del contraddittorio procedimentale, particolarmente importanti e rilevanti quando vengono esercitati poteri c.d "impliciti". In particolare, nella sentenza si è affermato che Consob avrebbe dovuto, con riguardo alla consultazione pubblica, "prevedere il coinvolgimento degli organismi rappresentativi soltanto relativamente agli aspetti di regolazione che attengono alla interpretazione della nozione di controllo societario in quanto essa è idonea a fornire indirizzi generali agli operatori economici del mercato finanziario"; con riguardo alla partecipazione procedimentale di Telecom e Vivendi "dare formale avvio a un procedimento specificamente finalizzato all'esercizio della funzione di regolazione dichiarativa del rapporto controverso per assicurare l'esercizio dei diritti di partecipazione".
Si tratta di un coinvolgimento delle parti necessario per garantire un contraddittorio procedimentale in funzione collaborativa e difensiva che, nella specie, dovendo colmare le lacune sostanziali della legge, assume valenza ancora più accentuata.
La non necessità della partecipazione non potrebbe desumersi, come rilevato dal primo giudice, dall'applicazione dell'art. 21-*octies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, il quale dispone che "il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto esercitato". Si tratta di una norma che ha previsto in generale una "dequotazione della legalità procedimentale" ma, come esposto, in questo caso, si deve realizzare un rafforzamento di tale legalità per compensare la "dequotazione della legalità sostanziale". L'attribuzione, nella fattispecie in esame, di un fondamento costituzionale al diritto di partecipazione impone di interpretare il citato art. 21-*octies* nel senso che esso non possa trovare applicazione. Anche a volere prescindere dall'effettivo perimetro applicativo di tale norma, in ogni caso è la stessa natura del potere esercitato che impedisce di svolgere un giudizio prognostico favorevole alla pubblica amministrazione in ordine alla irrilevanza di una eventuale partecipazione. Vengono, infatti, in rilievo ampi profili decisori di contenuto giuridico che implicano valutazioni le quali rinvengono proprio nel procedimento la loro sede naturale.
In particolare, l'oggetto del confronto dialettico nel procedimento avrebbe dovuto essere duplice. Sul piano formale, tale confronto avrebbe dovuto investire la stessa nozione di controllo di fatto civilistico in quanto dall'analisi degli atti del processo risultano versioni non coincidenti. Nella prospettiva pubblica, come già sottolineato, l'influenza dominante consiste nella concreta capacità di determinare gli esiti assembleari mediante la concomitanza di una serie di elementi fattuali. Nella prospettiva privata, l'influenza

dominante presuppone una posizione di prevalenza in assemblea, esclusiva, unilaterale, stabile, in quanto la differenza tra controllo di diritto e di fatto sarebbe solo di natura qualitativa. Tale confronto è rilevante anche al fine di analizzare in contraddittorio quali siano stati in precedenza gli orientamenti seguiti dalla Consob e consentire, in caso di mutamento di indirizzo interpretativo, una partecipazione difensiva effettiva. Sul piano sostanziale (collegato al primo), il contraddittorio procedimentale dovrebbe essere finalizzato ad acquisire tutti gli elementi e le circostanze di fatto che devono essere posti alla base della valutazione finale e che sono anche nella disponibilità degli operatori economici.
Non avendo la Consob assicurato le suddette garanzie partecipative, la delibera con la quale ha qualificato il rapporto partecipativo di Vivendi S.A. in C in termini di controllo di fatto ai sensi dell'art. 2359 c.c. è illegittima.

2.11. Immissione in ruolo a seguito di concorso del personale a tempo determinato della Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente.
Con sentenza 15 gennaio 2020, n. 380 sono state rimesse alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dalla Sezione sesta, le questioni pregiudiziali: a) se la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio in data 28 giugno 1999, debba essere intesa nel senso di imporre che i periodi di servizio svolti da un lavoratore a tempo determinato alle dipendenze dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente in funzioni coincidenti con quelle di un dipendente di ruolo inquadrato nella corrispondente categoria della stessa Autorità, siano presi in considerazione per determinarne l'anzianità, anche nel caso in cui la sua successiva immissione in ruolo avvenga a seguito di pubblico concorso, pur in presenza delle peculiarità della procedura concorsuale che determina, per quanto si è detto, una integrale novazione del rapporto e la nascita, con soluzione di continuità accettata dal partecipante alla procedura concorsuale, di un nuovo rapporto connotato dall'esistenza di un atto autoritativo di inquadramento e da speciali obblighi e peculiare rafforzata stabilità; b) in caso di risposta affermativa al quesito di cui alla precedente lett. a): se la pregressa anzianità debba essere integralmente riconosciuta o sussista un motivo oggettivo per differenziare i criteri di riconoscimento rispetto al riconoscimento integrale in ragione delle anzidette ricordate peculiarità; c) in caso di risposta negativa al quesito di cui alla precedente lett. b): in base a quali criteri debba essere computata l'anzianità riconoscibile per non essere discriminatoria.
Ha chiarito la Sezione che l'assunzione del personale delle Amministrazioni indipendenti avviene nel pubblico impiego per concorso ed ha una copertura costituzionale che determina una rilevante differenziazione fra i rapporti di lavoro pubblicistici, soggetti a regime disciplinare e garantistico particolare (che può arrivare, in certe carriere, a prevedere incisive limitazioni alle libertà del lavoratore e l'imposizione di speciali obblighi a fronte di maggiori garanzie di stabilità del rapporto nella specie rileva quanto disposto ad es. dall'art. 2, comma 10, l. 14 novembre 1995, n. 481 che sancisce che "I componenti e i funzionari delle Autorità, nell'esercizio delle funzioni, sono pubblici ufficiali e sono tenuti al segreto d'ufficio."). In particolare l'art. 97 Cost. prevede che: "Agli impieghi

nelle pubbliche amministrazioni si accede" mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge". L'art. 7 del regolamento del personale dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (Arera) (nella versione modificata da ultimo con delibera 19 dicembre 2013, n. 589/2013/A) stabilisce, poi, al comma 1, che: "L'assunzione del personale di ruolo previsto dalla Pianta organica del personale di ruolo dell'Autorità avviene per pubblico concorso …" e, al comma 3, che: "L'Autorità determina di volta in volta i posti da mettere a concorso, secondo le sue specifiche esigenze, e delibera i bandi …".
Ne consegue che, secondo le dette norme, l'assunzione in ruolo non può avvenire che in relazione al posto, alla qualifica e al livello retributivo messo a concorso, mentre nessuna disposizione interna prevede l'automatico riconoscimento, all'atto dell'immissione in ruolo, della anzianità maturata nello svolgimento del precedente rapporto precario.
Ha aggiunto la Sezione che l'odierna fattispecie non risulta perfettamente sovrapponibile a quelle già decise dal giudice euro unitario con le ordinanze 7 marzo 2013, in C-393/11 e 4 settembre 2014, in C-152/14 e con la sentenza 18 ottobre 2012, in C-302/11, atteso che i detti precedenti si riferiscono a ipotesi in cui l'immissione in ruolo era avvenuta attraverso procedure di stabilizzazione, ovvero per effetto di un meccanismo che considera unico il rapporto di lavoro consentendone la trasformazione da precario a stabile, con conseguente rilevanza del periodo di servizio a tempo determinato quale presupposto della procedura assunzionale straordinaria, mentre il caso che occupa si caratterizza per una cesura tra precedente rapporto precario e nuovo rapporto che si instaura a seguito del concorso. Tutto ciò chiarito., la Sezione ha ritenuto di sottoporre alla Corte di Giustizia UE la questione interpretativa concernente la portata della menzionata clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999.

3. Società *in house*.

Con ordinanza 18 novembre 2020, n. 7161 la sez. IV ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione se l'art. 12 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 osti ad una normativa nazionale la quale imponga un'aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a seguito della quale l'operatore economico succeduto al concessionario iniziale a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, prosegua nella gestione dei servizi sino alle scadenze previste, nel caso in cui: a) il concessionario iniziale sia una società affidataria *in house* sulla base di un controllo analogo pluripartecipato; b) l'operatore economico successore sia stato selezionato attraverso una pubblica gara; c) a seguito dell'operazione societaria di aggregazione i requisiti del controllo analogo pluripartecipato più non sussistano rispetto a taluno degli enti locali che hanno in origine affidato il servizio di cui si tratta.
Ad avviso della Sezione non sussiste incompatibilità alla normativa comunitaria se la società che è succeduta è stata selezionata come "operatore economico", con il quale effettuare l'aggregazione, proprio all'esito di una pubblica gara (il fatto è pacifico in causa), e quindi il risultato ultimo dell'operazione, l'affidamento del servizio, consegue non all'affidamento disposto dall'Amministrazione, ma a monte dalla gara esperita, in

modo del tutto coerente con i principi di diritto europeo. Accogliendo questa tesi, nessun illegittimo affidamento diretto si potrebbe configurare.
Si osserva infatti che lo scopo ultimo delle norme del diritto europeo qui rilevanti è quello di promuovere la concorrenza, e che questo risultato nell'affidamento dei servizi pubblici si raggiunge, in termini sostanziali, quando più operatori competono, o possono competere, per assicurarsi il relativo mercato nel periodo di riferimento, indipendentemente dalla qualificazione giuridica dello strumento con il quale ciò avviene. In questi termini, è irrilevante che l'affidamento di un dato servizio avvenga per mezzo di una gara il cui oggetto è quel singolo servizio - isolatamente considerato ovvero assieme ai servizi per gli altri comuni dell'ambito - ovvero avvenga mediante una gara il cui oggetto è l'attribuzione del pacchetto azionario della società che tali servizi svolge, perché in entrambi i casi la concorrenza è garantita. Si sarebbe nella sostanza di fronte ad un fenomeno simile a quello del negozio indiretto, a titolo di esempio come nel caso in cui, invece di cedere un immobile con un contratto di compravendita, si preferisca cedere il pacchetto azionario della società che ne è proprietaria: il risultato economico finale è il medesimo, e quindi è corretto, in linea di principio, che le operazioni siano soggette alla stessa disciplina.
Più in generale la Sezione ha ricordato che in origine l'affidamento *in house* si fondava sull'art. 113, t.u. 18 agosto 2000, n. 267 nel testo allora vigente, che dava in generale competenza ai Comuni in materia di servizi pubblici di rilevanza economica di proprio interesse. Come è noto, i Comuni sono amministrazione aggiudicatrici, tenute a procedere per mezzo di pubbliche gare; peraltro, la possibilità di affidamento in house, nella specie del servizio di gestione dei rifiuti urbani, esisteva anche se né la direttiva 2014/24/UE né le norme nazionali di recepimento erano state ancora approvate, e ciò sulla base dei principi elaborati dalla giurisprudenza di codesta Corte che si è citata sopra.
Attualmente, nell'ordinamento nazionale, il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani ai sensi della norma sopravvenuta dell'art. 200, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 è gestito dalle Regioni, che vi procedono individuando ambiti territoriali ottimali ed hanno potestà legislativa integrativa al riguardo.
Ciò posto, l'art. 12 della direttiva 2014/24/UE è stato recepito quasi alla lettera dall'art. 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ma come si è detto si tratta di una norma soltanto ricognitiva di un istituto già esistente la possibilità per gli enti locali di affidare il servizio costituendo a tale scopo una società di capitali a partecipazione pubblica era pacificamente ammessa sulla base dei principi, dato che gli enti locali stessi sono nell'ordinamento nazionale persone giuridiche con piena capacità, e quindi titolari anche della capacità di costituire enti del tipo descritto.
Attualmente, dispone in modo espresso il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, che in particolare all'art. 2, comma 1, lett. c) e d), definisce il controllo analogo e il controllo analogo congiunto di cui si è detto in termini conformi a quanto previsto dall'art. 12 della direttiva 2014/24/UE. Anche in questo caso, però, si tratta di norme ricognitive, e non innovative.

Il fenomeno delle partecipazioni sociali da parte di enti pubblici è stato di recente disciplinato dal legislatore nazionale, essenzialmente allo scopo di contenere la spesa pubblica, nel senso di imporne una riorganizzazione e quindi di limitarlo. In particolare, i citati commi 611 e 612 dell'art. 1, l. 23 dicembre 2014, n. 190 prevedono che gli enti locali svolgano "un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse" entro un dato termine, tenendo conto di una serie di criteri indicati in modo espresso, uno dei quali è la "aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica".

4. Organismo di diritto pubblico.

La sez. V, con sentenza 7 febbraio 2020, n. 964 ha affermato che CDP Investimenti SGR s.p.a., costituita il 24 febbraio 2009 da Cassa depositi e prestiti (che ha natura di organismo di diritto pubblico), che detiene il capitale nella misura maggioritaria del 70%, e da ACRI e ABI, ha natura di organismo di diritto pubblico possedendo i requisiti cumulativamente richiesti dall'art. 3, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016.

Ha preliminarmente ricordato la Sezione che ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016, i requisiti dell'organismo di diritto pubblico cumulativamente richiesti sono: a) che sia istituto per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale (c.d. requisito teleologico), requisito che ricorre se l'organismo è stato costituito da un soggetto pubblico appartenente al perimetro allargato della pubblica amministrazione, per dare esecuzione ad un servizio che è necessario perché è strettamente connesso alla finalità pubblica di quest'ultimo; b) che sia dotato di personalità giuridica (c.d. requisito personalistico); c) che l'attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismo di diritto pubblico oppure la gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure l'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico

Ha chiarito la Sezione che tendenza della giurisprudenza a identificare il requisito teleologico attraverso indici presuntivi, porta di volta in volta a semplificare l'attività interpretativa. Nondimeno comporta il rischio ultimo della progressiva creazione giurisprudenziale di una figura che in realtà finisce per risultare diversa da quella direttamente emergente dal dato normativo.

Occorre, dunque, non discostarsi dal dato normativo.

Per l'art. 3, comma 1, lett. d), del Codice dei contratti pubblici, il requisito teologico è presente se l'organismo è "istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale".

La Sezione ha quindi affermato che, con l'evidenziare il dato dell'istituzione unitariamente alle finalità, la disposizione pone anzitutto l'accento sulle ragioni istitutive del soggetto.

Ricorre, dunque, il requisito teleologico se l'organismo è stato costituito da un soggetto pubblico appartenente al perimetro allargato della pubblica amministrazione, per dare

esecuzione ad un servizio che è necessario perché è strettamente connesso alla finalità pubblica di quest'ultimo (cfr. Cass. civ., SS.UU., 28 marzo 2019, n. 8673 sullo scopo per il quale è istituito l'ente e la natura essenziale del servizio rispetto alla realizzazione della funzione pubblica di carattere generale cui è istituzionalmente chiamato l'ente controllante

La caratterizzazione data dai compiti assegnati all'organismo, che sono a base della sua istituzione, risulta per volontà della norma preminente sulle modalità con le quali poi l'attività viene svolta.

Infatti, mentre i primi (i compiti, cioè) sono alla base della nuova modalità organizzativa scelta per perseguire finalità amministrative di interesse generale, dunque concretizzano un particolare modo di autoorganizzarsi della pubblica amministrazione in riferimento al perseguimento di finalità che comunque le appartengono, le seconde riflettono il modo di porsi dell'organismo in rapporto al mercato (tale per cui l'organismo sarebbe esonerato dal rispetto delle regole di legge che garantiscono il mercato nei propri contratti - il Codice dei contratti pubblici -, se si pone in atteggiamento imprenditoriale verso i terzi suoi competitori: come dire che se agisce paritariamente in un mercato competitivo, non gli è dalla legge imposto il rispetto del mercato nel contrarre, come invece alle pubbliche amministrazioni).

Ma le modalità con le quali l'attività viene svolta cedono rispetto ai compiti assegnati perché le prime: a) non sono espressamente citate dalle disposizioni, neppure quelle eurounitarie; b) sono in realtà inidonee a differenziare con chiarezza l'azione pubblica da quella di un operatore economico privato; c) sono potenzialmente mutevoli nel tempo, perché non si può escludere che de facto un'attività originariamente non remunerativa lo divenga nel tempo; e viceversa, perda, per l'andamento dei mercati – il cui grado di concorrenzialità buon ben variare -, tale effettiva capacità: sicché si tratta di un indicatore in realtà instabile perché soggetto a contingenti circostanze esterne, dunque non preciso e dirimente.

D'altronde, si può notare che il caso presenta più di un'analogia di sistema, in termini di articolazione dell'attività operativa di una figura pubblicistica, con quello in cui un ente pubblico si serve di un soggetto formalmente privato per realizzare propri compiti istituzionali; come avviene col mezzo di una società *in house*, dove la società è *longa manus* dell'ente pubblico affidante secondo un modello di organizzazione interno, articolato nel modo stimato più adatto per giungere a operare. Se l'affidamento del servizio al soggetto così creato è sottratto alle regole dell'evidenza pubblica, nondimeno l'affidamento di opere o servizi che poi con quel mezzo si intenda fare a terzi privati non può che esservi sottoposto.

5. Enti locali.

Molte le sentenze che hanno affrontato diverse questioni relative agli enti locali.

5.1. Approvazione del bilancio e natura ordinatoria del relativo termine.

La sentenza 3 luglio 2020, n. 4288 della sez. III ha affrontato la questione relativa alla natura del termine previsto per l'approvazione del bilancio dall'art. 141, comma 2, t.u. 18 agosto 2000, n. 267, affermandone il carattere ordinatorio.
Ha chiarito la Sezione che l'art. 141, comma 2, t.u. n. 267 del 2000 - applicabile in virtù del richiamo di cui al successivo art. 227, comma 2 *bis* - ha previsto che "... quando il Consiglio non abbia approvato nei termini di legge lo schema di bilancio predisposto dalla Giunta, l'organo regionale di controllo assegna al Consiglio, con lettera notificata ai singoli consiglieri, un termine non superiore a 20 giorni per la sua approvazione, decorso il quale si sostituisce, mediante apposito commissario, all'amministrazione inadempiente. Del provvedimento sostitutivo è data comunicazione al prefetto che inizia la procedura per lo scioglimento del Consiglio". La norma è stata interpretata (Cons. St., sez. V, 25 ottobre 2017, n. 4917) nel senso di introdurre un termine acceleratorio, che non è assistito da alcuna qualificazione di perentorietà. É infatti perentorio solo il termine espressamente indicato come tale da una previsione normativa. La legge non collega all'inosservanza del termine ordinario di cui all'art. 175, comma 3, alcuna immediata e concreta conseguenza dissolutoria, ma la semplice apertura di un procedimento sollecitatorio, che può bensì condurre all'adozione della grave misura dello scioglimento dell'organo, ma il cui presupposto non è la mera inosservanza del termine suddetto bensì la constata inadempienza ad una intimazione puntuale e ultimativa dell'organo competente, che attesta l'impossibilità, o la volontà del Consiglio di non approvare il bilancio.

5.2. Scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazione mafiosa.
Con sentenza 24 giugno 2020, n. 4074 la sez. III ha pronunciato in tema di scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazione mafiosa chiarendo che esso non ha finalità repressive nei confronti di singoli, ma di salvaguardia dell'amministrazione pubblica di fronte alla pressione e all'influenza della criminalità organizzata; trovano, quindi, giustificazione i margini, particolarmente ampi, della potestà di apprezzamento di cui fruisce l'Amministrazione e la possibilità di dare peso anche a situazioni non traducibili in addebiti personali, ma tali da rendere plausibile, nella concreta realtà contingente e in base ai dati dell'esperienza, l'ipotesi di una possibile soggezione degli amministratori alla criminalità organizzata, quali i vincoli di parentela o di affinità, i rapporti di amicizia o di affari, le notorie frequentazioni, ecc.. Ha chiarito la Sezione che la misura dello scioglimento risponde ad un'esigenza di prevenzione anticipata di fronte alla minaccia della criminalità organizzata e si connota quale misura di carattere straordinario per fronteggiare un'emergenza straordinaria; di conseguenza, sono giustificati margini ampi nella potestà di apprezzamento dell'Amministrazione nel valutare gli elementi su collegamenti diretti o indiretti, non traducibili in singoli addebiti personali, ma tali da rendere plausibile il condizionamento degli amministratori, anche quando il valore indiziario dei dati non è sufficiente per l'avvio dell'azione penale, essendo assi portanti della valutazione di scioglimento, da un lato, l'accertata o notoria diffusione sul territorio della criminalità organizzata e, dall'altro, le precarie condizioni di funzionalità dell'ente in con-

seguenza del condizionamento criminale. L'art. 143, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 delinea, in sintesi, un modello di valutazione prognostica in funzione di un deciso avanzamento del livello istituzionale di prevenzione, con riguardo ad un evento di pericolo per l'ordine pubblico quale desumibile dal complesso degli effetti derivanti dai "collegamenti" o dalle "forme di condizionamento" in termini di compromissione della "libera determinazione degli organi elettivi, del "buon andamento delle amministrazioni", nonché del "regolare funzionamento dei servizi", ovvero in termini di "grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica": perciò, anche per "situazioni che non rivelino né lascino presumere l'intenzione degli amministratori di assecondare gli interessi della criminalità organizzata", giacché, in tal caso, sussisterebbero i presupposti per l'avvio dell'azione penale o, almeno, per l'applicazione delle misure di prevenzione a carico degli amministratori, mentre la scelta del legislatore è stata quella di non subordinare lo scioglimento del consiglio comunale né a tali circostanze né al compimento di specifiche illegittimità.

Ha ancora chiarito la Sezione che, rispetto alla pur riscontrata commissione di atti illegittimi da parte dell'Amministrazione, è necessario un *quid pluris*, consistente in una condotta, attiva od omissiva, condizionata dalla criminalità anche in quanto subita, riscontrata dall'Amministrazione competente con discrezionalità ampia, ma non disancorata da situazioni di fatto suffragate da obiettive risultanze che diano attendibilità alle ipotesi di collusione, così da rendere pregiudizievole, per i legittimi interessi della comunità locale, il permanere alla sua guida degli organi elettivi. Ciò in quanto l'art. 143 t.u.e.l. precisa le caratteristiche di obiettività delle risultanze da identificare, richiedendo che esse siano concrete, e perciò fattuali, univoche, ovvero non di ambivalente interpretazione, rilevanti, in quanto significative di forme di condizionamento.

Peraltro, proprio la straordinarietà di tale misura e la sua fondamentale funzione di contrasto alla ormai capillare diffusione della criminalità mafiosa sull'intero territorio nazionale portano a ritenere che la modifica normativa al Testo unico degli Enti locali, per la quale gli elementi fondanti i provvedimenti di scioglimento devono essere 'concreti, univoci e rilevanti', non implica la regressione della *ratio* sottesa alla disposizione, poiché la finalità perseguita dal legislatore è rimasta quella di offrire uno strumento di tutela avanzata, in particolari situazioni ambientali, nei confronti del controllo e dell'ingerenza delle organizzazioni criminali sull'azione amministrativa degli enti locali, in presenza anche di situazioni estranee all'area propria dell'intervento penalistico o preventivo. Ciò nell'evidente consapevolezza della scarsa percepibilità, in tempi brevi, delle varie concrete forme di connessione o di contiguità e, dunque, di condizionamento fra le organizzazioni criminali e la sfera pubblica e nella necessità di evitare, con immediatezza, che l'amministrazione dell'ente locale rimanga permeabile all'influenza della criminalità organizzata. L'operazione in cui consiste l'apprezzamento giudiziale delle collusioni e dei condizionamenti non può essere effettuata mediante l'estrapolazione di singoli fatti ed episodi, al fine di contestare l'esistenza di taluni di essi ovvero di sminuire il rilievo di altri in sede di verifica del giudizio conclusivo sull'operato consiliare; ciò in quanto, in presenza di un fenomeno di criminalità organizzata diffuso nel territorio interessato dalla misura di cui si discute, gli elementi posti a conferma di collusioni, collegamenti e

condizionamenti vanno considerati nel loro insieme, e non atomisticamente, poiché solo dal loro esame complessivo può ricavarsi la ragionevolezza della ricostruzione di una situazione identificabile come presupposto per l'adozione della misura stessa. Peraltro, idonee a costituire presupposto per lo scioglimento dell'organo comunale sono anche situazioni che, di per sé, non rivelino direttamente, né lascino presumere l'intenzione degli amministratori di assecondare gli interessi della criminalità organizzata. In sostanza, il provvedimento di scioglimento degli organi comunali deve essere la risultante di una ponderazione comparativa tra valori costituzionali parimenti garantiti, quali l'espressione della volontà popolare, da un lato, e, dall'altro, la tutela dei principi di libertà, uguaglianza nella partecipazione alla vita civile, nonché di imparzialità, di buon andamento e di regolare svolgimento dell'attività amministrativa, rafforzando le garanzie offerte dall'ordinamento a tutela delle autonomie locali. Il livello istituzionale degli organi competenti ad adottare tale provvedimento (il provvedimento è disposto con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno, formulata con apposita relazione di cui forma parte integrante quella inizialmente elaborata dal prefetto) garantisce l'apprezzamento del merito e la ponderazione degli interessi coinvolti. La giurisprudenza del Consiglio di Stato è andata oltre, osservando che nel provvedimento di scioglimento non vi è contrapposizione, ma sostanziale identità di tutela tra diritto costituzionale di elettorato e lotta alla criminalità proprio perché la norma, che legittima lo scioglimento dei consigli, lo condiziona al presupposto dell'emersione, da un'approfondita istruttoria, di forme di pressione della criminalità che non consentono il libero esercizio del mandato elettivo.
Tutto quanto sopra chiarito spiega perché, nell'ipotesi di scioglimento del consiglio comunale per infiltrazioni mafiose, l'Amministrazione gode di ampia discrezionalità, considerato che non si richiede né che la commissione di reati da parte degli amministratori, né che i collegamenti tra l'amministrazione e le organizzazioni criminali risultino da prove inconfutabili, dimostrandosi sufficienti elementi univoci e coerenti volti a far ritenere un collegamento tra l'Amministrazione e i gruppi criminali. Il sindacato del giudice amministrativo sulla ricostruzione dei fatti e sulle implicazioni desunte dagli stessi non può quindi spingersi oltre il riscontro della correttezza logica e del non travisamento dei fatti, essendo rimesso il loro apprezzamento alla più ampia discrezionalità dell'autorità amministrativa. Il controllo sulla legittimità dei provvedimenti adottati si caratterizza come estrinseco, nei limiti del vizio di eccesso di potere quanto all'adeguatezza dell'istruttoria, alla ragionevolezza del momento valutativo, nonché alla congruità e proporzionalità rispetto al fine perseguito. In sede giurisdizionale non è dunque necessario, come si è detto, un puntiglioso e cavilloso accertamento di ogni singolo episodio, più o meno in sé rivelatore della volontà degli amministratori di assecondare gli interessi della criminalità organizzata, né delle responsabilità personali, anche penali, di questi ultimi.

La sez. III (sentenza 14 maggio 2020, n. 3067) ha anche chiarito che ai fini dello scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazione mafiosa gli elementi soggettivi – e cioè i collegamenti diretti o indiretti degli amministratori locali con le associazioni ma-

fiose – e quelli oggettivi – sul piano del corretto svolgimento delle funzioni amministrative – vanno valutati complessivamente e non atomisticamente, secondo una logica probabilistica, tipica del diritto della prevenzione. La stessa giurisprudenza amministrativa, nell'affermare la necessità che entrambi gli elementi – soggettivo e oggettivo – coesistano, ben avverte che lo sforzo ricostruttivo della loro intima connessione sistematica è ancora più necessario nel caso di piccole comunità, che per dimensione, coesione interna e eventuale chiusura o limitata apertura verso l'esterno, offrono elementi di difficile reperimento e, ove raccolti, di incerta o difficile decifrazione, con un costante e concreto aggancio ad elementi rilevanti ed univoci che, pur non assurgendo al rango di prova, contribuiscono ad indicare un percorso di ragionevolezza valutativa e di proporzionalità ed adeguatezza della misura adottata.

6. Elezioni.

Molte le sentenze di interesse pronunciate in materia elettorale.

6.1. Soggetti legittimati a presentare le liste per le elezioni comunali e scelta dei candidati da includere.

La sentenza 1° settembre 2020, n. 5346 della sez. III ha chiarito che in materia di presentazione delle liste per le elezioni comunali, l'art. 32 del Testo unico delle leggi per la composizione e la elezione degli organi delle Amministrazioni comunali, approvato con d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570, prevede che la lista sia presentata dai sottoscrittori (dunque, non dai partiti o movimenti politici), e non assegna pertanto una soggettività giuridica prevalente ai partiti politici, ma individua nell'insieme degli elettori che sottoscrivono la lista, e nel candidato che può accettare o meno la designazione, i soggetti giuridici titolari di poteri e soggetti ad oneri.

Ha aggiunto che la scelta di includere in lista un candidato è di natura politica, ma una volta che sia stata sottoposta alla sottoscrizione dei cittadini elettori essa produce l'effetto giuridico di stabilire la condizione legittimante prevista dall'ordinamento in merito alla presentazione della lista; ne consegue che l'incongruenza tra la lista dei candidati riportata nell'atto principale e quelle riportate negli atti separati di sottoscrizione vizia la presentazione della lista, perché impedisce di attribuire ai sottoscrittori della lista l'univoca volontà di sostenere la lista, nella sua composizione definitiva, in quanto l'art. 32, d.P.R. n. 570 pone un nesso di legittimazione che investe non soltanto l'astratta entità oggettiva, ma piuttosto la sua concreta composizione soggettiva. Ferma restando la possibilità – a tutela della incoercibile volontà del singolo - che il candidato non accetti la candidatura (o, il che è lo stesso, che volontariamente rinunci alla stessa), la disposizione in parola pone dunque un nesso di legittimazione che investe non soltanto l'astratta entità oggettiva, ma piuttosto la sua concreta composizione soggettiva.

6.2. Principio di necessaria alterità tra i sottoscrittori della lista elettorale e i candidati alle elezioni comunali.

Con sentenza 28 agosto 2020, n. 5292 la sez. III è stato affermato che per le elezioni comunali non può dirsi immanente nell'ordinamento il principio di necessaria alterità

tra i sottoscrittori della lista elettorale ed i candidati della stessa, prevedendo sia l'art. 28, d.P.R. n. 570 del 1960 (in parte abrogato), sia l'art. 3, l. n. 81 del 1993 (che lo ha sostituito), quale qualità soggettiva che deve essere posseduta dal sottoscrittore quella di "elettore", senza ulteriori specificazioni. Sulla scorta di un canone interpretativo di tipo testuale, rilevante in una materia come quella elettorale, in cui le limitazioni dell'elettorato passivo devono intendersi giocoforza in senso tassativo, le disposizioni statali che regolano le elezioni dei Consigli comunali non enunciano, infatti, il principio di alterità tra i sottoscrittori della lista elettorale ed i candidati della stessa. Anche alla stregua del criterio teleologico, attento alla *ratio* della disciplina da interpretare, il principio di necessaria diversità soggettiva tra sottoscrittori della lista e candidati della medesima non può essere ricostruito in via interpretativa valorizzando l'esigenza (certo sottesa alla disciplina che regola il segmento preparatorio del procedimento elettorale) di assicurare un'adeguata rappresentatività delle liste di candidati e sostenendo che la stessa finirebbe per essere neutralizzata se a sottoscrivere le liste fossero ammessi, sempre se elettori, gli stessi candidati inclusi nelle liste stesse.
I candidati, qualora siano anche elettori del Comune nel quale si svolge la competizione elettorale, ben possono concorrere, con la sottoscrizione della dichiarazione di presentazione della lista, a costituire quella base minima di rappresentatività che la disciplina di settore sostanzialmente pretende nel prescrivere un numero minimo di sottoscrizioni ad opera di "elettori". L'interpretazione volta a precludere la sottoscrizione al candidato, anche quando "elettore", reca con sé il rischio di effetti paralizzanti o comunque di forte limitazione in casi di Comuni di piccole dimensioni con un corpo elettorale molto ristretto (di poco superiore a 1000), ove potrebbero manifestarsi conseguenti difficoltà (soprattutto per i nuovi attori politici) nel provvedere alla raccolta delle firme.

6.3. Modalità di presentazione delle liste per le elezioni regionali in Sardegna, alternativa alla raccolta di sottoscrizioni.

Con sentenza 6 aprile 2020, n. 2305 la sez. III, con riferimento alle elezioni regionali in Sardegna ha affermato che l'art. 21, comma 3, l. reg. Sardegna 12 novembre 2013, n. 1 - che stabilisce che una delle modalità di presentazione delle liste per le elezioni regionali, alternativa alla raccolta di sottoscrizioni, è data dall'adesione di almeno un consigliere regionale in carica alla data di indizione dei comizi elettorali - deve essere interpretato nel senso che esso non richiede alcun requisito di ultrattività (degli effetti) della dichiarazione di adesione, come non richiede neppure identità di appartenenza politica fra l'aderente e la lista, posto che il dato normativo che rileva è unicamente quello del collegamento fra presenza nel consiglio uscente e volontà di supportare la lista medesima: sicché è inammissibile una interpretazione additiva consistente nel subordinare la validità del requisito all'adesione "dinamica" alla lista medesima da parte del sottoscrittore, che peraltro esporrebbe la validità della partecipazione alla competizione elettorale ad eventi futuri ed incerti connessi al personale percorso politico dell'aderente. Ha chiarito la Sezione che per valutazione discrezionale del legislatore regionale la descritta modalità di presentazione della lista è rappresentativa dell'esistenza di un apprezzabile e significativo legame, comunque sufficiente a legittimare la partecipazione alla competizione

elettorale, fra la lista, e la struttura o area politica di riferimento, e la società civile: tale valutazione degli indici di rappresentatività non è irragionevole, e come tale rientra nei margini di discrezionalità che la Costituzione riconosce al legislatore in materia.
La Sezione ha aggiunto che l'art. 18 della stessa l. reg. Sardegna n. 1 del 2013, espressiva del cosiddetto principio di territorialità, garantisce ad ogni circoscrizione elettorale l'attribuzione di almeno un seggio, e che prevede che venga attribuito un seggio al candidato più votato della lista circoscrizionale che ha la maggiore cifra tra quelle ammesse all'attribuzione dei seggi, con corrispondente detrazione dell'ultimo seggio attribuito al medesimo gruppo di liste nelle altre circoscrizioni, deve essere interpretato nel senso che esso si prefigge di garantire almeno un seggio ad ogni circoscrizione, e non già di garantire un seggio alla singola lista in ogni circoscrizione, in ossequio appunto al principio di rappresentatività territoriale, senza che tale esegesi presenti possibili profili di illegittimità costituzionale. La Sezione ha escluso che possano trarsi argomenti di segno contrario dalla sentenza della Corte costituzionale n. 35 del 9 febbraio 2017: sia perché relativa all'elezione del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati (con individuazioni di parametri di costituzionalità relativi alla "forma di governo parlamentare disegnata dalla Costituzione", ed evidentemente non esportabili); sia perché concernente il diverso tema del premio di maggioranza e delle soglie di sbarramento; sia, infine, perché essa specifica come "questa Corte ha sempre riconosciuto al legislatore un'ampia discrezionalità nella scelta del sistema elettorale che ritenga più idoneo in relazione al contesto storico-politico in cui tale sistema è destinato ad operare, riservandosi una possibilità di intervento limitata ai casi nei quali la disciplina introdotta risulti manifestamente irragionevole".

6.4. Sistema della c.d. scheda ballerina.
Il C.g.a., con sentenza 3 giugno 2020, n. 403 ha affermato che non possono essere annullate le operazioni elettorali per presunto ricorso al sistema della c.d. scheda ballerina ove la reale esistenza di irregolarità sostanziali nelle operazioni di voto oltre a essere meramente congetturale, in quanto non suffragata da indici oggettivi e riscontri esterni di un eventuale deficit di libertà e genuinità nell'espressione del voto (le cui operazioni si svolgono, peraltro, sotto un diffuso controllo sociale), è contraddetta da interpretazioni alternative delle risultanze elettorali.
Ha ricordato il C.g.a. che la regola fondamentale nella materia elettorale è quella del rispetto della volontà dell'elettore e dell'attribuzione, fin tanto che si possa, di significato alla consultazione elettorale, che pertanto le regole formali contenute nella normativa e nelle istruzioni ministeriali sono strumentali, e la loro violazione è significativa soltanto se dimostra una sostanziale inattendibilità del risultato finale. Invero, il principio di strumentalità delle forme nel procedimento elettorale, coniugato con i generali principi di conservazione dell'atto, comporta l'applicazione dell'istituto dell'illegittimità non invalidante nel procedimento elettorale, in cui ha preminente rilievo l'interesse alla stabilità del risultato elettorale. Onde è che, in applicazione dei canoni della strumentalità delle forme e del *favor* voti, nelle operazioni elettorali vanno quindi considerate irrilevanti le

mere irregolarità, ossia quelle inesattezze della procedura rispetto alla disciplina normativa che tuttavia non incidono sulla sincera e libera espressione del voto, in quanto rispetto a tali inesattezze deve prevalere l'esigenza di preservare la volontà espressa dal corpo elettorale, senza che possa bastare, in contrario, addurre vagamente che le schede mancanti "potrebbero" essere state utilizzate per "voti di scambio". Pertanto, il semplice sospetto dell'utilizzo di un sistema fraudolento, se non corroborato da specifici elementi oggettivi non raggiunge la soglia contenutistica necessaria per sostanziare una censura meritevole di un esame giurisdizionale. E, proprio con riguardo al sistema delle c.d. schede ballerine, è stato confermato, appunto, che il solo sospetto di un utilizzo fraudolento delle schede rinvenute, in assenza di riscontri oggettivi, costituisce censura generica inidonea ad entrare nel processo. Anche in un caso in cui si era rivelato impossibile chiarire quale sorte abbia avuto il notevole numero di schede che risultano consegnate alle sezioni e non utilizzate, è stato quindi affermato che tale circostanza avrebbe potuto portare all'annullamento delle operazioni elettorali solo ove fosse stata dimostrata la sua concreta incidenza sul risultato elettorale, non essendo sufficiente un mero dubbio. È palese, infatti, che la volontà espressa dagli elettori può essere sovvertita laddove si riscontrino positivi elementi circa l'irregolarità della sua ricostruzione da parte delle sezioni elettorali, in mancanza dei quali la volontà popolare deve essere rispettata. Analogamente, in assenza di particolari indizi di inquinamento del voto municipale è stato ritenuto che la scomparsa di un numero limitato di schede (nella specie due, del che lo stesso verbale sezionale dà atto), essendo certamente compatibile con il possibile prodursi di comuni, innocue - per quanto non commendevoli - distrazioni individuali o disfunzioni burocratiche, non può assurgere a causa di invalidità *ex se* delle operazioni, ma può inficiare queste ultime solo se in grado di incidere effettivamente sullo scarto di preferenze registrato tra i due contendenti alla nomina a Sindaco. Ferma restando, dunque, la potenziale rilevanza di un dato come quello della non coincidenza tra il numero delle schede autenticate e la somma di quelle votate e autenticate non utilizzate, è stato affermato che, per potersi effettivamente giustificare in casi siffatti un'invalidazione dell'elezione, occorre che il detto difetto di coincidenza si accompagni ad altre irregolarità che facevano supporre un comportamento illecito delle commissioni elettorali, o, quantomeno, si collocava in un contesto nel quale l'irregolarità non trovava altra plausibile spiegazione che quella, appunto, della pratica della c.d. scheda ballerina, ossia il meccanismo del far uscire illecitamente dal seggio una scheda elettorale vidimata ma non votata per farla poi di volta in volta utilizzare, dai singoli elettori, al posto delle schede in bianco loro consegnatale dal seggio, al fine di guidarne il voto. E parimenti si è detto, dinanzi agli analoghi casi di una erronea oppure mancante verbalizzazione del numero di schede autenticate e non utilizzate, che ai fini di un'invalidazione fosse necessario quantomeno un principio di prova che la relativa carenza avesse anche comportato (o fosse l'indice rivelatore di) una effettiva irregolarità delle operazioni elettorali che hanno visto la lista avversaria riportare un numero maggiore di voti.
Fatta questa premessa il C.g.a. ha ricordato che il personale assegnato ai seggi elettorali – presidenti e scrutatori - non svolge le relative funzioni in via continuativa e professionale, ma solo -e nella migliore delle ipotesi- del tutto episodicamente. In più, le esigenze

proprie del procedimento elettorale lo costringono a un impegno intensivo lungo un consistente arco di tempo continuativo, e questo, sovente, sotto una certa pressione, e senza la possibilità di pause di riflessione o momenti di approfondimento dinanzi alle difficoltà che possano insorgere.
D'altro canto, la normativa della materia ha sicuramente un certo grado di complessità, che le istruzioni ministeriali non potrebbero eliminare. Gli oneri di verbalizzazione sono, inoltre, cospicui, e non sempre, né per chiunque, può essere chiara l'utilità delle molteplici indicazioni che figurano di volta in volta prescritte. In un contesto simile, dopo ogni appuntamento elettorale un successivo controllo sistematico potrebbe, perciò, frequentemente far emergere la presenza nei verbali di omissioni di singoli dati, o l'esistenza, come in alcune delle sezioni appena viste, di minime divergenze numeriche (dove, per quanto esposto, la presenza di occasionali ed esigue discrepanze nella ricognizione di dati può invece essere considerata tutto sommato fisiologica).
Orbene, se davvero bastassero irregolarità di tal fatta a inficiare la validità delle operazioni elettorali, pressoché qualsiasi consultazione sarebbe condannata in partenza al serio rischio di una vanificazione dei suoi effetti, con le conseguenze esiziali di un enorme dispendio di tempi e mezzi, e di gravi pregiudizi per la continuità amministrativa degli enti e, soprattutto, per la credibilità dei poteri pubblici. Gli adempimenti formali di cui si tratta, tuttavia, costituiscono un mezzo, e non un fine: il che conduce a restare doverosamente aderenti alla radicata elaborazione giurisprudenziale nota come canone della strumentalità delle forme, e, pertanto, a muovere da un principio di rispetto per la volontà popolare che ha trovato espressione attraverso la singola consultazione che viene posta *sub iudice*.

7. Sicurezza pubblica.

7.1. Informativa antimafia.

La sez. III del Consiglio di Stato si è occupata dell'istituto dell'informativa antimafia approfondendo i diversi profili.

In ordine all'Autorità competente ad adottare l'informativa antimafia la sez. III, con sentenza 13 maggio 2020, n. 3030, ha giudicato illegittima l'interdittiva adottata da una Prefettura diversa da quella dove ha la sede legale la società destinataria della interdittiva. Ha ricordato la Sezione che l'art. 90, comma 2, d.lgs. d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 prevede che "Nei casi di cui all'art. 92, commi 2 e 3, l'informazione antimafia è rilasciata dal Prefetto della provincia in cui le persone fisiche, le imprese, le associazioni o i consorzi risiedono o hanno la sede legale" ovvero, per le società con sede all'estero ex art. 2508 c.c., dal Prefetto della provincia in cui è stabilita una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato. La norma, al fine di individuare il Prefetto competente ad adottare l'informativa, fa riferimento al luogo in cui era la sede legale della società al momento dell'adozione del provvedimento interdittivo e non alla data di avvio del relativo procedimento. Corollario obbligato di tale premessa è che il Prefetto che ha avviato il procedimento e raccolto elementi ritenuti sufficienti a supportare

il provvedimento cautelare, avvedutosi del trasferimento della sede legale in altra Provincia, è tenuto a trasmettere nell'immediatezza gli atti istruttori al Prefetto di tale Provincia, avendo perso la competenza a decidere.
Emerge poi evidente che la sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato è indicata dal legislatore solo con riferimento alla società che ha la sede all'estero ex art. 2508 cod. civ.
Ha peraltro aggiunto la Sezione che il Prefetto, raccolti gli elementi indiziari di inquinamento mafioso, deve verificare dal Registro delle imprese la permanenza della sede legale della società nella città e, accertatone il trasferimento, avesse subito trasmesso alla Prefettura, divenuta ex lege competente, l'intera istruttoria.
Tale *modus operandi* si rende necessario ove si consideri che sempre più spesso le associazioni a delinquere di stampo mafioso fanno ricorso a tecniche volte a paralizzare il potere prefettizio di adottare misure cautelari (Cons St., sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854). Di fronte al "pericolo" dell'imminente informazione antimafia di cui abbiano avuto in quale modo notizia o sentore, reagiscono mutando sede legale, assetti societari, intestazioni di quote e di azioni, cariche sociali, soggetti prestanome, cercando comunque di controllare i soggetti economici che fungono da schermo, anche grazie alla distinta e rinnovata personalità giuridica, nei rapporti con le pubbliche amministrazioni.
Proprio la natura del provvedimento, finalizzato ad interdire in via preventiva, immediatamente, qualsiasi rapporto pubblicistico con il soggetto "inquinato" dai legami con la mafia, il contesto in cui nasce, costituito solitamente da complesse indagini di polizia giudiziaria contro le consorterie mafiose o da atti dei processi penali che ne seguono, rende indispensabile un continuo coordinamento tra le sedi della Prefettura perché non vadano disperse le lunghe indagini effettuate da una Prefettura, che la consorteria mafiosa cerca abilmente di paralizzare.
Ciò soprattutto nel caso – come quello di specie – in cui evidenti sono gli indizi che supportavano la misura interdittiva, adottata a tutela di diritti aventi rango costituzionale, come quello della libera iniziativa imprenditoriale (art. 41 Cost.), nel necessario, ovvio, bilanciamento con l'altrettanto irrinunciabile, vitale, interesse dello Stato a contrastare l'insidia delle mafie. Come più volte ribadito dalla Sezione (5 settembre 2019, n. 6105), la libertà "dalla paura", obiettivo al quale devono tendere gli Stati democratici, si realizza però anche, e in parte rilevante, smantellando le reti e le gabbie che le mafie costruiscono, a scapito dei cittadini, delle imprese e talora anche degli organi elettivi delle amministrazioni locali, imponendo la legge del potere criminale sul potere democratico – garantito e, insieme, incarnato dalla legge dello Stato – per perseguire fini illeciti e conseguire illeciti profitti

Quanto ai limiti alla partecipazione procedimentale sull'informazione antimafia, la stessa sez. III (6 maggio 2020, n. 2854) ha affermato che nel procedimento finalizzato all'emissione dell'informazione antimafia conosce una interlocuzione solo eventuale, prevista dall'art. 93, comma 7, d.lgs. n. 159 del 2011, secondo cui il Prefetto competente al rila-

scio dell'informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite, invita in sede di audizione personale i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione utile.
Ha chiarito la sentenza – richiamando un proprio precedente in merito (Cons. St., sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820) – che l'audizione del soggetto interessato e l'invito a fornire informazioni o documenti presuppongono una valutazione discrezionale dell'autorità preposta alla tutela della sicurezza pubblica in ordine all'utilità di detto contraddittorio procedimentale in seno ad un procedimento informato da speditezza, riservatezza ed urgenza, per evidenti ragioni di ordine pubblico, e finalizzato, per espressa previsione legislativa (art. 84, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011), a prevenire eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o delle imprese.
La conoscenza dell'imminente o probabile adozione di un provvedimento antimafia, acquisita in sede procedimentale, potrebbe frustrare l'interesse pubblico sotteso all'adozione del provvedimento antimafia, in quanto le associazioni mafiose sono ben capaci di ricorrere a tecniche elusive delle norme in materia che, non a caso, prevedono come indicative di infiltrazioni mafiose anche, ad esempio, le sostituzioni degli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, "con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia" (art. 84, comma 4, lett. f), d.lgs. n. 159 del 2011).
Si tratta di tecniche frequenti nella prassi e ben note all'esperienza giurisprudenziale dello stesso Consiglio di Stato, il quale riscontra forme sempre nuove con le quali le associazioni a delinquere di stampo mafioso, di fronte al "pericolo" dell'imminente informazione antimafia di cui abbiano avuto notizia, reagiscono mutando assetti societari, intestazioni di quote e di azioni, cariche sociali, soggetti prestanome, ma cercando di controllare comunque i soggetti economici che fungono da schermo, anche grazie alla distinta e rinnovata personalità giuridica, nei rapporti con le pubbliche amministrazioni.
Per questo il Codice antimafia, senza escludere *a priori* e del tutto la partecipazione procedimentale (del resto ammessa per gli analoghi provvedimenti di iscrizione nella c.d. *white list*, emessi, però, su richiesta di parte ai sensi dell'art. 1, comma 52, l. n. 190 del 2012), ne rimette, con l'art. 93, comma 7, d.lgs. n. 159 del 2011, la prudente ammissione alla valutazione dell'autorità preposta all'emissione del provvedimento interdittivo in termini di utilità rispetto al fine pubblico perseguito.
Il principio del giusto procedimento, del resto, non ha una valenza assoluta, ma ammette deroghe limitate ad ipotesi eccezionali dovute alla tutela di interessi superiori afferenti alla tutela dell'ordine pubblico e proporzionate alla necessità del caso che, come si vedrà di seguito, è qui assai grave per l'altissimo pericoloso infiltrativo che connota la società.
Proprio la natura dell'atto in esame, finalizzato ad interdire in via preventiva, immediatamente, qualsiasi rapporto pubblicistico con il soggetto "inquinato" dai legami con la mafia, il contesto in cui nasce, costituito solitamente da complesse indagini di polizia giudiziaria contro le consorterie mafiose o da atti dei processi penali che ne seguono, e

il quadro delle norme in materia – che, come detto, non la escludono del tutto – giustificano l'attenuazione delle garanzie procedimentali, non del tutto assenti, ma appunto modulate sulla specificità della singola vicenda.
L'eventuale sacrificio di queste garanzie procedimentali e dei diritti di difesa, necessario e proporzionato rispetto al fine perseguito, è tuttavia compensato dal successivo sindacato giurisdizionale sull'atto adottato dal Prefetto che, contrariamente a quanto assume parte della dottrina, è pieno ed effettivo, in termini di *full jurisdiction*, anche secondo il diritto convenzionale, perché non solo investe, sul piano della c.d. tassatività sostanziale, l'esistenza di fatti indicatori di eventuale infiltrazione mafiosa, posti dall'autorità prefettizia a base del provvedimento interdittivo, ma sindaca anche, sul piano della c.d. tassatività processuale, la prognosi inferenziale circa la permeabilità mafiosa dell'impresa, nell'accezione, nuova e moderna, di una discrezionalità amministrativa declinata in questa delicata materia sotto l'aspetto del ragionamento probabilistico compiuto dall'Amministrazione.

Con sentenza 10 agosto 2020, n. 4979 la Sezione ha aggiunto che la Corte di Giustizia UE si è pronunciata di recente sulla questione sollevata dal Tar Bari, in ordine alla carenza di contraddittorio procedimentale in sede antimafia e ha dichiarato, con l'ordinanza del 26 maggio 2020, in C-17/20, la questione manifestamente irricevibile, perché il giudice del rinvio non ha dimostrato l'esistenza di un criterio di collegamento tra il diritto dell'Unione, da un lato, e l'informazione antimafia o la decisione del Comune, in quella vicenda, di revocare la concessione di un terreno utilizzato dalla società ricorrente per lo svolgimento della sua attività economica. Non sfugge che la Corte di Giustizia UE, nel § 28 della propria ordinanza del 26 maggio 2020, ha affermato, con un significativo *obiter dictum*, che il rispetto dei diritti di difesa, quale principio generale del diritto dell'Unione, trova applicazione quando l'Amministrazione intende adottare nei confronti di una persona un atto che le arrechi pregiudizio e che, in forza di tale principio, i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'Amministrazione intende fondare la sua decisione.
La Sezione ha peraltro rilevato che un quantomeno parziale recupero delle garanzie procedimentali, nel rispetto dei diritti di difesa spettanti al soggetto destinatario del provvedimento, sarebbe auspicabile, de iure condendo, in tutte quelle ipotesi in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti, per così dire, delle zone grigie o interstiziali, rispetto alle quali l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe fornire utili elementi a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e fluide, del mondo criminale.
In tutte queste ipotesi dunque, laddove la partecipazione procedimentale non frustri l'urgenza del provvedere e le particolari esigenze di celerità del procedimento – art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241 – per bloccare un grave, incontrollabile o imminente pericolo di infiltrazione mafiosa e, dunque, non ostacoli la ratio stessa dell'informazione antimafia quale strumento di massima tutela preventiva nella lotta contro la mafia, la partecipa-

zione procedimentale, prima di adottare un provvedimento interdittivo, potrebbe e dovrebbe essere ammessa in via generale perché: a) consentirebbe all'impresa di esercitare in sede procedimentale i propri diritti di difesa e di spiegare le ragioni alternative di determinati atti o condotte, ritenuti dalla Prefettura sintomatici di infiltrazione mafiosa, nonché di adottare, eventualmente su proposta e sotto la supervisione della stessa Prefettura, misure di *self cleaning*, che lo stesso legislatore potrebbe introdurre già in sede procedimentale con un'apposita rivisitazione delle misure straordinarie, ad esempio, dall'art. 32, comma 10, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, da ammettersi, ove la situazione lo consenta, prima e al fine di evitare che si adotti la misura più incisiva dell'informazione antimafia; b) consentirebbe allo stesso Prefetto di intervenire con il provvedimento interdittivo quale *extrema ratio* solo a fronte di situazioni gravi, chiare, inequivocabili, non altrimenti giustificabili e giustificate dall'impresa, secondo la logica della probabilità cruciale, di infiltrazione mafiosa, all'esito di una istruttoria più completa, approfondita, meditata, che si rifletta in un apparato motivazionale del provvedimento amministrativo, fondamento e presidio della legalità sostanziale in un ordinamento democratico, che sia il più possibile esaustivo ed argomentato; c) consentirebbe infine al giudice amministrativo di esercitare con maggiore pienezza il proprio sindacato giurisdizionale sugli elementi già valutati dalla Prefettura in sede procedimentale, anche previo approfondimento istruttorio nel contraddittorio con l'impresa, nonché sul conseguente corredo motivazionale del provvedimento prefettizio, e di affinare così ulteriormente, nell'ottica della *full jurisdiction*, i propri poteri cognitori e istruttori in questa delicata materia, crocevia di fondamentali valori costituzionali, eurounitari e convenzionali in gioco.

Tutto ciò, si aggiunga da ultimo ma non per ultimo, potrebbe far ritenere la stessa questione della determinatezza delle situazioni indicative di infiltrazione mafiosa, nell'ottica della c.d. tassatività sostanziale, meno assillante o persino superata perché, per rammentare le parole della Corte di Giustizia UE nella citata ordinanza del 26 maggio 2020 in C-17/20, il soggetto destinatario dell'informazione, già in sede procedimentale, potrebbe acquisire conoscenza e manifestare utilmente il proprio punto di vista "in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione", anche quelli che, per la natura preventiva della misura, hanno un naturale, ineliminabile, margine di elasticità, e correggere così con le opportune misure, ove possibile, comportamenti o prassi che possono avvalorare il rischio di infiltrazione mafiosa.

L'incisività delle misure interdittive, come mostra anche l'aumento dei provvedimenti prefettizi negli ultimi anni, richiede che la lotta della mafia avvenga senza un sacrificio sproporzionato dei diritti di difesa, anzitutto, e della libertà di impresa, perché solo la proporzione è condizione di civiltà dell'azione amministrativa ed evita che la normativa di contrasto all'infiltrazione mafiosa purtroppo endemica nel nostro ordinamento, come ogni altro tipo di legislazione emergenziale, si trasformi in un diritto della paura.

Spetterà alla saggezza del legislatore, anche nell'ottica di un delicato bilanciamento tra i valori in gioco che hanno una rilevanza, ormai, non solo nazionale, valutare simili o altri percorsi normativi, che evitino un sacrificio del diritto di difesa sproporzionato, in talune ipotesi che non siano contrassegnate dall'urgenza e dalle «particolari esigenze di

celerità del procedimento» (le quali, come noto, possono comportare l'omissione delle garanzie partecipative, secondo quanto prevede in generale l'art. 7, l. n. 241 del 1990), rispetto alla pure irrinunciabile, fondamentale, finalità del contrasto preventivo alla mafia.

In ordine ai presupposti per adottare l'informativa antimafia la sentenza 24 aprile 2020, n. 2651 ha chiarito che rilevano anche i soli rapporti di parentela, laddove assumano una intensità tale da far ritenere una conduzione familiare e una "regia collettiva" dell'impresa, nel quadro di usuali metodi mafiosi fondati sulla regia "clanica".
La Sezione ha chiarito che la giurisprudenza consolidata della Sezione (7 febbraio 2018, n. 820) in materia di interdittiva antimafia basata sui soli rapporti di parentela è stata da ultimo avvalorata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 57 del 26 marzo 2020 che, sebbene abbia pronunciato con specifico riferimento alla comunicazione antimafia interdittiva che impinge sull'esercizio di una attività imprenditoriale puramente privatistica, ha ribadito le linee fondanti di tale misura preventiva.
In particolare, in detta occasione il giudice delle leggi è stato chiamato ad esaminare la conformità dell'art. 89-*bis* (e in via conseguenziale dell'art. 92, commi 3 e 4), d.lgs. n. 159 del 2011 per violazione degli artt. 3 e 41 Cost. perché priverebbe un soggetto del diritto, sancito dall'art. 41 Cost., di esercitare l'iniziativa economica, ponendolo nella stessa situazione di colui che risulti destinatario di una misura di prevenzione personale applicata con provvedimento definitivo.
Nel respingere la questione di legittimità costituzionale la Corte – prendendo le mosse da una analisi della giurisprudenza di questa Sezione - ha affermato che il fenomeno mafioso rappresenta un quadro preoccupante non solo per le dimensioni ma anche per le caratteristiche del fenomeno, e in particolare – e in primo luogo − per la sua pericolosità (rilevata anche da questa Corte: sentenza n. 4 del 2018). Difatti la forza intimidatoria del vincolo associativo e la mole ingente di capitali provenienti da attività illecite sono inevitabilmente destinate a tradursi in atti e comportamenti che inquinano e falsano il libero e naturale sviluppo dell'attività economica nei settori infiltrati, con grave vulnus, non solo per la concorrenza, ma per la stessa libertà e dignità umana.
Le modalità, poi, di tale azione criminale non sono meno specifiche, perché esse manifestano una grande "adattabilità alle circostanze": variano, cioè, in relazione alle situazioni e alle problematiche locali, nonché alle modalità di penetrazione, e mutano in funzione delle stesse.
Ha aggiunto la Corte costituzionale che quello che si chiede alle autorità amministrative non è di colpire pratiche e comportamenti direttamente lesivi degli interessi e dei valori prima ricordati, compito naturale dell'autorità giudiziaria, bensì di prevenire tali evenienze, con un costante monitoraggio del fenomeno, la conoscenza delle sue specifiche manifestazioni, la individuazione e valutazione dei relativi sintomi, la rapidità di intervento.

È in questa prospettiva anticipatoria della difesa della legalità che si colloca il provvedimento di informativa antimafia al quale, infatti, è riconosciuta dalla giurisprudenza natura "cautelare e preventiva" (Cons. St., A.P., 6 aprile 2018, n. 3), comportando un giudizio prognostico circa probabili sbocchi illegali della infiltrazione mafiosa.
La Corte costituzionale ha quindi fatto riferimento alle situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale, individuate da questa Sezione. Tra queste: i provvedimenti "sfavorevoli" del giudice penale; le sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice competente su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa; la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d.lgs. n. 159 del 2011; i rapporti di parentela, laddove assumano una intensità tale da far ritenere una conduzione familiare e una "regia collettiva" dell'impresa, nel quadro di usuali metodi mafiosi fondati sulla regia "clanica"; i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa e nella sua gestione, incluse le situazioni in cui la società compie attività di strumentale pubblico sostegno a iniziative, campagne antimafia, antiusura, antiriciclaggio, allo scopo di mostrare un "volto di legalità" idoneo a stornare sospetti o elementi sostanziosi sintomatici della contaminazione mafiosa; la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi "benefici"; l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità.
Proprio con riferimento ai rapporti di parentela tra titolari, soci, amministratori, direttori generali dell'impresa e familiari che siano soggetti affiliati, organici, contigui alle associazioni mafiose la Sezione (7 febbraio 2018, n. 820) aveva chiarito che l'Amministrazione può dare loro rilievo laddove tale rapporto, per la sua natura, intensità o per altre caratteristiche concrete, lasci ritenere, per la logica del "più probabile che non", che l'impresa abbia una conduzione collettiva e una regìa familiare (di diritto o di fatto, alla quale non risultino estranei detti soggetti) ovvero che le decisioni sulla sua attività possano essere influenzate, anche indirettamente, dalla mafia attraverso la famiglia, o da un affiliato alla mafia mediante il contatto con il proprio congiunto. Nei contesti sociali, in cui attecchisce il fenomeno mafioso, all'interno della famiglia si può verificare una "influenza reciproca" di comportamenti e possono sorgere legami di cointeressenza, di solidarietà, di copertura o quanto meno di soggezione o di tolleranza; una tale influenza può essere desunta non dalla considerazione (che sarebbe in sé errata e in contrasto con i principi costituzionali) che il parente di un mafioso sia anch'egli mafioso, ma per la doverosa considerazione, per converso, che la complessa organizzazione della mafia ha una struttura clanica, si fonda e si articola, a livello particellare, sul nucleo fondante della 'famiglia', sicché in una 'famiglia' mafiosa anche il soggetto, che non sia attinto da pregiudizio mafioso, può subire, nolente, l'influenza del 'capofamiglia' e dell'associazione. Hanno dunque rilevanza circostanze obiettive (a titolo meramente esemplificativo, ad es., la convivenza, la cointeressenza di interessi economici, il coinvolgimento nei medesimi fatti, che pur non abbiano dato luogo a condanne in sede penale) e rilevano le

peculiari realtà locali, ben potendo l'Amministrazione evidenziare come sia stata accertata l'esistenza – su un'area più o meno estesa – del controllo di una 'famiglia' e del sostanziale coinvolgimento dei suoi componenti.
Con sentenza 8 luglio 2020, n. 4372 la Sezione III ha chiarito che ai fini dell'adozione dell'interdittiva antimafia, in presenza di pericolo infiltrativo al quale una società risulta esposta, l'estraneità formale degli organi direttivi della società od impresa a vicende, anche prive di accertato rilievo penale, ma comunque fortemente indizianti ai fini della prevenzione antimafia, non può da sola bastare a ritenere la stessa società od impresa fuori dal "giro" e cioè dal pericoloso circuito attrattivo o condizionante, che la criminalità mafiosa costituisce laddove individua possibilità di profitto.
Ha ricordato la Sezione che il condizionamento mafioso, essenziale al fine del controllo del territorio, può ben derivare dalla presenza di soggetti controindicati nell'impresa interessata, in ruoli comprensibilmente defilati rispetto a quella che appare, formalmente ed al pubblico, la gestione della stessa: il tutto al fine di consentire alle consorterie criminali, per il tramite di propri uomini di fiducia inseriti quali meri dipendenti o esecutori nell'assetto societario, di dettare dall'esterno gli obiettivi e le iniziative che l'impresa dovrà seguire. Il che è tanto più vero in quanto emergano situazioni, rapporti, frequentazioni e legami ambigui, che lascino intendere o comunque ragionevolmente ipotizzare la disponibilità dell'impresa e dei suoi gestori a far entrare, nelle valutazioni di gestione, logiche criminali.
Costituisce oramai un fatto accertato in più occasioni che vi sia stato, e vi sia tuttora, una evoluzione o ri-direzionamento di metodi e ambizioni delle organizzazioni criminali di tipo mafioso, le quali non paiono più considerare quale primo obiettivo gli attacchi frontali allo Stato ed ai suoi rappresentanti, per infiltrare invece i tentacoli in azioni e progetti per occupare o condizionare settori dell'economia, della gestione dei rifiuti, della politica, non di rado riuscendovi per il tramite di personalità deviate o di personaggi compiacenti, che si pongono sulla labile linea di confine tra legalità ed illegalità.
L'attenzione dell'ordinamento per i fenomeni illeciti che possono interessare lo svolgimento dell'attività imprenditoriale, specialmente nel delicato settore delle commesse pubbliche, è, pertanto, massima, in ragione del disvalore sociale e del notevole danno che l'infiltrazione di soggetti portatori di interessi contrastanti con gli interessi dello Stato-comunità comporta. Ciò giustifica il conferimento, all'Autorità di Pubblica Sicurezza preposta, di un'ampia gamma di poteri da esercitarsi in una fase preventiva rispetto alla causazione del danno.
Com'è noto, infatti, gli artt. 84, comma 4, e 91, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011 disegnano l'informativa antimafia come un provvedimento a carattere preventivo, finalizzato ad attestare la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi gestionali della società od impresa interessata, e che il Prefetto, nelle proprie valutazioni discrezionali di competenza, può desumere da "provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata".

Pertanto, la finalità preventiva ed anticipatoria che permea l'istituto in esame giustifica l'attivazione dei poteri inibitori di cui è titolare l'Autorità di Pubblica Sicurezza in uno stadio assolutamente preliminare del procedimento penale, ed anche in presenza di condotte non penalmente rilevanti e persino nell'ipotesi in cui il procedimento penale si sia concluso con un'archiviazione o un'assoluzione: la ratio di anticipazione della tutela nel settore del contrasto alla criminalità organizzata impone al Prefetto di attestare la sussistenza del rischio infiltrativo siccome desunto dalla lettura integrata degli elementi fattuali rilevanti nella vicenda, i quali possono infatti risultare significativi ai fini antimafia pur se non assistiti da un'evidenza tale da ritenere raggiunta la relativa prova "oltre ogni ragionevole dubbio" nell'ambito penale.
Ed infatti, non si richiede – alla Prefettura come al Giudice amministrativo – di pervenire ad un grado di convincimento che resista ad ogni ragionevole dubbio. È sufficiente, ai fini dell'emissione di un'informativa interdittiva antimafia e della valutazione in sede giurisdizionale in ordine alla sua legittimità, l'essere ragionevolmente persuasi della ricorrenza, nel caso che viene in rilievo, di indici fortemente sintomatici di contiguità, connivenza o comunque condivisione di intenti criminali. Il metro di valutazione è, come noto, quello del "più probabile che non", dove appunto la probabilità cruciale che il pericolo infiltrativo sussista esclude ogni ipotesi di segno diverso.
L'impianto motivazionale dell'informativa deve, quindi, rappresentare compiutamente il quadro degli elementi indiziari in base ai quali l'Autorità abbia ritenuto attuale e concreto il rischio di infiltrazioni della criminalità organizzata di tipo mafioso all'interno della società od impresa interessata, evidenziando in particolar modo gli elementi di permeabilità criminale che possono influire anche indirettamente sull'attività dell'impresa, la quale si viene a trovare in una condizione di potenziale asservimento - o comunque di condizionamento - rispetto alle iniziative della criminalità organizzata di stampo mafioso (ovvero "comunque localmente denominata").
In particolare, laddove il nucleo forte della motivazione del provvedimento prefettizio consista nella valorizzazione dei legami affettivi o parentali intercorrenti tra esponenti della compagine sociale e soggetti affiliati o vicini alle consorterie criminali, dovranno con chiarezza emergere gli elementi concreti che abbiano indotto l'Autorità a ritenere il predetto legame affettivo o parentale una via d'accesso agevolata alla gestione dell'impresa. A tal proposito, questo Collegio condivide e ribadisce le posizioni da tempo raggiunte nella giurisprudenza, nel senso che non può dedursi, dal mero vincolo parentale con un soggetto controindicato, non supportato da ulteriori elementi validi, la vocazione criminale del parente stesso: tuttavia, è anche vero che, se non si può scegliere la propria parentela, si può cionondimeno scegliere di prendere le definitive distanze da essa, ove ponga in essere attività non accettabili. Detto altrimenti, ben può il parente di un soggetto riconosciuto affiliato alle consorterie mafiose svolgere attività imprenditoriale, anche interfacciandosi con la committenza pubblica: a condizione, però, che sia chiara la sua distanza concreta e certa dal metodo e dal mondo criminale.

La sez. III (2 gennaio 2020, n. 2) ha anche chiarito che i fatti sui quali si fonda l'interdittiva antimafia possono anche essere risalenti nel tempo nel caso in cui vadano a comporre un quadro indiziario complessivo, dal quale possa ritenersi attendibile l'esistenza di un condizionamento da parte della criminalità organizzata.
Ha rilevato la Sezione (21 gennaio 2019, n. 515), che il mero decorso del tempo, di per sé solo, non implica la perdita del requisito dell'attualità del tentativo di infiltrazione mafiosa e la conseguente decadenza delle vicende descritte in un atto interdittivo, né l'inutilizzabilità di queste ultime quale materiale istruttorio per un nuovo provvedimento, donde l'irrilevanza della 'risalenza' dei dati considerati ai fini della rimozione della disposta misura ostativa, occorrendo, piuttosto, che vi siano tanto fatti nuovi positivi quanto il loro consolidamento, così da far virare in modo irreversibile l'impresa dalla situazione negativa alla fuoriuscita definitiva dal cono d'ombra della mafiosità.
Con riferimento poi alla presenza, all'interno della società, di soggetti vicini agli ambienti della mala, è sufficiente ricordare che proprio in relazione ai rapporti di parentela tra titolari, soci, amministratori, direttori generali dell'impresa e familiari che siano soggetti affiliati, organici, contigui alle associazioni mafiose la Sezione (7 febbraio 2018, n. 820) ha affermato che l'Amministrazione può dare loro rilievo laddove tale rapporto, per la sua natura, intensità o per altre caratteristiche concrete, lasci ritenere, per la logica del "più probabile che non", che l'impresa abbia una conduzione collettiva e una regìa familiare (di diritto o di fatto, alla quale non risultino estranei detti soggetti) ovvero che le decisioni sulla sua attività possano essere influenzate, anche indirettamente, dalla mafia attraverso la famiglia, o da un affiliato alla mafia mediante il contatto con il proprio congiunto. Nei contesti sociali, in cui attecchisce il fenomeno mafioso, all'interno della famiglia si può verificare una "influenza reciproca" di comportamenti e possono sorgere legami di cointeressenza, di solidarietà, di copertura o quanto meno di soggezione o di tolleranza; una tale influenza può essere desunta non dalla considerazione (che sarebbe in sé errata e in contrasto con i principi costituzionali) che il parente di un mafioso sia anch'egli mafioso, ma per la doverosa considerazione, per converso, che la complessa organizzazione della mafia ha una struttura clanica, si fonda e si articola, a livello particellare, sul nucleo fondante della 'famiglia', sicché in una 'famiglia' mafiosa anche il soggetto, che non sia attinto da pregiudizio mafioso, può subire, nolente, l'influenza del 'capofamiglia' e dell'associazione. Hanno dunque rilevanza circostanze obiettive (a titolo meramente esemplificativo, ad es., la convivenza, la cointeressenza di interessi economici, il coinvolgimento nei medesimi fatti, che pur non abbiano dato luogo a condanne in sede penale) e peculiari realtà locali, ben potendo l'Amministrazione evidenziare come sia stata accertata l'esistenza – su un'area più o meno estesa – del controllo di una 'famiglia' e del sostanziale coinvolgimento dei suoi componenti.

Sulla misura di *self cleaning* adottata dalla società colpita da interdittiva antimafia al solo scopo di eliminare in apparenza gli effetti del provvedimento la sez. III ha affermato (19 giugno 2020, n. 3945) che è elusiva del provvedimento di interdittiva antimafia, adottato dal Prefetto nei confronti di una società il cui consulente esterno è vicino agli ambienti della malavita organizzata, la misura di *self cleaning* posta in essere dalla società

qualche giorno dopo il provvedimento antimafia e consistente nella revoca dell'incarico per giusta causa, essendo stata tale revoca adottata subito dopo l'informazione interdittiva e quindi al presumibile solo scopo di eliminare gli effetti del provvedimento antimafia, ferma restando l'inerenza del consulente nella società.
Ha chiarito la Sezione per dimostrare l'elusività del *self cleaning*, che già *ab origine* l'Amministratore della società destinataria dell'interdittiva avrebbe potuto e dovuto conoscere il ruolo e la figura complessiva del consulente. Ad avviso della Sezione, se la società ha subìto o cercato l'ingerenza del consulente, certamente non è il suo allontanamento, intervenuto a soli pochi giorni di distanza dall'adozione della stessa interdittiva, a dare piena garanzia dell'effettiva netta cesura dai contesti mafiosi.
La vicinanza del consulente alla società e agli ambienti malavitosi costituisce, insomma, un dato ancora attuale che pienamente giustifica la valutazione, compiuta dalla Prefettura, di permeabilità mafiosa, con tutto ciò che ne consegue sul piano interdittivo. Ragionevolmente, dunque, il Prefetto ha ritenuto che fosse ancora "più probabile che non" la vicinanza della società agli ambienti della criminalità organizzata. Ciò che occorre verificare, nel caso di adozione di misure di *self cleaning*, non è lo scopo soggettivamente perseguito dall'ente attinto dall'informativa e dai suoi esponenti, bensì l'effettiva idoneità delle misure stesse a recidere quei collegamenti e cointeressenze con le associazioni criminali che hanno fondato l'adozione della precedente informazione antimafia; contrariamente a quanto assume lo stesso giudice di primo grado ritiene però che nella fattispecie siano stati individuati gli elementi in base ai quali dovesse ritenersi persistente il condizionamento.
D'altra parte, è consolidato indirizzo interpretativo della Sezione (27 novembre 2018, n. 6707; 7 marzo 2013, n. 1386) che alcune operazioni societarie possono disvelare un'attitudine elusiva della normativa antimafia ove risultino in concreto inidonee a creare una netta cesura con il passato continuando a subire, consapevolmente o non, i tentativi di ingerenza.

La Sezione, con sentenza sez. III, 20 gennaio 2020, n. 452 ha affermato che l'impresa colpita da interdittiva antimafia può stipulare contratti con i privati, essendo i limiti introdotti dell'art. 89, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 applicabili solo quando il privato entra in rapporto con l'Amministrazione.
In punto di fatto nella specie l'informativa era stata resa a seguito di una richiesta di informazioni proveniente da Confindustria Venezia, nell'ambito di un Protocollo di legalità, per la conclusione di contratti di rilevanza privatistica
La Sezione ha premesso che il comma 1 dell'art. 83, d.lgs. n. 159 del 2011 ha individuato i soggetti che devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'art. 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nel precedente art. 67. Si tratta delle Pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonchè i concessionari di lavori o di servizi pubblici. A tali soggetti si aggiungono,

in virtù del successivo comma 2, i contraenti generali previsti dal Codice dei contratti pubblici.
Si tratta dunque di soggetti pubblici. Nel caso all'esame del Collegio, invece, la richiesta alla Prefettura di comunicazione antimafia è stata avanzata da Confindustria Venezia, quindi da un soggetto di indubbia natura privata.
Quanto all'utilizzabilità dell'informativa nei rapporti tra privati la Sezione ha chiarito che l'art. 89, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011
ha previsto il potere del Perfetto che interviene quando il privato entra in rapporto con l'Amministrazione. Ed è la legge a conferire un siffatto potere di verifica al Prefetto.
Diverso è invece il caso di rapporti tra privati, in relazione ai quali la normativa antimafia nulla prevede.
Tale vuoto normativo non può certo essere colmato, nella specie, dal Protocollo della legalità e dal suo Atto aggiuntivo, entrambi stipulati tra il Ministero dell'interno e Confindustria. Si tratta, infatti, di un atto stipulato tra due soggetti, che finirebbe per estendere ad un soggetto terzo, estraneo a tale rapporto, effetti inibitori (o, secondo l'Adunanza plenaria, addirittura "incapacitanti"), che la legge ha espressamente voluto applicare ai soli casi in cui il privato in odore di mafia contragga con una parte pubblica.
Prova di tale *voluntas legis* è proprio nella modifica del comma 1 dell'art. 87, d.lgs. n. 159 del 2011 che, prima della novella introdotta dall'art. 4, d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218, prevedeva espressamente la possibilità che a chiedere la comunicazione antimafia fosse un soggetto privato.
Ciò chiarito, la Sezione ha però rappresentato che il d.lgs. n. 218 del 2012 sembra aver aperto una breccia nella trama intessuta dal Codice delle leggi antimafia, il cui complesso di norme mira ad isolare le imprese vicine agli ambienti della criminalità organizzata, togliendo loro la linfa data dai guadagni, con l'esclusione dal settore economico pubblico, in particolare nella contrattualistica, e dai finanziamenti pubblici.
Occorre dunque interrogarsi – e nulla più che un interrogativo "aperto" può provenire da questo Giudice – se per rafforzare il disegno del Legislatore, con una sapiente disciplina antimafia che sta portando in modo tangibile i suoi risultati - non possano, le Istituzioni a ciò preposte, valutare il ritorno alla originaria formulazione del Codice Antimafia, nel senso che l'informazione antimafia possa essere richiesta anche da un soggetto privato ed anche per rapporti esclusivamente tra privati.
Soltanto un tale intervento potrebbe permettere l'applicabilità generalizzata della documentazione antimafia, che non a caso il Consiglio di Stato (sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105) ha ritenuto "pietra angolare" del sistema normativo antimafia, in presenza di una serie di elementi sintomatici dai quali evincere l'influenza, anche indiretta (art. 91, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011), delle organizzazioni mafiose sull'attività di impresa, nella duplice veste della c.d. contiguità soggiacente o della c.d. contiguità compiacente.
In tal modo si riuscirebbe – chiudendo gli spazi che oggi esistono – da un lato ad emarginare completamente tali soggetti rendendoli vulnerabili nel loro effettivo punto di forza e, dall'altro, lasciare il mercato economico agli operatori che svolgono l'attività affidandosi esclusivamente al proprio lavoro nel rispetto delle regole.

L'interrogativo che la Sezione ha posto si fonda sulla considerazione che le condotte infiltrative mafiose nel tessuto economico non solo sono un pericolo per la sicurezza pubblica e per l'economia legale, ma anzitutto e soprattutto un attentato al valore personalistico (art. 2 Cost.) e, cioè, quel "fondamentale principio che pone al vertice dell'ordinamento la dignità e il valore della persona" (v., per tutte, Corte cost. 7 dicembre 2017, n. 258), anche in ambito economico, e rinnegato in radice dalla mafia, che ne fa invece un valore negoziabile nel "patto di affari" stipulato con l'impresa, nel nome di un comune o convergente interesse economico, a danno dello Stato.
E, su questo terreno, non vi è dubbio che il devastante impatto della infiltrazione mafiosa si manifesta nei rapporti tra privati come in quelli tra privati e Pubblica amministrazione. Sempre, infatti, chi contratta e collabora con la mafia, per convenienza o connivenza, non è soggetto, ma solo oggetto di contrattazione (Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758).
Se un vero e più profondo fondamento, allora, si vuole generalmente rinvenire nella legislazione antimafia e, particolarmente, nell'istituto dell'informazione antimafia, esso davvero riposa, come accennato, nella dignità della persona, principio supremo del nostro ordinamento, il quale – e non a caso – opera come limite alla stessa attività di impresa, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost., laddove la disposizione costituzionale prevede che l'iniziativa economica privata, libera, "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o – secondo un clima assiologico di tipo ascendente – in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".
L'equilibrata ponderazione dei contrapposti valori costituzionali in gioco, la libertà di impresa, da un lato, e, dall'altro, la tutela dei fondamentali beni che presidiano il principio di legalità sostanziale, secondo la logica della prevenzione, potrebbe allora essere valutata dal Legislatore allo scopo di restituire compiutezza piena ad un aspetto del Codice su cui certo non può intervenire il Giudice in via interpretativa.

La sentenza 10 luglio 2020, n. 4406 ha pronunciato sui presupposti per le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione.
Ha affermato che il *fumus* richiesto per l'applicazione delle misure di cui all'art. 32, d.l.24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, si avvicina, proprio in ragione della doppia previsione (che ammette la possibilità di prescindere dal procedimento penale), alla "qualificata probabilità" che sorregge l'adozione delle informative prefettizie (1).
Il citato art. 32, d.l. n. 90 dispone una gradualità delle misure chiaramente orientata, da un lato alla salvaguardia dell'esecuzione del contratto e, dall'altro, alla tutela del lavoro; mentre i commi 1 e 2 della predetta norma sono finalizzati unicamente alla esecuzione del contratto, la misura di cui al comma 8 è diretta al monitoraggio dell'impresa, che può trovare applicazione in fattispecie connotate da minore gravità dei fatti e con minore livello di infiltrazione criminale nei meccanismi vitali dell'impresa.
Diversa è la conclusione contenuta nelle prime Linee Guida Anac, laddove si fa riferimento agli organi "propriamente" titolari dei poteri di amministrazione, che, dunque

sembra far riferimento a quanto previsto dal codice civile, secondo cui gli organi societari sono – per la società di capitali – l'assemblea, l'organo amministrativo (c.d.a. o amministratore unico) e il collegio sindacale.
Tuttavia, in maniera chiarificatrice, le seconde Linee Guida Anac hanno ritenuto valido l'orientamento – espresso dalla prima dottrina elaboratasi sulla questione – che questa tipologia più soft di gestione (quella di cui al comma 8), possa più frequentemente essere attivata nei casi in cui il vulnus coinvolga figure societarie apicali ma diverse dagli organi di amministrazione in senso proprio (ad es. il direttore tecnico, ovvero organi societari di imprese diverse dalla aggiudicataria come ad esempio gli amministratori della controllante).
Da siffatta ricostruzione emergono alcuni dati: l'art. 32 dispone una gradualità delle misure chiaramente orientata alla salvaguardia dell'esecuzione del contratto da un lato e, dall'altro, alla tutela del lavoro; la lettera del comma 8 non è chiara in quanto sicuramente manca il termine di raffronto nel comma 1, come evidenziato dall'appellante, sicché se ne impone una lettura sistematica; esiste una differenza delle misure con riguardo all'ambito cui sono dirette; infatti mentre i commi 1 e 2 sono finalizzati unicamente alla esecuzione del contratto, appare palese che quella di cui al comma 8 è diretta al monitoraggio dell'impresa.
La forma più morbida di tutorship nei confronti delle imprese, definita "di sostegno e monitoraggio" non ha carattere propriamente sanzionatorio, ma è volta a promuovere un percorso di revisione virtuosa dell'impresa, costituendo un valido presidio che trascende il singolo appalto, che ha dato origine alla sua applicazione.
Con riferimento alle misure di cui all'art. 32, d.l. n. 90 del 2014 il potere del Prefetto consiste nella verifica dei presupposti previsti dalla norma, prodromici all'attivazione della misura soft (intimazione di sostituzione del soggetto coinvolto) o della misura hard (amministrazione prefettizia), nella valutazione della gravità dei fatti sintomatici dell'illecito, e nella conseguente graduazione della misura da applicare in relazione alla gravità riscontrata e determina la durata della misura in ragione delle "esigenze funzionali" legate alla prestazione o all'oggetto del contratto.
L'art. 32 esaminato prevede che il Prefetto si attivi a seguito della proposta) da parte del Presidente dell'Anac, in presenza di "fatti gravi ed accertati", relativi alle fattispecie di reato ivi indicate o all'emersione di "situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali" attribuibili ad un aggiudicatario di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, ad un concessionario o ad un contraente generale".
Il potere del Prefetto consiste, dunque, nella verifica dei presupposti previsti dalla norma, prodromici all'attivazione della misura soft (intimazione di sostituzione del soggetto coinvolto) o della misura hard (amministrazione prefettizia), come è avvenuto nel caso di specie.
Spetta, infatti, al Prefetto la valutazione della gravità dei fatti sintomatici dell'illecito, e la conseguente graduazione della misura da applicare in relazione alla gravità riscontrata e determina la durata della misura in ragione delle "esigenze funzionali" legate alla prestazione o all'oggetto del contratto.

Il *fumus* richiesto si avvicina, proprio in ragione della doppia previsione (che ammette la possibilità di prescindere dal procedimento penale), dunque, alla "qualificata probabilità" che sorregge l'adozione delle informative prefettizie.
Al Prefetto, sulla base della proposta del Presidente dell'Anac spetta la valutazione della sussistenza dei presupposti per la nomina gli amministratori, che subentrano pienamente nei poteri di disposizione e gestione dell'impresa oppure se intimare all'impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali, provvedendo alla sostituzione del soggetto coinvolto nelle indagini. In questo caso la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa è configurata quale sanzione per l'inottemperanza prefettizia di provvedere al rinnovo degli organi sociali.
Diversa è – per come si è già detto - la misura meno 'dura' del monitoraggio, che è oggetto del presente giudizio.
Dunque, nella fattispecie che occupa, in vero, non possono essere ritenuti elementi dirimenti – a differenza di quanto sostenuto dall'appellata – né l'avvenuta sostituzione dell'amministratore, per quanto già evidenziato con riferimento ai legami parentali con il titolare rimasto come amministratore unico e alla titolarità dell'impresa. Tali constatazioni valgono ovviamente anche a smentire la rilevanza del trascorrere del tempo dalla commissione dei fatti imputati.
Né possono assumere significato le censure attinenti alla cessazione dalla carica del coimputato.

7.2. Clausola di salvaguardia *ex* art. 92, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011 applicata alla concessione di finanziamenti pubblici.
Con sentenza 26 ottobre 2020, n. 23 l'Adunanza plenaria ha affermato che la salvezza del pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, previsti dagli artt. 92, comma 3 (secondo cui i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'art. 67 sono corrisposti sotto "condizione risolutiva" di una eventuale informazione antimafia positiva intervenuta successivamente al pagamento), e 94, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, si applicano solo con riferimento ai contratti di appalto di lavori, di servizi e di forniture.
L'Adunanza Plenaria ha preliminarmente precisato gli artt. 92, comma 3, e 94, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 prevedono, in modo sostanzialmente simile, che i soggetti di cui all'art. 83, nel caso di informazione antimafia interdittiva, "revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite".
Stabilire, dunque, se "il limite normativo" delle "utilità conseguite" si riferisca solo ai contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, oppure anche ai finanziamenti e contributi pubblici, così come richiede il Giudice del deferimento, presuppone innanzi tutto stabilire se la salvezza "del pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente" si riferisca solo ai predetti contratti o anche ai finanziamenti.

Difatti, è la "salvezza" del pagamento il vero "limite" normativo (ovvero l'eccezione agli effetti della revoca e del recesso dai contratti), contribuendo invece il limite delle "utilità conseguite" solo alla definizione del "quantum" di una salvezza già verificata sussistente.
In sostanza, è solo nei casi in cui si riconosce la salvezza del pagamento (*an* dell'eccezione alla revoca e al recesso) che può poi verificarsi il limite (il *quantum*) del pagamento da disporre, di modo che, sul piano logico-giuridico – e proprio per dare compiuta risposta alla questione di diritto deferita – occorre: in primo luogo, stabilire se la "salvezza" del pagamento, nei termini normativamente previsti, si applichi solo ai contratti di appalto di lavori, servizi e forniture ovvero anche alle concessioni di finanziamenti e contributi (essendo più propriamente questa la questione da risolvere); in secondo luogo, e solo in caso di esito positivo della prima verifica, occorre stabilire - al fine di definire il *quantum* di un pagamento già riconosciuto (salvato) nell'*an* - cosa si intenda per utilità conseguita.
Che poi quest'ultimo aspetto possa costituire argomento a sostegno della soluzione ermeneutica è fuor di dubbio, ma si tratta di argomento "di rinforzo" per una o l'altra soluzione, laddove il problema dell'ambito di applicazione della norma di eccezione (e dunque la vera questione oggetto di esame da parte dell'Adunanza Plenaria) riguarda la salvezza del pagamento, e non già, almeno in prima battuta, il significato e la misura delle utilità conseguite dall'amministrazione con riguardo all'interesse pubblico.
Ha aggiunto l'Alto consesso che l'incapacità non può incontrare limiti di ordine pubblico economico (integrale realizzazione del programma beneficiato, lungo tempo trascorso, rilascio in favore della medesima impresa di precedenti informative di carattere liberatorio), posto che – come condivisibilmente affermato dal Giudice remittente - "tali limiti di ordine pubblico non risultano adeguatamente tracciati e motivati nei loro presupposti, ma rimessi ad una valutazione "casistica" ed "equitativa", formulabile dal giudice in relazione alle singole fattispecie esaminate". Limiti, dunque, che – oltre a non trovare conforto nelle previsioni normative – contribuirebbero a rendere incerte le conseguenze dell'interdittiva antimafia e, *in primis*, l'ambito stesso dell'incapacità nei confronti della Pubblica amministrazione.
Da quanto esposto consegue che – a fronte dell'estremo rigore risultante dal complessivo sistema normativo disciplinante l'informazione antimafia e le sue conseguenze (posto, lo si ribadisce, a tutela di essenziali valori costituzionali) – costituiscono norme di eccezione, e come tali di stretta interpretazione (*ex* art. 14 disp. prel. cod. civ.: Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799), quelle che, pur in presenza di una riconosciuta situazione di incapacità, consentono la conservazione da parte di un soggetto destinatario di informazione interdittiva di attribuzioni patrimoniali medio tempore eventualmente acquisite ovvero la possibilità di procedere alla loro dazione da parte delle pubbliche amministrazioni. Pertanto, l'esame ermeneutico degli artt. 92, comma 3 e 94, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui questi consentono la salvezza del "pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite" – da accertare se con riferimento ai

contratti da cui si recede ovvero anche ai finanziamenti o simili medio tempore erogati – deve rispondere alla regola di stretta interpretazione propria delle norme di eccezione.
Ha aggiunto l'Adunanza plenaria che ciò che, in contemperamento della pluralità di esigenze connesse alla tutela di interessi pubblici e privati, viene effettuato dai soggetti di cui all'art. 83 (rilascio di autorizzazioni o concessioni, erogazione di contributi e simili, stipulazione di contratti) avviene sotto la rigida condizione dell'accertamento della stessa capacità del soggetto privato ad essere parte del rapporto con la pubblica amministrazione, con la ovvia conseguenza che – laddove per il tramite dell'informazione antimafia interdittiva tale capacità venga accertata come insussistente – non possono che manifestarsi in termini di nullità sia i provvedimenti amministrativi rilasciati (per difetto di un elemento essenziale del medesimo, *ex* art. 21-*septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241), sia il contratto stipulato con soggetto incapace.
Giova precisare che ciò che consegue alla interdittiva antimafia non costituisce un "fatto" sopravvenuto che determina la revoca del provvedimento emanato ovvero la risoluzione del contratto *per factum principis*, bensì il (pur tardivo) accertamento della insussistenza della capacità del soggetto ad essere parte del rapporto con l'amministrazione pubblica: quella incapacità che – laddove fosse stata, come di regola, previamente accertata – avrebbe escluso in radice sia l'adozione di provvedimenti sia la stipula di contratti.
In questo senso, può concordarsi con quanto affermato dalla sentenza parziale che ha disposto il deferimento, laddove la stessa ritiene che "poiché i contributi risultano concessi in via provvisoria, l'atto c.d. di revoca non rappresenta affatto (come farebbe pensare il *nomen*) un nuovo provvedimento adottato in autotutela dall'amministrazione nell'esercizio di un potere discrezionale, ma un mero atto ricognitivo che constata l'avvenuta verificazione della condizione risolutiva afferente al contributo ancora precario".
E ciò con la sola precisazione che le disposizioni degli artt. 92 e 94 intendono affermare per il tramite del non appropriato riferimento agli istituti della "revoca" (del provvedimento) e del "recesso" (dal contratto), che l'accertamento dell'intervenuta "condizione risolutiva" altro non è che l'accertamento successivo (consentito dalla legge) dell'incapacità giuridica del soggetto ad essere destinatario di provvedimenti amministrativi ovvero ad essere parte del contratto ad evidenza pubblica.
A ciò consegue, quanto ai provvedimenti di concessione di benefici economici, comunque denominati, che l'intervenuto accertamento dell'incapacità del soggetto, cui si riconnette la "precarietà" degli effetti dei medesimi, espressamente enunciata dalle norme, esclude che possa esservi legittima ritenzione delle somme da parte del soggetto beneficiario (ma giuridicamente incapace).
Né è possibile ipotizzare, in presenza di un chiaro riferimento normativo alla "precarietà" dei provvedimenti adottati o del provvedimento stipulato, l'insorgere di un "affidamento" in capo al soggetto privato.
Allo stesso modo, nelle ipotesi di contratto stipulato con la pubblica amministrazione, l'accertamento dell'incapacità comporta l'insuscettività dello stesso ad essere fonte di obbligazioni in capo alla pubblica amministrazione nei confronti del soggetto incapace.

A tale assetto degli effetti, discendente dai principi generali e dalla specifica normativa antimafia, è la stessa disciplina antimafia a prevedere talune "eccezioni": gli artt. 92, comma 4, e 94, comma 2 (oggetto del quesito deferito a questa Adunanza plenaria), prevedono testualmente che i soggetti di cui all'art. 83 "revocano le autorizzazioni o le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite"; l'art. 94, comma 3, dispone che i soggetti di cui all'art. 83 "non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi".
Si tratta, come è evidente, di norme "di eccezione" ai principi generali, rese necessarie dai "postumi" dell'applicazione di una disciplina essa stessa "derogatoria" (e dunque essa stessa "eccezionale") rispetto all'ordinario *modus procedendi* imposto all'amministrazione (quella, cioè, che ha consentito di emanare i provvedimenti e/o di stipulare i contratti in assenza della tempestiva informativa antimafia).
Si tratta, dunque, di norme di strettissima interpretazione.
Ha quindi concluso l'Alto Consenso che nel caso considerato nella presente sede, l'operazione interpretativa che dovrebbe comportare l'estensione – per il tramite della presenza nel testo del riferimento alle "concessioni" - della salvezza del pagamento di quanto realizzato sulla base di finanziamenti, comporta sul piano ermeneutico un duplice passaggio estensivo dell'interpretazione: in primo luogo, quello di estendere la salvezza del pagamento dal caso di recesso dal contratto (in aderenza al quale è prevista nel testo la salvezza dei pagamenti) anche alle "concessioni" precedentemente citate e, come si è già detto, non collocate nel testo con immediata aderenza alla "salvezza"; in secondo luogo, quello di operare una interpretazione "selettiva" del termine "concessioni", ritagliando nel più ampio ambito proprio di tale *genus*, quelle di esse (e solo quelle) che hanno per oggetto attribuzioni patrimoniali (contributi, finanziamenti e simili) dalle quali dipende la "esecuzione di opere".
Si tratta, a tutta evidenza, di una operazione ermeneutica per così dire "di doppio grado", molto lontana dai limiti propri della interpretazione delle norme eccezionali e, dunque, non consentita.
Le eccezioni di cui agli artt. 92, comma 3, e 94, comma 2, rappresentano una precisa scelta del legislatore, che si giustifica in ragione di un "bilanciamento" delle conseguenze derivanti da una esecuzione del contratto disposta in assenza di informativa antimafia.

7.3. Ammonimento.
Con sentenza 21 aprile 2020, n. 2545 la Sezione III ha affermato che ai fini dell'adozione del decreto di ammonimento emesso ai sensi dell'art. 8, comma 1, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con l. 23 aprile 2009, n. 38, l'art. 612 *bis* c.p., che fornisce la cornice entro cui collocare la valutazione operata dal Questore, anche solo in chiave prognostica, dei comportamenti dell'ammonendo, fa riferimento alla reiterazione di condotte

di "minaccia o molestia", ponendo il fulcro della fattispecie sulle conseguenze derivatene sulla condizione psichica ed esistenziale della vittima; costituendo la molestia un *minus*, secondo uno spettro di progressione aggressiva, rispetto alla minaccia, sono suscettibili di integrare la prima anche condotte che, senza rappresentare al soggetto passivo un male ingiusto, integrino comunque una forma di indesiderata interferenza nella sfera privata del medesimo e delle sue più strette relazioni, sottraendola al libero controllo decisionale dell'interessata al fine di condizionarla secondo i disegni e le finalità proprie dell'autore della molestia.
Ha chiarito la Sezione che l'art. 8, d.l. n. 11 del 2009, ha previsto che fino a quando non è proposta querela per il reato di cui all'art. 612-bis c.p. la persona offesa può esporre i fatti all'autorità di pubblica sicurezza avanzando richiesta al Questore di ammonimento nei confronti dell'autore della condotta. Il Questore, assunte se necessario informazioni dagli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti, ove ritenga fondata l'istanza, ammonisce oralmente il soggetto nei cui confronti è stato richiesto il provvedimento.
Ha aggiunto la Sezione che lo strumento dell'ammonimento è essenzialmente destinato a prevenire la recrudescenza dei fenomeni patologici talvolta caratterizzanti le relazioni umane, anche di impronta affettiva, laddove una delle parti assuma atteggiamenti di prevaricazione ed indebita ingerenza nella sfera morale dell'altra.
La finalità preventiva della misura è destinata ad operare sia sul piano dell'evoluzione delle vicende relazionali che hanno manifestato sintomi degenerativi, laddove l'autore delle condotte descritte si attenga all'ammonimento del questore, sia sul piano strettamente processuale, laddove la vittima, una volta conseguito l'effetto preventivo proprio dell'ammonimento da essa sollecitato, si astenga dal presentare la querela, costituente ordinariamente la condizione di procedibilità del reato di cui all'art. 612 *bis* c.p..
La correlazione tra la disciplina amministrativa e quella penale, insieme alla finalità preventiva della disposizione, nel duplice senso innanzi evidenziato, induce a ritenere che l'intervento del Questore non sia ancorato ai medesimi presupposti di quello penale, distinguendosene sia sul piano della ricognizione dei fatti atti a legittimarlo sia in relazione ai mezzi di prova utili al loro accertamento.
Dal primo punto di vista, infatti, esso è legittimato anche da condotte che, pur non possedendo gli stringenti requisiti di cui all'art. 612 bis c.p., si rivelino potenzialmente atti ad assumere, sulla base della loro concreta manifestazione fenomenica, connotati delittuosi; dal secondo punto di vista, invece, è rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione l'apprezzamento della fondatezza della richiesta, in relazione alla attendibilità dei fatti segnalati, e l'individuazione degli elementi di riscontro eventualmente necessari.

7.4. Daspo.
Diverse le sentenze della sez. III del Consiglio di Stato e del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana in materia di Daspo.

Con sentenza 24 giugno 2020, n. 4033 la Sezione III ha affrontato la questione relativa alla legittimità del Daspo adottato nei confronti di un soggetto che ha partecipato ad un

corteo non autorizzato, per dirigersi all'evento di presentazione dei calciatori di una squadra calcistica

La Sezione ha giudicato il provvedimento legittimo.

Ha chiarito che in base alla formulazione dell'art. 6, comma 1, l. 13 dicembre 1989, n. 401, nel testo novellato dal d.l. 22 agosto 2014, n. 119, nel testo vigente al momento dell'adozione del Daspo impugnato (17 agosto 2018), "Nei confronti delle persone che risultano denunciate o condannate anche con sentenza non definitiva nel corso degli ultimi cinque anni per uno dei reati di cui all'art. 4, commi 1 e 2, l. 18 aprile 1975, n. 110, all'art. 5, l. 22 maggio 1975, n. 152, all'art. 2, comma 2, d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla l. 25 giugno 1993, n. 205, all'art. 6-*bis*, commi 1 e 2, e all'art. 6-*ter*, l. n. 401 del 1989, nonché per il reato di cui all'art. 2-*bis*, d.l. 8 febbraio 2007, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 aprile 2007, n. 41, e per uno dei delitti contro l'ordine pubblico e dei delitti di comune pericolo mediante violenza, di cui al libro II, titolo V e titolo VI, capo I, del codice penale, nonché per i delitti di cui all'art. 380, comma 2, lett. f) ed h), c.p.p., ovvero per aver preso parte attiva ad episodi di violenza su persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, o che nelle medesime circostanze abbiano incitato, inneggiato o indotto alla violenza, il questore può disporre il divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive specificamente indicate, nonché a quelli, specificamente indicati, interessati alla sosta, al transito o al trasporto di coloro che partecipano o assistono alle manifestazioni medesime.".

La norma, nella formulazione *ratione temporis* vigente, prevede quindi che il Daspo sia adottato nei confronti di chi si rende protagonista di atti violenti "in occasione o a causa di manifestazioni sportive".

La questione che si è posta alla Sezione è se la cerimonia organizzata per presentare i calciatori di una squadra di calcio si possa definire "evento sportivo".

Per dare una risposta a questo interrogativo appare necessario risalire alla ratio sottesa all'istituto del Daspo. Si tratta di misura preventiva e non sanzionatoria, come pure ha chiarito di recente la Corte europea dei diritti dell'uomo, in via generale, sulle analoghe misure previste dalla legislazione croata (Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 8 novembre 2018, ric. n. 19120/15, Seražin c. Croazia), menzionando tra le altre legislazioni in materia anche quella italiana e pervenendo ad escludere la natura sanzionatoria della misura amministrativa, sulla base dei cc.dd. criterî Engel, sia per l'applicabilità della misura indipendentemente da una condanna penale, sia anche per la finalità prevalente della misura, consistente nella creazione di un ambiente che prevenga comportamenti violenti o pericolosi a protezione dell'ordine pubblico e degli altri spettatori, sia infine per la mancanza di afflittività, non consistendo in una privazione della libertà o in una imposizione di obbligazione pecuniaria (Cons. St., sez. III, 4 febbraio 2019, n. 866).

Occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 6, comma 1, l. n. 401 del 1989, il Daspo anche nel nostro ordinamento, non diversamente che in quello croato, può essere altresì disposto nei confronti di chi, sulla base di elementi di fatto, risulta avere tenuto, anche all'estero, una condotta, sia singola che di gruppo, evidentemente finalizzata alla partecipazione attiva ad episodi di violenza, di minaccia o di intimidazione, tali da porre in

pericolo la sicurezza pubblica o a creare turbative per l'ordine pubblico. Anche per il Daspo disposto dal Questore - come per tutto il diritto amministrativo della prevenzione incentrato su una fattispecie di pericolo per la sicurezza pubblica o per l'ordine pubblico - deve valere la logica del "più probabile che non", non richiedendosi, anche per questa misura amministrativa di prevenzione (al pari di quelle adottate in materia di prevenzione antimafia), la certezza ogni oltre ragionevole dubbio che le condotte siano ascrivibili ai soggetti destinatari del Daspo, ma, appunto, una dimostrazione fondata su "elementi di fatto" gravi, precisi e concordanti, secondo un ragionamento causale di tipo probabilistico improntato ad una elevata attendibilità. Considerata dunque la *ratio* sottesa a tale istituto, appare evidente la riconducibilità dell'atto di violenza di cui si è reso protagonista l'appellante, partecipando ad una manifestazione non organizzata con altri tifosi (circa una ottantina) della Spall, alle ipotesi delineate dall'art. 6, comma 1, l. n. 401 del 1989.
Se, infatti, alla base di questa misura è la necessità di evitare che lo sport possa essere l'occasione per dare sfogo ad atti di violenza, certo è che anche la manifestazione non autorizzata, organizzata per presentare i giocatori di una squadra di calcio, sfociata anche in episodi di guerriglia – indipendentemente da parte di chi, questi ultimi, sono stati commessi – rientra nel concetto di "manifestazioni sportive".
Soccorre a tale proposito l'art. 2 *bis*, d.l. 20 agosto 2001, n. 336, che al comma 1 ha fornito l'interpretazione autentica del concetto di "manifestazioni sportive", da intendersi come le "competizioni che si svolgono nell'ambito delle attività previste dalle Federazioni sportive e dagli enti e organizzazioni riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI)". Gli episodi violenti devono essere commessi nel contesto o nell'ambito di manifestazioni/competizioni sportive, ovvero - se avulsi da detto contesto spazio/temporale - essere, comunque, posti in essere in relazione a detti eventi o possedere elementi di omogeneità con le manifestazioni/ competizioni: in questo senso va, quindi, interpretata la locuzione "a causa di" utilizzata dal comma 1 dell'art. 6, l. n. 401 del 1989. Tale nesso di causalità indubbiamente sussiste nel caso di manifestazione organizzata per presentare i giocatori che saranno protagonisti del campionato di calcio. La condotta di cui si è reso protagonista anche l'appellante trovava, dunque, la sua "causa" nelle prossime competizioni alle quali avrebbe partecipato il sodalizio Spall ponendosi, in tal modo, in (stretta) relazione logica di mezzo a fine con le prossime manifestazioni sportive (così come programmate negli imminenti calendari calcistici), mentre - sotto il profilo oggettivo (uso di modelli comportamentali collettivi) e soggettivo (consistenti gruppi di tifosi organizzati) - essa si è rivelata del tutto omogenea agli episodi che la norma introduttiva del Daspo, della cui applicazione qui si controverte, intende prevenire.
Come di recente chiarito anche dalla Corte di cassazione (sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1767), l'espressione "in occasione o a causa di manifestazioni sportive" non deve essere inteso nel senso che gli atti di violenza o comunque le restanti condotte che possano giustificare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 6, l. n. 401 del 1989 debbano essersi verificati durante lo svolgimento della manifestazione sportiva ma nel senso che con essa abbiano un immediato nesso eziologico, ancorché non di contemporaneità. La

ratio della disposizione in questione è, infatti, quella di prevenire fenomeni di violenza, tali da mettere a repentaglio l'ordine e la sicurezza pubblica, laddove questi siano connessi non con la pratica sportiva ma con l'insorgenza di quegli incontrollabili stati emotivi e passionali che, tanto più ove ci si trovi di fronte ad una moltitudine di persone, spesso covano e si nutrono della appartenenza a frange di tifoserie organizzate, perlopiù, ma non esclusivamente, operanti nell'ambito del gioco del calcio. Si tratta di fenomeni per i quali fungono da catalizzatore, spesso con improvvise a incontrollabili interazioni, sia l'andamento agonistico più o meno soddisfacente della compagine per la quale si parteggia ovvero le modalità con cui l'apparato amministrativo ed organizzativo di questa intende condurre il rapporto con la propria tifoseria sia l'eventuale confronto, in una logica elementare in cui la appartenenza ad un gruppo comporta l'ostilità verso altri gruppi, immediatamente intesi come possibili assalitori, con una tifoseria avversa. È, pertanto, evidente che un'eventuale limitazione della portata della norma ora in questione, che ne confinasse l'applicazione alla sola durata della manifestazione sportiva, ridurrebbe di molto l'efficacia dissuasiva della medesima, posto che renderebbe inapplicabile la relativa disciplina ogniqualvolta gli eventi, pur determinati da una mal governata passione sportiva e dalla distorsione del ruolo del tifoso, si realizzino in un momento diverso dal verificarsi del fattore che li ha scatenati.

Il C.g.a. (3 giugno 2020, n. 392) ha ricordato che il Daspo è una misura amministrativa di tipo preventivo adottabile nei confronti di persone che risultano denunciate o condannate, anche con sentenza non definitiva, nei cinque anni precedenti, per alcuni reati espressamente elencati nel comma 1 dell'art. 6, l. n. 401 del 1989; in quanto tale, l'adozione di tale misura prescinde da un necessario avvenuto accertamento di responsabilità in sede giudiziale

Il Daspo c.d. semplice, o amministrativo, disciplinato all'art. 6, comma 1, l. 13 dicembre 1989, n. 401, misura precauzionale che incide sulla libertà di circolazione (art. 16 Cost.), ma non implica restrizioni della libertà personale; e il Daspo con prescrizioni aggiuntive o accessorie, frutto di una autonoma valutazione del Questore, rispetto al divieto di accedere alle competizioni sportive, di cui all'art. 6, comma 2, l. n. 401 del 1989, misura "giurisdizionalizzata" che non soltanto prevede il divieto di accesso agli stadi ma che soprattutto implica l'obbligo di comparizione personale presso un ufficio o comando di polizia, incidendo così in via diretta sulla libertà personale (art. 13 Cost.) sia pure in misura assai meno afflittiva rispetto, ad esempio, a un'ordinanza di custodia cautelare, dato che comporta una restrizione della libertà di movimento durante una fascia oraria determinata, e in relazione al quale ultimo decreto *ex* art. 6, comma 2, vi è obbligo di convalida da parte del Gip con ordinanza ricorribile in Cassazione (Corte cost., nn. 143 e 193 del 1996, p. 3. del Diritto, là dove si evidenzia che la norma primaria di cui all'art. 6 cit. dispone nel senso dell'adottabilità di due tipi di provvedimenti, vale a dire il divieto di accesso ai luoghi di svolgimento di manifestazioni sportive, e la prescrizione di comparire presso l'ufficio o il comando di polizia nel tempo di svolgimento della competizione sportiva, aventi portata ed effetti differenti, con riconduzione della misura di cui all'art. 6, comma 2, nell'alveo dell'art. 13 Cost. e conseguente riserva di giurisdizione; e

le sentenze nn. 144 del 1997 e 512 del 2002- pp. 3 del Fatto e 3 del Diritto, sulla diversa incidenza delle misure di cui al comma 1 e al comma 2 sui valori costituzionalmente tutelati, con una conseguente, ragionevole differenziazione anche nella disciplina dei rimedi esperibili e delle garanzie in punto di tutela giurisdizionale).
In questa specifica materia si è cioè venuto a creare un sistema articolato "a doppio binario" di misure amministrativo – precauzionali di polizia, da un lato, *ex* art. 6, comma 1, e di misure preventive, come detto, giurisdizionalizzate, comportanti l'imposizione della presenza negli uffici di polizia, incidenti sulla libertà personale del destinatario e circondate da particolari garanzie, che si completano nel ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di convalida del Gip, come disposto dall'art. 6, comma 4.

La sez. III, con sentenza 26 novembre 2020, n. 7420, ha chiarito che l'applicazione della misura di prevenzione del Daspo appare corretta, a prescindere dall'esito del procedimento penale che lo ha riguardato, con la conseguenza che è legittimo il provvedimento del Questore che ha applicato la misura del Daspo quinquennale, con il divieto di partecipare agli eventi sportivi calcistici e di transitare o sostare nei pressi degli stadi o dei luoghi percorsi dai tifosi, per un episodio rispetto al quale il giudice penale ha assolto l'imputato, ritenendo i fatti "di particolare tenuità"
Ha chiarito la Sezione che l'atto di attraversare la folla diretta allo stadio, agitando un fumogeno acceso e lasciandolo, sempre acceso, in prossimità di un cancello di ingresso gremito di pubblico, costituisca attività tutt'altro che "festosa", come è stato affermato, bensì gravemente pericolosa per l'incolumità di coloro che si apprestavano, in fila, ad avvicinarsi al cancello ed a oltrepassarlo per assistere alla partita. Infatti, seppure la "particolare tenuità" è stata ritenuta dal giudice penale ai fini della assoluzione, nella diversa ed autonoma sede della prevenzione, il Questore ben poteva, come ha fatto, ritenere che l'azione dell'appellante avesse i connotati della pericolosità per l'ordine e la sicurezza pubblica, stante i connotati temporali e locali in cui l'azione stessa si è svolta.
Va poi sottolineato che l'appellante era già stato, in anni anteriori, destinatario di altro Daspo per anni uno, per il compimento di azione del tutto analoga – possesso di artifizi pirotecnici in prossimità dello stesso stadio prima dell'inizio di altra partita della squadra Sampdoria – e ciò consente di ritenere non solo proporzionata, ma anzi doverosa la misura di Daspo quinquennale contestata.
Tale esito è imposto dalla legge, che prevede (art. 6, l. 13 dicembre 1989, n. 401, nel testo novellato *ex* d.l. 22 agosto 2014, n. 119) un provvedimento di durata minima "non inferiore a cinque anni e non superiore a otto anni" a carico di coloro che avessero già riportato il divieto di cui al suddetto art. 6, comma 2.
Nel caso all'esame della Sezione il Questore ha tenuto conto dei connotati dell'azione – nel graduare la valutazione di ritenuta, e sussistente, pericolosità – giacché la misura applicata è stata in concreto un Daspo quinquennale, consentendo la legge allo stesso Questore di applicare il divieto per una durata fino ad otto anni.
Il Consiglio di Stato ha poi giudicato manifestamente destituite di fondamenti le censure di costituzionalità delle disposizioni applicate alla fattispecie.

Ha premesso che l'appellante pretenderebbe, con tali censure, una distorta applicazione delle norme costituzionali richiamate, che gli artt. 6, 6-*bis* e 6-*ter*, l. 13 dicembre 1989, n. 401 mirano al contrario a seguire correttamente, giacché il fine di prevenzione di ogni comportamento pericoloso in occasione di eventi sportivi conferma, e non certo viola, i principi di eguaglianza, libertà di circolazione, necessità di adeguata valutazione prima di applicare ogni misura restrittiva o limitativa.
Ha aggiunto la Sezione che l'equivoco di fondo dell'appellante, persona avvezza ad interpretare il principio della sana partigianeria sportiva in senso fazioso ed estremistico – come è tipico dei c.d. "*club ultras*" – è quello di ritenere che le disposizioni costituzionali da lui stesso a sproposito invocate tutelino le manifestazioni di pericoloso estremismo delle minoranze di ultras piuttosto che – come invece deve essere secondo la Costituzione e le norme di prevenzione applicate – il diritto incomprimibile dei tifosi pacifici e della stragrande maggioranza di appassionati del calcio che desiderano avvicinarsi agli stadi, entrarvi e assistere alle competizioni senza timore che, come nella fattispecie e accaduto, un fumogeno acceso lasciato accanto a loro per terra ne metta a rischio l'incolumità.
Le censure, come già detto, cadono, in quanto la pericolosità in concreto è stata non solo ritenuta e accertata, ma anche ponderata quanto all'applicazione della misura preventiva tra il minimo e il massimo di durata consentita dalla legge, attestandosi sul minimo imposto dal legislatore per il caso in esame.

8. Criminalità organizzata.
Particolare attenzione ha posto la Sezione terza sulle questioni relative ai beni confiscati alla criminalità organizzata.
La sentenza 22 ottobre 2020, n. 6386 ha affermato che ai sensi degli artt. 45, 47 e 48, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 nonché dell'art. 823 c.c., il bene acquisito per effetto della confisca ha ormai assunto una impronta rigidamente pubblicistica, che non consente di distoglierlo, anche solo temporaneamente, dal vincolo di destinazione e dalle finalità pubbliche, che determinano l'assimilabilità del regime giuridico della res confiscata a quello dei beni facenti parte del patrimonio indisponibile dello Stato; ne consegue che l'ordinanza di sgombero costituisce esercizio necessitato di un potere autoritativo, dovendo l'Agenzia comunque assicurare al patrimonio indisponibile dello Stato i beni stessi per la successiva destinazione a finalità istituzionali e sociali, sottraendoli ai soggetti nei confronti dei quali è stata applicata, in via definitiva, la misura patrimoniale.
Ciò comporta da un lato che non sussiste alcun obbligo di motivazione in capo all'Agenzia nel disporre il provvedimento di sgombero dell'immobile confiscato, né di svolgere valutazioni comparative di interessi prima di procedere all'adozione dell'ordinanza di sgombero neppure con riferimento alla tempistica per la sua esecuzione; dall'altro lato comporta che essendo l'atto vincolato al solo presupposto della definitività della confisca non possono essere dedotte in sede amministrativa censure relative alla fase pregressa di competenza del giudice penale.

Con la stessa sentenza 22 ottobre 2020, n. 6386 la Sezione ha poi chiarito che ai fini del sequestro e della confisca dei beni della criminalità organizzata non è richiesta la dimostrazione che il soggetto sia titolare del bene, giacché è sufficiente accertare che possa in qualsiasi maniera determinane la destinazione o l'impiego; tali misure preventive reali sono quindi legittimamente disposte su tutti quei beni di cui il soggetto "risulta poter disporre direttamente o indirettamente"; per disponibilità si intende una situazione di fatto tra il soggetto indiziato e la cosa, a nulla rilevando l'esistenza dei vari titoli giuridici
Ha ricordato la Sezione che il sequestro e la confisca possono avere ad oggetto i beni del coniuge, dei figli e degli altri conviventi, dovendosi ritenere la sussistenza di una presunzione di "disponibilità" di tali beni da parte del prevenuto - senza necessità di specifici accertamenti - in assenza di elementi contrari (Cass., sez. V, 26 ottobre 2015, n. 266142).
Di recente la Cassazione penale (sez. VI, 25 giugno 2020, n.21056) ha ritenuto che in tema di confisca di prevenzione, il rapporto esistente tra il proposto e il coniuge, i figli e gli altri conviventi individuati dalla l. 31 maggio 1965, n. 575, art. 2 *bis*, comma 3 (e oggi dall'art. 19, comma 3, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159) costituisce, pur al di fuori dei casi delle specifiche presunzioni di cui all'art. 2 *ter*, penultimo e ultimo comma, della stessa legge (ora dall'art. 26, comma 2, del decreto sopra richiamato), circostanza di fatto significativa della fittizietà della intestazione di beni dei quali il proposto non può dimostrare la lecita provenienza, quando il terzo che risulta titolare dei cespiti, è sprovvisto di effettiva capacità economica.
In siffatti casi, se è vero che in linea generale incombe sull'accusa l'onere di provare, sulla base di elementi fattuali connotati dai requisiti della gravità, precisione e concordanza, la sussistenza della disponibilità dei beni in capo al proposto; per altro verso, è parimenti incontrovertibile che la riferita titolarità dei beni ai terzi ivi considerati introduce un elemento logico che lascia coerentemente presumere la "disponibilità" di tali beni da parte del prevenuto - senza necessità di ulteriori specifici accertamenti - in assenza di elementi contrari. Deve trattarsi, tuttavia, di una condizione di incapienza patrimoniale del terzo legato da vincolo di parentela o convivenza che rilevi oggettivamente in funzione del giudizio di sproporzione e che sia tale da dimostrare ex se attraverso l'inferenza logica una disponibilità del bene in capo al proposto (Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 2017, n. 43446; id., S.U, 22 dicembre 2016, n. 12621).

È stato anche ricordato (22 ottobre 2020, n. 6387) che la pendenza del giudizio in ordine alla non definitività del provvedimento di confisca di beni appartenenti alla criminalità organizzata non scalfisce la legittimità del provvedimento ablatorio di sgombero, dovendosi dare preminenza alla rigida natura pubblicistica del bene che, per effetto della confisca, non ne consente alcuna temporanea distrazione dal vincolo di destinazione a finalità pubbliche, neanche avuto riguardo alle esigenze abitative della famiglia.
Ha ricordato la Sezione che la *ratio essendi* della disciplina dettata dal d.lgs. n. 159 del 2011 in ordine alla confisca dei beni alla criminalità organizzata è quella di contrastare il fenomeno criminale, mediante l'eliminazione dal mercato, ottenuta con il provvedimento ablatorio reale, di un bene di provenienza illecita, destinandolo ad iniziative di

interesse pubblico, che rientra nella piena discrezionalità dell'Amministrazione individuare.
Il vincolo di destinazione impresso dalla citata normativa ai beni con riferimento ai quali sia intervenuta la confisca, che vengono devoluti al patrimonio indisponibile dello Stato, ne implica quindi l'automatico assoggettamento al relativo regime giuridico, come dettato dagli artt. 823 e seguenti del codice civile.
Stabilisce, invero, la vista previsione normativa intitolata "condizione giuridica del demanio pubblico" che "I beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano", demandando all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico, la quale ha facoltà sia di procedere in via amministrativa, sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà.
Il regime giuridico del patrimonio indisponibile dello Stato, cui soggiacciono i beni confiscati alla criminalità organizzata comporta quindi l'incompatibilità dei precedenti utilizzi del bene con la nuova natura acquisita dal bene stesso, la cui destinazione deve formare oggetto di una autonoma fase di valutazione da condursi sulla base di un complesso esame di tutti gli elementi di rilievo e delle soluzioni astrattamente percorribili, l'analisi delle quali non può essere anticipata alla diversa fase dello sgombero del bene confiscato al fine di valutare la possibilità della conservazione dell'uso in atto. Per effetto della confisca a norma della legislazione antimafia gli immobili acquisiscono, difatti, una impronta rigidamente pubblicistica, che tipicizza la condizione giuridica e la destinazione dei beni, non potendo essere distolti da quella normativamente stabilita ("finalità di giustizia, di ordine pubblico e di protezione civile", ovvero "finalità istituzionali o sociali" in caso di trasferimento degli immobili nel patrimonio dei comuni). Pertanto, va riconosciuto che, a seguito dell'insorgenza del vincolo di destinazione a finalità pubbliche (che rappresenta il nucleo dell'istituto della confisca, ancor prima dell'adozione del provvedimento di individuazione della concreta destinazione prescelta dall'Amministrazione per il singolo bene di cui si tratta), il regime giuridico dei beni confiscati è assimilabile a quello dei beni compresi nel patrimonio indisponibile, i quali devono essere conseguentemente resi liberi da vincoli precedentemente esistenti, e ciò coerentemente con la natura pubblicistica acquisita dagli stessi.
Stante, quindi, l'incompatibilità di precedenti diritti sui beni confiscati con la natura che gli stessi acquisiscono a seguito della confisca, l'adozione dell'ordinanza di sgombero costituisce per l'Agenzia un atto dovuto, avendo quindi la stessa il potere-dovere di ordinare di lasciare libero il bene, che ha acquisito, per effetto della confisca, la natura pubblicistica che non consente neanche una temporanea distrazione dal vincolo di destinazione e dalle finalità pubbliche, che determinano – come dianzi esposto - l'assimilabilità del regime giuridico del bene confiscato a quello dei beni facenti parte del patrimonio indisponibile.
Tale potere-dovere non è in alcun modo condizionato dalla previa adozione del provvedimento di destinazione dello stesso (Cons. St., sez. III, 23 giugno 2014, n. 3169); infatti il potere/dovere di tutelare il demanio dello Stato di cui si tratta (art. 2-*nonies*, comma 1, primo periodo, l. 31 maggio 1965, n. 575) in via di autotutela (c.d. autotutela

esecutiva) prescinde del tutto dal provvedimento di destinazione (art. 2-*decies*, commi 2 e 3, l. n. 575 del 1965), il quale consegue ad un diverso procedimento, da attivare successivamente alla definitività della confisca, con riferimento ad un bene, che deve risultare libero da precedenti usi e destinazioni.
Solo nell'ambito della diversa fase procedimentale inerente l'individuazione della destinazione del bene potrà eventualmente essere valutata la possibilità di vendita o di affitto del bene, non potendo tali utilizzi – auspicati da parte ricorrente – essere stabiliti nella diversa fase di sgombero dell'immobile, la cui finalità è unicamente quella di rendere libero l'immobile per le destinazioni che verranno stabilite.

La sentenza 10 dicembre 2020, n. 7866 ha ricordato che ai sensi dell'art. 27, d.lgs. n. 159 del 2011, i provvedimenti che dispongono la confisca dei beni sequestrati alla criminalità organizzata, quale misura di prevenzione antimafia, diventano esecutivi con la definitività delle relative pronunce penali; le pronunce del giudice penale acquisiscono carattere definitivo, vale a dire passano in giudicato (art. 648 c.p.p.), quando non sono proponibili impugnazioni diverse dalla revisione, ovvero sia decorso inutilmente il termine per proporre impugnazioni, ovvero sia stato dichiarato inammissibile o rigettato il ricorso per cassazione; la pendenza del giudizio dinanzi alla Corte Europea dei Diritti Umani, proposto avverso la confisca dei beni sequestrati alla criminalità organizzata, non incide sulla possibilità di procedere alla sgombero del bene ed alla sua destinazione ad altro; gli artt. 45 e 45 *bis*, d.lgs. n. 159 del 2011, laddove fanno riferimento al "provvedimento definitivo di confisca", alludono al provvedimento di confisca che sia da ritenersi "definitivo" in base alle norme dell'Ordinamento italiano, e quindi al provvedimento di confisca in relazione al quale non possa essere esperito un rimedio impugnatorio interno; qualora la Cedu dovesse riconoscere fondatezza al ricorso presentato, non per tale ragione verrebbe meno, automaticamente, la validità del decreto di confisca, dovendo in tale circostanza lo Stato italiano adottare misure idonee a porre i ricorrenti in una situazione simile a quella in cui si sarebbero trovati ove non vi fosse stata inosservanza alcuna della Convenzione, e tali misure non necessariamente dovrebbero comportare la restituzione della proprietà dell'immobile.
Ha ricordato la Sezione che la Corte Europea dei Diritti Umani ha già avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità della confisca disposta quale misura di prevenzione antimafia, affermando in particolare che: a) la confisca come misura di prevenzione, non solo non confligge con le norme della Cedu, ma anzi è una misura indispensabile per contrastare il crimine (sentenza 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia, in causa 12954/87; decisione 4 settembre 2001, Riela c. Italia, in causa 52439/09); b) la confisca deve essere, in ogni caso, conforme alle prescrizioni dell'art. 1, primo paragrafo, del Protocollo n. 1 alla Convenzione, ed a tal fine deve rispettare due limiti: deve, cioè, essere irrogata sulla base di una espressa previsione di legge e deve realizzare il giusto equilibrio tra l'interesse generale e la salvaguardia del diritti dell'individuo (sentenza 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. c. Italia, in causa 75909/01); c) per la Corte inoltre non costituisce di per sé violazione né della Cedu, né del Protocollo n. 1, l'inversione dell'onere della prova, in base

al quale è il prevenuto a dover dimostrare l'origine lecita dei beni di cui dispone (decisione 5 luglio 2001, Arcuri c. Italia, in causa 52024/99 che ha affermato che "la presunzione d'innocenza non è assoluta"), fermo restando, ovviamente, il diritto incoercibile del prevenuto a fornire con ogni mezzo la prova contraria (sentenza 23 dicembre 2008, Grayson e Barnham c. Regno Unito, nelle cause riunite 19955/05 e 15085/06, 40, 41 e 45 della motivazione); d) la Corte, con riferimento all'ipotesi di confisca ai danni di un terzo, diverso dal reo o dal prevenuto, ha, in varie occasioni, affermato che il requisito del giusto equilibrio è rispettato quando al terzo proprietario dei beni confiscati sia data la possibilità di un ricorso giurisdizionale (per es. decisione 26 giugno 2001, C.M. c. Francia, in causa 28078/95)."

Ha quindi aggiunto la Sezione che quello dell'Agenzia dei beni confiscati alla criminalità organizzata di ordinare lo sgombero di un immobile confiscato è un "potere-dovere" che non è in alcun modo condizionato dalla previa adozione del provvedimento di destinazione del bene stesso ma risponde ad un interesse concreto alla liberazione dei beni, che viene compiutamente soddisfatto con l'esercizio di un'azione esecutiva complementare ma distinta da quella discrezionale con cui, invece, l'amministrazione decide in ordine all'uso sociale dei medesimi beni mediante il procedimento di destinazione disciplinato dagli artt. 47 ss., d.lgs. n. 159 del 2011.

L'ordinanza di sgombero, come congegnata dal legislatore, è riconducibile all'esercizio di un potere vincolato e costituisce un "atto dovuto", strettamente consequenziale rispetto alla confisca definitiva dei beni, da cui consegue un istantaneo trasferimento a titolo originario in favore del patrimonio dello Stato del bene che ne costituisce l'oggetto *ex* art. 45, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011 (Cass. civ., SS.UU., 8 gennaio 2007, n. 57).

Al momento dell'acquisizione del carattere di definitività del provvedimento di confisca corrisponde, quindi, per l'Agenzia il potere-dovere di ordinare alla parte ricorrente di lasciare libero il bene, avendo lo stesso acquisito, per effetto del provvedimento ablatorio, una impronta rigidamente pubblicistica che non consente di distoglierlo, anche solo temporaneamente, dal vincolo di destinazione e dalle finalità pubbliche.

La giurisprudenza ha costantemente affermato che, ai sensi dell'art. 47, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, l'adozione dell'ordinanza di sgombero di immobile confiscato alla criminalità organizzata costituisce, per l'Agenzia, un atto dovuto, atteso che essa ha il potere-dovere di ordinare ai ricorrenti di lasciare libero un bene che, per effetto della confisca, acquisisce un'impronta rigidamente pubblicistica, che non consente di distoglierlo, anche solo temporaneamente, dal vincolo di destinazione e dalle finalità pubbliche. Il che determina l'assimilabilità del regime giuridico del bene confiscato a quello dei beni facenti parte del patrimonio indisponibile.

Infine, vale sottolineare che il bene acquisito per effetto della confisca ha assunto una impronta rigidamente pubblicistica, che non consente di distoglierlo, anche solo temporaneamente, dal vincolo di destinazione e dalle finalità pubbliche, che determinano l'assimilabilità del regime giuridico della res confiscata a quello dei beni facenti parte del patrimonio indisponibile dello Stato.

Come chiarito dalla sez. III del Consiglio di Stato (4 marzo 2019, n. 1499) la misura di prevenzione patrimoniale della confisca mira a sottrarre definitivamente il bene dal circuito economico di origine per inserirlo in un altro circuito, esente da condizionamenti criminali che condizionano il primo ed evitare che il soggetto destinatario del provvedimento di sequestro precostituisca dei creditori di comodo, muniti di titoli con data certa anteriori al sequestro, attraverso i quali procedere all'esecuzione forzata sui beni oggetto di confisca, per cercare di riversare nel circuito criminale i proventi della vendita dei suddetti beni. Ne consegue che l'ordinanza di sgombero costituisce esercizio necessitato di un potere autoritativo, dovendo l'Agenzia comunque assicurare al patrimonio indisponibile dello Stato i beni stessi per la successiva destinazione a finalità istituzionali e sociali, sottraendoli ai soggetti nei confronti dei quali è stata applicata, in via definitiva, la misura patrimoniale. Ciò comporta che non sussiste alcun obbligo di motivazione in capo all'Agenzia nel disporre il provvedimento di sgombero dell'immobile confiscato, né di svolgere valutazioni comparative di interessi prima di procedere all'adozione dell'ordinanza di rilascio neppure con riferimento alla tempistica per la sua esecuzione.

9. Straniero.

9.1. Conversione del permesso di soggiorno per minore età in permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato.

La sez. III, con sentenza 17 dicembre 2020, n. 8132 ha giudicato illegittimo il diniego di conversione del permesso di soggiorno per minore età in permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, opposto in ragione dell'asserita mancanza condizioni necessarie per la conversione automatica del titolo ma senza motivare a fronte del contrario parere reso dalla Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Ha ricordato la Sezione che condizioni necessarie per la conversione automatica del permesso di soggiorno per minore età in permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato sono l'affidamento familiare tramite servizi sociali, giudice tutelare o Tribunale dei minorenni o presenza in Italia per un triennio unita all'esito positivo di un progetto almeno biennale di integrazione sociale e civile gestito da un ente abilitato; tali condizioni sono richieste per evitare l'ingresso dello straniero in prossimità del raggiungimento della maggiore età e il rilascio del permesso di soggiorno in elusione delle regole e dei limiti ordinari. Ha aggiunto la Sezione che l'art. 32, comma 1-bis, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, distingue nettamente, ai fini dell'accertamento della sussistenza dei presupposti per la conversione, la situazione dei 'minori stranieri non accompagnati, affidati ai sensi dell'art. 2, l. 4 maggio 1983, n. 184, ovvero sottoposti a tutela' da quella dei 'minori stranieri non accompagnati che siano stati ammessi per un periodo non inferiore a due anni in un progetto di integrazione sociale e civile gestito da un ente pubblico o privato che abbia rappresentanza nazionale', prevedendo solo per i primi la previa acquisizione del parere positivo del Comitato per i minori stranieri.

Le attività svolte dal Comitato per i minori stranieri sono state trasferite, ai sensi dell'art. 12, comma 20, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, alla Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, il quale nella

specie ha reso parere favorevole al proseguimento del soggiorno in Italia dell'appellante anche dopo il compimento della maggior età, "raccomandando" alle Autorità "di adottare i provvedimenti del caso", ferma restando la verifica del possesso, da parte dello straniero richiedente, degli altri requisiti necessari per la conversione del permesso di soggiorno rilasciato per la minore età in permesso ad altro titolo.
Le Linee – Guida del Ministero del Lavoro, dedicate al rilascio dei pareri per la conversione del permesso di soggiorno dei minori stranieri non accompagnati al raggiungimento della maggiore età, laddove affermano che "il parere si configura come un atto endo-procedimentale, obbligatorio ancorché non vincolante, ai fini dell'adozione da parte della Questura territorialmente competente del provvedimento relativo al rilascio del permesso di soggiorno al compimento del diciottesimo anno d'età", attestano come residui in capo alla Questura territorialmente competente il potere in ordine all'adozione dei provvedimenti che riguardano la conversione del permesso di soggiorno al compimento della maggiore età, evidentemente rilevando la permanenza di un margine di discrezionalità valutativa in capo all'Amministrazione.

9.2. Centri di accoglienza.
La sentenza della sez. III 5 agosto 2020, n. 4948 ha affermato che i richiedenti asilo possono beneficiare delle misure di accoglienza solo per il tempo strettamente necessario per l'espletamento dell'esame della domanda di protezione internazionale sicché, una volta che lo straniero ha ottenuto il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, l'Autorità amministrativa deve disporre la cessazione delle misure di accoglienza di primo livello.
La Sezione ha ricordato che il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (avendo l'art. 12, comma 2, lett. c) abrogato il comma 5 dell'art. 9, d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142), al fine di operare una razionalizzazione dei servizi di c.d. seconda accoglienza, ha stabilito che possono accedere allo SPRAR solo i titolari di protezione internazionale (status di rifugiato o protezione sussidiaria) e i minori non accompagnati.
Invece, i richiedenti asilo non possono più accedere ai servizi dello SPRAR, ma potranno essere accolti solo nei CAS o nei centri governativi di prima accoglienza.
Una disposizione transitoria consente che i richiedenti asilo e i titolari di protezione umanitaria già presenti nel Sistema di protezione alla data di entrata in vigore del decreto-legge (5 ottobre 2018) possono rimanere in accoglienza nel Sistema fino alla scadenza del progetto di accoglienza in corso, già finanziato.
I minori non accompagnati richiedenti asilo, al compimento della maggiore età, potranno rimanere nel Sistema fino alla definizione della domanda di protezione internazionale.
Ha quindi concluso la Sezione che il migrante che manifesta l'intenzione di chiedere la protezione internazionale viene accompagnato nei centri governativi di prima accoglienza (anche preesistenti Centri di assistenza richiedenti asilo (CARA) e Centri di accoglienza (CDA) riconvertiti) che hanno la funzione di consentire l'identificazione dello straniero (ove non sia stato possibile completare le operazioni nei centri di primo soccorso dislocati nei luoghi di sbarco), la verbalizzazione e l'avvio della procedura di esame

della domanda di asilo, l'accertamento delle condizioni di salute e la sussistenza di eventuali situazioni di vulnerabilità che comportino speciali misure di assistenza.
Le misure di accoglienza sono assicurate per la durata del procedimento di esame della domanda da parte della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di cui all'art. 4, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni, e, in caso di rigetto, fino alla scadenza del termine per l'impugnazione della decisione (art. 14, comma 4).
Infine, deve aggiungersi che nella prima fase dell'accoglienza, l'ufficio di polizia che riceve la domanda di protezione internazionale ha l'obbligo di informazione a favore del richiedente circa le condizioni di accoglienza e le fasi della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale, attraverso la consegna di un opuscolo informativo, redatto possibilmente nella lingua del richiedente (art. 3, d.lgs. n. 142 del 2015).

La sez. III, con ordinanza 30 dicembre 2020, n. 8540 ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se l'art. 20, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 osti ad una normativa nazionale che preveda la revoca delle misure di accoglienza a carico del richiedente maggiore di età e non rientrante nella categoria delle "persone vulnerabili", nel caso in cui il richiedente stesso sia ritenuto autore di un comportamento particolarmente violento, posto in essere al di fuori del centro di accoglienza, che si sia tradotto nell'uso della violenza fisica ai danni di pubblici ufficiali e/o incaricati di pubblico servizio, cagionando alle vittime lesioni tali da rendere per le stesse necessario il ricorso alle cure del Pronto Soccorso locale.
Ha chiarito la Sezione che è stato condivisibilmente affermato che, per come delineata dall'art. 23, comma 1, lett. e), d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, la revoca delle misure di accoglienza dell'extracomunitario in presenza di "comportamenti gravemente violenti", è misura che è fondata su una valutazione eminentemente discrezionale dei presupposti di fatto della revoca e che postula una valutazione in concreto della singola fattispecie e della particolare situazione della persona interessata, anche sotto il profilo della proporzionalità del provvedimento rispetto alla gravità delle condotte accertate. Deve in particolare accertarsi con sufficiente certezza la specifica condotta imputabile allo straniero, la cui gravità va valutata in rapporto alle esigenze di ordinato funzionamento delle strutture d'accoglienza, dovendosi dare conto attraverso un'idonea motivazione degli elementi di fatto considerati e del percorso logico seguito per approdare alla determinazione assunta. L'obbligo istruttorio e motivazionale che grava sull'amministrazione è tanto più pregnante laddove si consideri che l'esercizio del potere di revoca di cui si tratta va a incidere su esigenze primarie di persone in stato di bisogno, deprivandole di quel minimo d'assistenza che costituisce il primo e fondamentale livello per un percorso d'integrazione nel territorio, altrimenti messo a rischio, con pregiudizio non solo circoscritto al soggetto colpito dal provvedimento, ma esteso all'intero contesto sociale in cui lo straniero, in seguito all'allontanamento dal centro d'accoglienza, è costretto a vivere nell'assenza di punti di riferimento.
La giurisprudenza si è diversamente orientata in merito alla questione della necessità o meno che la revoca delle misure di accoglienza sia preceduta dalla comunicazione di

avvio del procedimento. Un primo indirizzo ritiene che di tale comunicazione possa farsi a meno quando, a fronte di episodi di violenza commessi dal richiedente la protezione, il provvedimento di revoca sia indifferibile. Altro orientamento invece, reputa illegittima la revoca non preceduta dalla comunicazione dell'avvio del procedimento volta a consentire allo straniero di interloquire sul piano procedimentale: ciò tenuto conto delle gravi conseguenze che la misura può determinare per il godimento dei diritti fondamentali dell'interessato e senza che si possa invocare, a giustificazione dell'omessa partecipazione, l'allarme sociale a fronte di una condotta penalmente rilevante, pur se di modestissimo disvalore, che di per sé non integra quelle ragioni di urgenza derogatorie rispetto alle normali garanzie partecipative.
La Sezione ha aderito a tale secondo orientamento, sul rilievo che omettendo del tutto la fase partecipativa, la revoca delle misure di accoglienza viene ad essere un provvedimento che incide sui bisogni fondamentali dell'interessato, senza che a costui siano neppure dati rimedi alternativi (ad es. la possibilità di accoglienza in centri privati): acquista, così, i connotati di un provvedimento lesivo della dignità della persona.
Ha aggiunto la Sezione che ulteriore questione che ha dato vita a divergenze nella giurisprudenza è quella della sanzionabilità delle sole condotte commesse all'interno delle strutture di accoglienza, ovvero anche di quelle poste in essere al di fuori delle strutture.
Secondo un primo indirizzo, la revoca delle misure di accoglienza è irrogabile esclusivamente per le condotte poste in essere all'interno del centro di accoglienza, come sarebbe dimostrato dal comma 4 dell'art. 23, d.lgs. n. 142 del 2015, a tenore del quale nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera e), il gestore del centro trasmette alla Prefettura – Ufficio territoriale del Governo una relazione sui fatti che possono dare luogo all'eventuale revoca, entro tre giorni dal loro verificarsi". Si tratterebbe, in quest'ottica, di una norma che sanziona con la perdita dell'accoglienza ricettiva le gravi violazioni, i gravi danneggiamenti e le gravi violenze commessi all'interno della struttura di accoglienza, non al suo esterno, con il corollario dell'illegittimità della revoca disposta per un comportamento tenuto dal migrante al di fuori della struttura ospitante.
Altro indirizzo, tuttavia, reputa sanzionabili con la revoca anche le condotte tenute al di fuori della struttura di accoglienza, purché si tratti di condotte che risultino in qualche modo incompatibili con le esigenze della ordinata gestione del centro di accoglienza. Ciò perché la permanenza temporanea all'interno del centro di accoglienza è funzionale ad intraprendere un percorso verso l'autonomia e l'inserimento sociale e quindi le condotte da sanzionare sono quelle che, indipendentemente dal luogo nel quale vengono commesse, tradiscono tale scopo dell'accoglienza, rendendone vana la funzione solidaristica (la casistica va dall'attività di accattonaggio reiterata ed accompagnata da comportamenti violenti allo sfruttamento di connazionali avviate alla prostituzione, ecc.).
La Sezione ha quindi affermato di ritenere preferibile l'opzione interpretativa che comprende tra le condotte punibili con "sanzioni" ai sensi dell'art. 20, paragrafo 4, della direttiva, anche i comportamenti posti in essere al di fuori del centro di accoglienza, sempreché connotabili come "gravemente violenti", per ragioni di ordine sia letterale, che teleologico: a) dal punto di vista letterale, perché il testo dell'art. 20, paragrafo 4, della direttiva sembra da intendere nel senso ora visto, stabilendo esso, come si è detto,

che gli Stati membri possono prevedere sanzioni da applicare "alle gravi violazioni delle regole dei centri di accoglienza, nonché ai comportamenti gravemente violenti": qui, infatti, i comportamenti gravemente violenti sembrano ipotesi autonoma e distinta rispetto a quella delle violazioni delle regole dei centri di accoglienza, dunque riscontrabile pur in presenza di condotte poste in essere al di fuori di tali centri. Di tenore ben più equivoco è, però, la norma interna – l'art. 23, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 142 del 2015 – , che assoggetta a sanzione la "violazione grave o ripetuta delle regole delle strutture in cui è accolto da parte del richiedente asilo, compreso il danneggiamento doloso di beni mobili o immobili, ovvero comportamenti gravemente violenti", perché qui il testo si presta a una lettura che rende sanzionabili detti comportamenti solo se commessi all'interno del centro di accoglienza (e tali, dunque, da rappresentare violazione grave delle regole del centro stesso); b) dal punto di vista teleologico, perché può difficilmente revocarsi in dubbio che i "comportamenti gravemente violenti", anche se commessi al di fuori del centro di accoglienza, possano, specialmente se risaputi, incidere in modo assai negativo sul buon funzionamento della struttura.

La Sezione ha quindi concluso nel senso che si ravvisa un possibile contrasto dell'orientamento espresso dal giudice di primo grado (che aveva accolto il ricorso disapplicando l'art. 23, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 142 del 2015 per contrarietà rispetto al diritto dell'Unione Europea della revoca delle misure di accoglienza disposta nelle ipotesi previste dal citato art. 23) con il dato letterale della normativa eurounitaria e, in specie, con la lettera dell'art. 20, paragrafo 4, della direttiva n. 2013/33/UE, in base al quale, come si è già ricordato, gli Stati membri possono prevedere "sanzioni" applicabili alle gravi violazioni delle regole dei centri di accoglienza, nonché – e questo è il caso che qui viene in esame – ai "comportamenti gravemente violenti". E non c'è alcun dubbio che la nozione di "sanzioni" di cui all'ora visto art. 20, paragrafo 4 ricomprenda, in linea di principio, anche la revoca e la riduzione delle condizioni materiali di accoglienza.

In secondo luogo, si ravvisa la possibilità di abusi legati all'uso strumentale dei principi desumibili dalla sentenza di prime cure, la quale preclude la revoca delle misure d'accoglienza anche a fronte di condotte di particolare gravità e riprovevolezza. Va richiamato, sul punto, un altro recente arresto (Tar Toscana, sez. II, 12 giugno 2020, n. 721), nel quale si è ritenuto di disapplicare la norma di cui all'art. 23, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 142 del 2015, con conseguente accoglimento del ricorso e annullamento del provvedimento impugnato, nell'ipotesi di un cittadino straniero condannato in sede penale con sentenza irrevocabile per il reato di spaccio di sostanze stupefacenti (consistenti in 27,19 grammi di marijuana). L'applicazione a condotte di tal fatta, o a condotte che, come nel caso all'esame della Sezione, abbiano comportato l'uso della violenza fisica, di misure sanzionatorie che producano effetti meno radicali nei confronti del richiedente protezione internazionale (come la sua collocazione in una parte separata del centro di accoglienza, anche unitamente al divieto di contatto con taluni residenti del centro stesso, o il suo trasferimento in un altro centro di accoglienza o in un altro alloggio) non sembra rispondente al principio di effettività della reazione dell'ordinamento. Tali misure potrebbero rivelarsi inefficaci sotto il profilo tanto della prevenzione generale (funzione

dissuasiva svolta dalla sanzione nei confronti degli altri soggetti), quanto della prevenzione speciale (funzione di dissuasione del reo dal reiterare il comportamento), essendo, anzi, suscettibili di ingenerare nel reo un sentimento di impunità, in ragione del regime più "leggero" rispetto alla ben più rigorosa disciplina in materia di permesso di soggiorno di cui al d.lgs. n. 286 del 1998.
Da questo punto di vista, si evidenzia come l'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 286 cit., al terzo e al quarto periodo così recita: "Non è ammesso in Italia lo straniero (….) che risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per reati previsti dall'art. 380, commi 1 e 2, c.p.p. ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite. Impedisce l'ingresso dello straniero in Italia anche la condanna, con sentenza irrevocabile, per uno dei reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della l. 22 aprile 1941, n. 633, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli artt. 473 e 474 c.p., nonché dall'art. 1, d.lgs. 22 gennaio 1948, n. 66, e dall'art. 24, r.d. 18 giugno 1931, n. 773".
La disposizione è intesa nel senso che la sussistenza di una condanna per uno dei reati di cui all'elenco dell'ora visto art. 4, comma 3, è automaticamente ostativa al rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro subordinato, qualunque sia la pena detentiva del condannato, non assumendo rilevanza la concessione di attenuanti o la sospensione condizionale della pena, né la modalità di esecuzione di questa.
Analogamente, ai sensi dell'art. 26, comma 7-*bis*, d.lgs. n. 286 del 1998 la condanna irrevocabile "per alcuno dei reati previsti dalle disposizioni del Titolo III, Capo III, Sezione II, della l. 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, relativi alla tutela del diritto di autore, e dagli artt. 473 e 474 c.p." (in tema di contraffazione di segni distintivi e introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi) preclude in modo automatico il rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo.
Orbene, a fronte di una disciplina così articolata, che sanziona con durezza condotte penalmente rilevanti ritenute dall'ordinamento di particolare gravità e riprovevolezza, rendendo la condanna per tali condanne automaticamente ostativa al rilascio/rinnovo del titolo di soggiorno allo straniero, non sembra ragionevole ipotizzare che condotte ugualmente o analogamente riprovevoli (o addirittura più gravi) possano sfuggire alle sanzioni più rigorose laddove esse siano ascrivibili a soggetti richiedenti la protezione internazionale, pur ove – come nel caso di specie – si tratti di soggetti non ricompresi nelle categorie delle "persone vulnerabili" o dei minori non accompagnati.

9.3. Concessione della cittadinanza italiana.
La sez. III, con sentenza 17 dicembre 2020, n. 8133 ha affermato che è legittimo il diniego di riconoscimento della cittadinanza italiana opposto allo straniero simpatizzante o comunque idealmente vicina o in contatto con un movimento responsabile di

attività gravemente delittuose, e ciò in quanto la sicurezza della Repubblica è interesse di rango certamente superiore rispetto all'interesse di uno straniero ad ottenere la cittadinanza italiana.
Ha ricordato la Sezione che il provvedimento di concessione della cittadinanza, ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. f), l. 5 febbraio 1992, n. 91, è atto squisitamente discrezionale di "alta amministrazione", condizionato all'esistenza di un interesse pubblico che con lo stesso atto si intende raggiungere e da uno *status illesae dignitatis* (morale e civile) di colui che lo richiede.
L'Amministrazione, dopo aver accertato l'esistenza dei presupposti per proporre la domanda di cittadinanza, effettua una valutazione ampiamente discrezionale, che non può che tradursi in un apprezzamento di opportunità, circa lo stabile inserimento dello straniero nella comunità nazionale, sulle ragioni che inducono lo straniero a chiedere la nazionalità italiana e riguardo alle sue possibilità di rispettare i doveri che derivano dall'appartenenza alla comunità nazionale. Nella valutazione articolata che spetta all'Amministrazione per concedere o meno la cittadinanza assumono rilievo tutti gli aspetti da cui è possibile desumere l'integrazione del richiedente nella comunità nazionale, sotto il profilo della conoscenza e osservanza delle regole giuridiche, civili e culturali che la connotano. Sono, perciò, in rilievo tutti quegli aspetti che farebbero dello straniero un buon cittadino, quali la perfetta integrazione nel tessuto sociale italiano, l'assenza di precedenti penali, considerazioni di carattere economico e patrimoniale per cui si possa presumere che egli sia in grado di adempiere ai doveri di solidarietà economica e sociale richiesti a tutti i cittadini, pur senza stretti limiti reddituali imposti per legge, le condizioni familiari e di irreprensibilità della condotta. Riconoscimento, quello della cittadinanza, per sua natura irrevocabile e che dunque presuppone che nessun dubbio, nessuna ombra di inaffidabilità del richiedente sussista, anche con valutazione prognostica per il futuro, circa la piena adesione ai valori costituzionali su cui Repubblica Italiana si fonda. Tale valutazione discrezionale può essere sindacata in questa sede nei ristretti ambiti del controllo estrinseco e formale; il sindacato del giudice non può dunque spingersi al di là della verifica della ricorrenza di un sufficiente supporto istruttorio, della veridicità dei fatti posti a fondamento della decisione e dell'esistenza di una giustificazione motivazionale che appaia logica, coerente e ragionevole.
Ha aggiunto la Sezione che a fronte degli importanti interessi della comunità nazionale coinvolti nel procedimento l'interesse del cittadino di altro Stato a conseguire la cittadinanza italiana è inevitabilmente recessivo e sottoposto a severa verifica istruttoria, affidata non solo alle autorità locali di pubblica sicurezza (il Prefetto e il Questore, i quali nella fattispecie, come prospettato dall'appellante, non hanno evidenziato criticità), ma anche agli organismi specificamente preposti ai servizi di sicurezza dello Stato, che invece nella presente fattispecie hanno evidenziato - con modalità compatibili con la riservatezza (pure consentita perché dovuta a esigenze di sicurezza nazionale: si pensi alla tutela delle fonti di informazione) e dunque non soggette ai pieni canoni di trasparenza che debbono caratterizzare l'attività amministrativa ordinaria - possibili criticità. Non sono negati diritti fondamentali della persona garantiti a livello costituzionale, comuni-

tario o internazionale; è stato invece negato un beneficio la cui concessione è subordinata ad una valutazione di opportunità politico-amministrativa altamente discrezionale e informata a principi di cautela, nell'interesse nazionale, senza che sia peraltro preclusa al richiedente la riproposizione dell'istanza, alla luce di eventuali successivi ed ulteriori elementi (in tesi) "favorevoli" alla sua posizione.

10. Procedimento amministrativo.

10.1. Verbale degli organi collegiali.

Con sentenza n. 3544 del 4 giugno 2020, la sez. II ha chiarito che il verbale degli organi collegiali forma la memoria conservativa rispetto a quanto è accaduto nell'ambito delle decisioni intraprese dall'assemblea e va a costituire la documentazione amministrativa necessaria ai fini amministrativi. Tale verbalizzazione può avvenire, in certi casi, anche nella seduta successiva, in cui viene dato atto della deliberazione adottata (già adottata e perfezionata, quindi), nella seduta precedente. Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (11 dicembre 2001, n. 6208), infatti, il verbale ha il compito di attestare il compimento dei fatti svoltisi in modo tale che sia sempre verificabile la regolarità dell'iter di formazione della volontà collegiale e di permettere il controllo delle attività svolte, senza che sia necessaria una indicazione minuta delle singole attività che sono state compiute e le singole opinioni espresse. Pertanto, distinguendo tra atto-documentato e verbale ed anche tra documento e verbale in cui si conserva l'atto già valido, l'iter logico seguito per l'adozione di una deliberazione da parte di un organo collegiale deve risultare dalla delibera stessa e non dal verbale della seduta poiché il verbale ha l'esclusivo compito di certificare fatti storici già accaduti e di assicurare certezza a delle determinazioni che sono già state adottate e che sono già entrate a fare parte del mondo giuridico dal momento della loro adozione: la mancanza o il difetto di verbalizzazione non comportano, quindi, l'inesistenza dell'atto amministrativo, poiché a determinazione di volontà da parte dell'organo è distinta inequivocabilmente dalla sua proiezione formale. Il difetto di verbalizzazione, in sintesi, non comporta l'inesistenza dell'atto amministrativo, dato che la determinazione volitiva dell'organo è ben distinta dalla sua proiezione formale, confermandosi, così, la distinzione tra atto deliberato e sua verbalizzazione. Dal punto di vista contenutistico, di conseguenza, l'atto di verbalizzazione, ha una funzione di certificazione pubblica, contiene e rappresenta i fatti e gli atti giuridicamente rilevanti che è necessario siano conservati per le esigenze probatorie con fede privilegiata - dal momento che sono redatti da un pubblico ufficiale - che si sostanzia essenzialmente nella attendibilità in merito alla provenienza dell'atto, alle dichiarazioni compiute innanzi al pubblico ufficiale ed ai fatti innanzi a lui accaduti.

Infine, deve rammentarsi che il verbale non deve essere necessariamente prodotto ed approvato in contemporaneità con la seduta dell'organo collegiale, ma può essere prodotto anche in un momento successivo al provvedimento deliberativo adottato durante la seduta).

Peraltro, la non ascrivibilità del verbale agli atti collegiali comporta che la sottoscrizione di tutti i componenti del collegio non è essenziale per la sua esistenza e validità, che

possono essere incise solo dalla mancanza della sottoscrizione del pubblico ufficiale redattore, ovvero dalla mancata indicazione delle persone intervenute.

11. Provvedimento amministrativo.

11.1. Forma degli atti adottati da organo collegiale.

Tra le diverse sentenze che hanno pronunciato in tema di "provvedimento amministrativo", vale innanzitutto segnalare la n. 3544 del 4 giugno 2020, con la quale la sez. II si è soffermato sulla forma che devono assumere gli atti adottati da organo collegiale, escludendo che debbano necessariamente avere forma scritta. Tale forma, infatti, non qualifica le decisioni adottate da detti organi, potendosi le stesse manifestare mediante forme anche diverse dallo scritto, come per le votazioni e proclamazione delle stesse. Successivamente rispetto alle votazioni espresse nell'ambito di un collegio, si procede a stilare l'atto di deliberazione che, in pratica, riproduce un atto già di per sé valido ed efficace. In tal caso il documento amministrativo contenente le manifestazioni di volontà del consesso e ha la funzione di conservare alla memoria la deliberazione così come è stata adottata.

Pertanto, nell'ambito degli organi collegiali, la volontà viene manifestata mediante formalità che possono essere anche differenti dall'atto scritto.

La documentazione dell'atto, ovvero le deliberazioni, trova la sua fonte nella verbalizzazione di quanto viene manifestato all'interno della seduta del consesso. La verbalizzazione delle attività espletate da un organo amministrativo costituisce un atto necessario, in quanto consente la verifica della regolarità delle operazioni medesime.

Ha affermato la Sezione che, secondo la dottrina in materia di studio sugli atti amministrativi, il verbale può definirsi quale atto giuridico, appartenente alla categoria delle certificazioni, quale documento avente lo scopo di descrivere atti o fatti rilevanti per il diritto, compiuti alla presenza di un funzionario verbalizzante cui è stata attribuita detta funzione.

Un primo carattere importante degli atti verbali consiste nella documentazione di quanto si è verificato in relazione ad un determinato accadimento della vita e, nella sua qualità di atto amministrativo, deve essere distinto rispetto agli atti ed ai fatti che vengono rappresentati e descritti proprio nelle verbalizzazioni. Ne è un esempio la deliberazione adottata, ad esempio, da parte di un certo organo collegiale che esiste a prescindere dall'atto verbale che ne riferisce i contenuti.

In relazione alla forma dell'atto amministrativo consistente nel verbale, occorre aggiungere che, in generale, il diritto amministrativo sancisce un principio (seppur temperato) di libertà della forma salvo che non sussistono del diritto positivo delle specifiche norme giuridiche che dispongono invece una determinata forma richiesta per l'esistenza dell'atto c.d. *ad substantiam*.

Detto principio di libertà della forma, in ogni caso, è relativo alla possibilità di redazione di un atto in forma scritta senza il rispetto di particolari metodi solenni.

In sostanza la forma è un elemento che si lega alla dichiarazione, determinato per legge. Nel diritto amministrativo la forma degli atti è tendenzialmente libera, potendo l'atto

amministrativo rivestire sia la forma scritta (es. un verbale) sia la forma orale (es. un atto iussivo) sia la forma simbolica o per immagini (es. un segnale stradale).
In genere è la legge che stabilisce quale forma l'atto debba assumere, in ossequio ai principi di tipicità e nominatività degli atti. In difetto, occorre valutare il grado di incidenza dell'atto sulle situazioni giuridiche dei destinatari e la natura degli interessi in gioco, richiedendosi preferibilmente la forma scritta nel caso di provvedimenti limitativi della sfera giuridica altrui.
Se la forma è essenziale, la sua violazione comporta, di regola, l'annullabilità dell'atto ed il relativo vizio è quello della violazione di legge.
Se si ritiene, peraltro, che la forma sia un elemento costitutivo all'atto, la sua mancanza comporta la nullità dell'atto. Se, invece, la violazione attiene ad un aspetto meramente formale, che non incide sugli elementi essenziali, allora il vizio può essere sanato mediante autocorrezione (es., in caso di mera irregolarità) ovvero mediante il principio del raggiungimento dello scopo.
Resta da chiarire che, in ogni caso, la forma dell'atto si distingue necessariamente rispetto alla documentazione nell'ambito della quale vengono trascritti gli accadimenti dei fatti occorsi.
Con ciò si afferma, pertanto, che, nel prescindere da un'essenziale esigenza di forma scritta per la sostanza dell'atto amministrativo, quest'ultimo è necessariamente documentabile mediante la scrittura od altro strumento da cui possa trarsi la verificabilità dell'atto o dei fatti avvenuti.
Si tenga inoltre conto che l'art. 22, l. 7 agosto 1990, n. 241 offre una definizione di documento amministrativo e cioè ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi a uno specifico procedimento, detenuti da una Pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale. Detta disposizione conferma la distinzione ontologica, adottata dallo stesso diritto positivo, tra atto amministrativo e sua documentazione.

11.2. Rapporto tra atto presupposto e atto conseguenziale.
Con sentenza 10 novembre 2020, n. 6922 la sez. III ha affermato che l'illegittimità ed il conseguente annullamento dell'atto presupposto determinano l'illegittimità di quello conseguente, venendo meno la situazione giuridica che costituisce la condizione unica e necessaria per la sua legittima esistenza (cd. invalidità derivata); l'annullamento del provvedimento presupposto si ripercuote su quello presupponente, che è travolto e caducato.
Ha chiarito la Sezione che la nozione di atto presupposto è fondata, in relazione ad atti di un unico procedimento o anche ad atti autonomi, sull'esistenza di un collegamento fra gli atti stessi, così stretto nel contenuto e negli effetti da far ritenere che l'atto successivo sia emanazione diretta e necessaria di quello precedente, così che il primo è in concreto tanto condizionato dal secondo nella statuizione e nelle conseguenze da non

potersene. La dottrina, dal canto suo, ha osservato come la connessione di più provvedimenti amministrativi per presupposizione postuli un aspetto strutturale ed uno funzionale.
Sotto l'aspetto strutturale, gli atti sono in una relazione di successione giuridica e cronologica, o di necessario concatenamento; l'atto presupposto non soltanto precede e prepara quello presupponente, ma ne è il sostegno esclusivo. Gli effetti del provvedimento pregiudiziale sono i fatti costitutivi del secondo, o meglio del relativo potere; vi è una consequenzialità necessaria tra i due provvedimenti, tale che l'esistenza e la validità di quello presupposto sono condizioni indispensabili affinché l'altro possa legittimamente esistere e produrre la propria efficacia giuridica.
Sotto l'aspetto funzionale, poi, i più atti risultano preordinati alla realizzazione di un unico rapporto amministrativo, riguardano, cioè, un unico bene della vita; ciascun atto spiega da solo taluni effetti giuridici, ma soltanto congiuntamente all'altro dà vita al rapporto giuridico, che rappresenta l'oggetto dell'interesse pubblico considerato dai più poteri funzionalmente collegati.
Da quanto detto emerge che, sul piano della disciplina, l'illegittimità ed il conseguente annullamento dell'atto presupposto determinano l'illegittimità di quello conseguente, venendo meno la situazione giuridica che costituisce la condizione unica e necessaria per la sua legittima esistenza (c.d. invalidità derivata): l'annullamento del provvedimento presupposto si ripercuote su quello presupponente, che è travolto e caducato.
Ed invero, l'atto presupposto è fondamento esclusivo di quello applicativo, nel senso che l'esistenza e la validità del primo sono condizioni necessarie affinché il secondo possa legittimamente venire ad esistenza; non è possibile che l'atto presupposto non esista o, qualora emanato, sia successivamente eliminato (dal giudice o dalla Pubblica amministrazione in via di autotutela) e che rimanga legittimamente in vita quello dipendente. Infatti, essendo gli atti concatenati, le sorti dell'atto presupposto si ripercuotono inevitabilmente su quelle dell'atto presupponente: gli effetti sostanziali prodotti da quest'ultimo postulano l'avvenuta realizzazione di quelli prodotti dall'atto presupposto, di tal ché, se questi, a seguito dell'annullamento dell'atto presupposto, sono stati rimossi con efficacia retroattiva, il rapporto amministrativo originato dall'atto dipendente non può sussistere.

11.3. Provvedimento a contenuto plurimo.
La astratta ammissibilità di provvedimenti a contenuto plurimo, caratterizzati da un'unitarietà solo formale, ma non anche sostanziale, in quanto scindibili in molteplici atti di diverso contenuto, indipendenti l'uno dall'altro, deve essere contemperata col divieto di commistione tra profili incompatibili tra di loro. A detta conclusione è pervenuta la sez. II, con sentenza 28 agosto 2020, n. 5288.
La Sezione ha affrontato il tema della ammissibilità di un provvedimento a contenuto plurimo che racchiuda in sé una sanatoria e l'avallo di una variante c.d. "comune", escludendola laddove non si addivenga ad una mera sommatoria di atti, ma si pretenda di attingere la finalità ad entrambi in maniera promiscua. Non esiste, infatti, nessuna pregiudiziale sistematica alla confluenza in un unico provvedimento di due distinte finalità,

non essendo ravvisabile alcun principio o norma che la precluda. L'ordinamento contempla, anzi, pacificamente la categoria degli atti a contenuto plurimo, caratterizzati da un'unitarietà solo formale, ma non anche sostanziale, in quanto scindibili in molteplici atti di diverso contenuto, indipendenti l'uno dall'altro. Essa tuttavia non consente la commistione di finalità eterogenee, a maggior ragione avuto riguardo, ad esempio, alla tipicità che connota ontologicamente il permesso in sanatoria.

11.4. Provvedimento amministrativo condizionato.

La sez. IV, con sentenza 16 giugno 2020, n. 3869 ha affermato che l'apposizione di elementi accidentali al provvedimento amministrativo è, in linea generale, consentita, purché essa non determini una violazione del principio di legalità (e dei suoi corollari) e non distorca la finalità per la quale il potere è stato attribuito all'amministrazione. Sul punto, la Sezione ha richiamato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui: a) da tempo è ammesso l'istituto del provvedimento (di solito, abilitativo) condizionato, con ciò superando le perplessità che furono in passato manifestate in dottrina, che costruiva l'atto amministrativo all'interno della teoria generale degli atti giuridici, a sua volta modellata, com'è noto, su quella positiva del negozio giuridico di diritto tedesco e che, quindi, non credeva possibile l'apposizione di elementi accidentali nel provvedimento amministrativo; b) "…costituisce inutile aggravio procedurale (perché non bilanciato da una sufficiente ragione di interesse pubblico) l'arresto di un procedimento, che può invece proseguire sotto la condizione sospensiva del perfezionamento di altra procedura presupposta.

Nel caso sottoposto all'esame della Sezione si trattava di un provvedimento di destituzione dal servizio adottato con la seguente formula: "il presente provvedimento dispiegherà gli effetti inflittivi, a decorrere dalla data di adozione, subordinatamente all'eventuale reviviscenza, per qualunque causa, del primitivo rapporto di pubblico impiego". La Sezione ha precisato che tale condizione non rende incerti gli effetti tipici del provvedimento né li distorce in modo incompatibile alla finalità per la quale il potere è stato attribuito all'Amministrazione, sicché essa appare pienamente compatibile con le coordinate generali poste in apertura dell'esame del presente motivo di censura. In ogni caso, anche qualora si dovesse ritenere viziata la condizione, dovrebbe, al più, ritenersi viziata la sola clausola condizionante, poiché il vizio che controparte adduce essere dell'intero provvedimento sarebbe, in realtà, a tutto voler concedere, solo dell'elemento accidentale.

12. Sanzioni amministrative.

La sez. II, con sentenza 4 giugno 2020, n. 3548 la chiarito che la sanzione accessoria, in quanto si aggiunge ad altra c.d. "principale", abbia essa natura penale o amministrativa, di regola ne segue le sorti; pertanto l'estinzione del procedimento che riguarda la prima, in assenza di esplicite indicazioni di senso opposto da parte del legislatore, incide anche sulla seconda; quanto detto non accade ove il concetto di "accessorietà" sia solo sinonimo di "aggiunta", non di "correlazione strumentale"; ciò per scongiurare l'ipotetica violazione del principio del *ne bis in idem*, che vieta di assoggettare la medesima condotta ad un tempo ad una sanzione penale e ad una sanzione amministrativa: l'esistenza di un

autonomo disvalore della medesima condotta in ragione della diversa angolazione dalla quale essa viene riguardata (ad esempio enfatizzando l'utilizzo strumentale dell'attività commerciale svolta), può imporre l'integrale valutazione giuridica del fatto anche sotto il profilo della conseguente punizione.
Ha aggiunto che la l. 24 novembre 1981, n. 689, che contiene i principi fondamentali in materia di illecito e sanzioni amministrative, si occupa espressamente solo delle sanzioni amministrative pecuniarie, salvo singole previsioni in materia di confisca e di sanzioni accessorie di natura diversa già previste per le originarie ipotesi di reato decriminalizzate; tuttavia le regole sostanziali individuabili all'interno dell'articolato normativo trovano applicazione ad ogni sanzione amministrativa in senso stretto, ancorché non pecuniaria, dovendosi prospettare una interpretazione evolutiva dell'art. 20, comma 1, l. n. 689 del 1981 che – nel solco del principio di legalità - resta norma di riferimento anche per le sanzioni amministrative non pecuniarie non derivanti dalla depenalizzazione; ciò a maggior ragione in relazione ai principi sulla attribuibilità del fatto e la responsabilità personale.
La nota include nel perimetro di applicazione della normativa solo le sanzioni (e conseguentemente, gli illeciti puniti con le stesse) pecuniarie, con ciò rischiando di svuotare sensibilmente la portata della riforma, finalizzata anche a dar vita ad un vero e proprio "codice" dell'illecito amministrativo. Per tale ragione, la dottrina pressoché unanime ha tentato da subito in vario modo di svalutare la portata delimitatrice della norma, seppur di difficile lettura, sottolineandone la pluralità di interpretazioni possibili, per addivenire ad una diversa ricostruzione in via interpretativa della rilevanza *ratione obiecti* della l. n. 689 del 1981. In particolare, si sono individuati all'interno dell'articolato normativo tre nuclei fondamentali: a) i principi in materia di tutela giurisdizionale (originariamente contenuti negli artt. 22-25, oggi riconducibili all'art. 6, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, che si occupa in maniera esplicita delle sanzioni non pecuniarie; b) i principi sul procedimento (artt. 13-21); c) i principi sostanziali sull'illecito e la sanzione. Mentre le regole procedimentali, con l'esclusione secondo taluni dell'art. 13, invocato come modello generale per ogni caso di applicazione di una sanzione amministrativa, paiono attagliarsi solo a quelle pecuniarie; quelle sostanziali, pur con talune eccezioni (si pensi alla previsione della forbice edittale di cui all'art. 10 ovvero alle regole sulla prescrizione, che peraltro sono collocate nella sez. II del capo I, all'art. 28), non possono non trovare applicazione ad ogni sanzione amministrativa in senso stretto, ancorché non pecuniaria. Proprio le sanzioni non pecuniarie (abbiano le stesse natura principale o accessoria alle sanzioni pecuniarie) hanno ottenuto una marginale considerazione nell'economia dell'art. 20, l. n. 689, che è più intensamente concentrato sulla specifica sanzione non pecuniaria della confisca. Esso tuttavia deve interpretarsi in maniera non più confinata alle sanzioni amministrative non pecuniarie derivanti da depenalizzazione ma anche a quelle che sono tali ab origine. Interpretazione evolutiva di natura doverosa, in quanto consente di estendere i principi sostanziali sull'illecito e la sanzione – in special modo, attribuibilità, personalità e colpevolezza - a tutte le sanzioni amministrative non pecuniarie che abbiano i caratteri di generalità, afflittività e deterrenza profilati dalla giurisprudenza della Corte EDU in materia di "sanzioni sostanzialmente penali".

Ha ancora affermato la Sezione che la giurisprudenza della Corte EDU in materia di "sanzioni sostanzialmente penali" conferma la necessità di riconoscere l'applicabilità di determinati principi ai casi di applicazione di misure afflittive previste in maniera generalizzata. Il fatto dunque che l'ordinamento nazionale non qualifichi una certa sanzione come "penale" non ne implica l'esclusione dal relativo perimetro secondo la diversa accezione data alla stessa ai sensi della Convenzione. La Corte EDU, per evitare la c.d. "truffa delle etichette", impone di guardare al di là dell'inquadramento formale e ricercare la "realtà della procedura in questione" (Corte EDU, 27 febbraio 1980, caso 6903/75, Deweer v. Belgium, par. 44). Assume dunque rilievo la circostanza che la previsione sanzionatoria si rivolga ad una generalità di soggetti -non sia quindi una sanzione disciplinare- e che abbia un contenuto afflittivo e una funzione deterrente. Peraltro, secondo la costante giurisprudenza di Strasburgo, i due ultimi requisiti sopra richiamati sono tra loro alternativi e non cumulativi. Sicché, da un lato, la gravità (severità) può essere non necessaria, ove una sanzione abbia in sé stessa una inequivoca funzione deterrente e punitiva; dall'altro, entro certi limiti, anche una misura nella quale il carattere afflittivo non sia prevalente (o addirittura manchi), ma che abbia conseguenze gravi per il destinatario, può essere considerata di natura penale e, quindi, rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU (Corte EDU, 24 aprile 2012, caso n. 1051/06, Mihai Toma v. Romania, par. 26; id., 30 maggio 2006, caso n. 38184/03, Matyjec v. Polland, par. 58). Quanto poi all'art. 7, la Corte EDU è giunta a trarne, con la sentenza sull'affaire di Punta Perotti facendo leva sulla presenza del sintagma "persona colpevole" nelle versioni inglese e francese dell'articolo, la necessaria presenza di un criterio d'imputabilità soggettiva dell'illecito soggetto a sanzione penale (Corte EDU, sez. II, 20 gennaio 2009, caso n. 75909/01, Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia, par. 116). Per quanto qui di interesse, avuto riguardo ad una graduazione minimale dell'elemento soggettivo all'interno della fattispecie illecita, si è ritenuta sufficiente la coscienza e volontà della condotta, senza addivenire all'affermata necessità della pienezza della presenza del dolo o della colpa a seconda della tipologia dell'illecito; ma di certo senza neppure ammettere forme di responsabilità oggettiva per fatto di terzi, in alcun modo ricollegabile alla sfera di controllo del soggetto punito.

L'applicabilità alle sanzioni amministrative non pecuniarie dei principi generali rivenienti dalla l. n. 689 del 1981 risulta confermata anche dalla giurisprudenza costituzionale. Già con sentenza n. 196 del 2010 i giudici della Consulta, richiamando proprio la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, hanno affermato "il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto". L'ipotetico utilizzo elusivo delle transazioni commerciali, pertanto, deve in qualche modo essere provato, ad esempio avuto riguardo alla sostanziale sovrapponibilità della compagine societaria tale da mettere in luce l'identità di fatto dei soggetti coinvolti. L'identità dell'attività, invece, è intrinseca nella transazione effettuata: nella legislazione commerciale, infatti, il subingresso *ex se*, per atto *inter vivos* o *mortis causa*, si caratterizza proprio per avere ad oggetto la stessa attività, sì da giustificare le semplificazioni procedurali nell'attivazione - *rectius*, prosecuzione dell'impresa senza soluzione di continuità-

da parte del nuovo titolare, che non a caso nel complesso dei beni aziendali acquisiti, definitivamente o temporaneamente, deve poter annoverare anche l'avviamento. Né può essere condivisa la prospettazione che vorrebbe l'acquirente parte diligente in termini di acquisizione di notizie circa la sussistenza di procedimenti sanzionatori pendenti a carico del proprio dante causa: ammesso e non concesso, infatti, che esista una "certificazione" da parte delle Camere di commercio esaustiva al riguardo, non è dato capire in che modo l'acquirente, venuto a conoscenza degli esiti del procedimento penale, possa tutelarsi dalla ipotetica irrogazione, in un imprecisato futuro, della chiusura dell'esercizio. Ciò si risolverebbe finanche in una violazione del divieto di *gold plating*, pure di derivazione comunitaria, imponendo un onere aggiuntivo nelle transazioni finalizzate all'acquisto di un'azienda commerciale, al solo eventuale scopo di monetizzarne il rischio, in assenza peraltro di qualsivoglia indicazione normativa in tal senso.

13. Accesso ai documenti.

Molte le sentenze di interesse in materia di accesso ai documenti, ordinario e generalizzato.

13.1. Istanza di accesso formulata in modo generico, esaminabile come istanza di accesso civico generalizzato.

L'Adunanza plenaria, con sentenza 2 aprile 2020, n. 10 ha pronunciato in tema di accesso civico generalizzato, definito quale "terza generazione" del diritto all'accesso, dopo quello documentale di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241 e quello civico c.d. semplice di cui all'originaria formulazione del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

Ha affermato che la Pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. n. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo, adìto ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla Pubblica amministrazione all'esito del procedimento.

Ha premesso l'Adunanza plenaria che la giurisprudenza del Consiglio di Stato è consolidata e uniforme nell'ammettere il concorso degli accessi, ed ciò perché nulla, nell'ordinamento, preclude il cumulo anche contestuale di differenti istanze di accesso. Se è vero che l'accesso documentale e quello civico generalizzato differiscono per finalità, requisiti e aspetti procedimentali, infatti, la Pubblica amministrazione, nel rispetto del contraddittorio con eventuali controinteressati, deve esaminare l'istanza nel suo complesso, nel suo "anelito ostensivo", evitando inutili formalismi e appesantimenti procedurali tali da condurre ad una defatigante duplicazione del suo esame.

Con riferimento al dato procedimentale, infatti, in materia di accesso opera il principio di stretta necessità, che si traduce nel principio del minor aggravio possibile nell'eserci-

zio del diritto, con il divieto di vincolare l'accesso a rigide regole formali che ne ostacolino la soddisfazione.
La coesistenza dei due regimi e la possibilità di proporre entrambe le istanze, anche *uno actu*, è certo uno degli aspetti più critici dell'attuale disciplina perché, come ha bene messo in rilievo l'Anac nelle Linee guida di cui alla delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 (par. 2.3, p. 7), l'accesso agli atti di cui alla l. n. 241 del 1990 continua certamente a sussistere, ma parallelamente all'accesso civico (generalizzato e non), operando sulla base di norme e presupposti diversi, e la proposizione contestuale di entrambi gli accessi, può comportare un "evidente aggravio per l'amministrazione (del quale l'interprete non può che limitarsi a prendere atto), dal momento che dovrà applicare e valutare regole e limiti differenti". Tenere ben distinte le due fattispecie è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco, allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi e tuttavia, come si è detto, le due fattispecie di accesso ben possono concorrere, senza reciproca esclusione, e completarsi. Il bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso previsto dalla l. n. 241 del 1990, dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti, e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti), ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni. L'Anac ha osservato che i dinieghi di accesso agli atti e documenti di cui alla l. n. 241 del 1990, se motivati con esigenze di "riservatezza" pubblica o privata, devono essere considerati attentamente anche ai fini dell'accesso generalizzato, ove l'istanza relativa a quest'ultimo sia identica e presentata nel medesimo contesto temporale a quella dell'accesso di cui alla l. n. 241 del 1990, indipendentemente dal soggetto che l'ha proposta. Con ciò essa ha inteso "dire, cioè, che laddove l'Amministrazione, con riferimento agli stessi dati, documenti e informazioni, abbia negato il diritto di accesso *ex* l. n. 241 del 1990, motivando nel merito, cioè con la necessità di tutelare un interesse pubblico o privato prevalente, e quindi nonostante l'esistenza di una posizione soggettiva legittimante ai sensi della l. n. 241 del 1990, per ragioni di coerenza sistematica e a garanzia di posizioni individuali specificamente riconosciute dall'ordinamento, si deve ritenere che le stesse esigenze di tutela dell'interesse pubblico o privato sussistano anche in presenza di una richiesta di accesso generalizzato, anche presentata da altri soggetti". Se questo è vero, non può nemmeno escludersi tuttavia, per converso, che un'istanza di accesso documentale, non accoglibile per l'assenza di un interesse attuale e concreto, possa essere invece accolta *sub specie* di accesso civico generalizzato, come è nel caso presente, fermi restando i limiti di cui ai cennati commi 1 e 2 dell'art. 5 *bis*, d.lgs. n. 33 del 2013, limiti che sono certamente più ampi e oggetto di una valutazione a più alto tasso di discrezionalità. L'Adunanza ha quindi concluso che a fronte di una istanza che non fa riferimento in modo specifico e circostanziato alla disciplina dell'accesso procedimentale o a quella dell'accesso civico generalizzato e non ha inteso ricondurre o limitare l'interesse ostensivo all'una o all'altra disciplina, ma si muove sull'incerto crinale tra l'uno e l'altro, la pubblica amministrazione ha il dovere

di rispondere, in modo motivato, sulla sussistenza o meno dei presupposti per riconoscere i presupposti dell'una e dell'altra forma di accesso, laddove essi siano stati comunque, e sostanzialmente, rappresentati nell'istanza. A tale conclusione non osta il fatto che l'istanza di accesso civico generalizzato non debba rappresentare l'esistenza di un interesse qualificato, a differenza di quella relativa all'accesso documentale, e che non debba essere nemmeno motivata, perché l'interesse e i motivi rappresentati, indistintamente ed eventualmente, al fine di sostenere l'esistenza di un interesse *uti singulus*, ai fini dell'art. 22, l. n. 241 del 1990, ben possono essere considerati dalla pubblica amministrazione per valutare l'esistenza dei presupposti atti a riconoscere l'accesso generalizzato *uti civis*, quantomeno per il limitato profilo, di cui oltre si tratterà, del c.d. *public interest test*. In questo senso si è espresso anche il Ministro per la Pubblica amministrazione e la semplificazione nella Circolare n. 2 del 6 giugno 2017 sull'Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. Foia: *Freedom of information act*) laddove, nel valorizzare il criterio della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo, ha chiarito al par. 2.2 che "dato che l'istituto dell'accesso generalizzato assicura una più ampia tutela all'interesse conoscitivo, qualora non sia specificato un diverso titolo giuridico della domanda (ad es. procedimentale, ambientale, ecc.), la stessa dovrà essere trattata dall'amministrazione come richiesta di accesso generalizzato". Solo ove l'istante abbia inteso, espressamente e inequivocabilmente, limitare l'interesse ostensivo ad uno specifico profilo, quello documentale o quello civico, la pubblica amministrazione dovrà limitarsi ad esaminare quello specifico profilo, senza essere tenuta a pronunciarsi sui presupposti dell'altra forma di accesso, non richiesta dall'interessato.

L'Adunanza plenaria ha quindi chiarito che *electa una via* in sede procedimentale, alla parte è preclusa la conversione dell'istanza da un modello all'altro, che non può essere né imposta alla Pubblica amministrazione né ammessa – ancorché su impulso del privato – in sede di riesame o di ricorso giurisdizionale, ferma restando però, come si è già rilevato, la possibilità di strutturare in termini alternativi, cumulativi o condizionati la pretesa ostensiva in sede procedimentale.

Nemmeno ad opera o a favore del privato può realizzarsi, insomma, quell'inversione tra procedimento e processo che si verifica quando nel processo vengono introdotte pretese o ragioni mai prima esposte, come era doveroso, in sede procedimentale.

Se è vero che il rapporto tra le diverse forme di accesso, generali e anche speciali, deve essere letto secondo un criterio di integrazione e non secondo una logica di irriducibile separazione, per la miglior soddisfazione dell'interesse conoscitivo, è d'altro lato innegabile che questo interesse conoscitivo nella sua integralità e multiformità deve essere stato fatto valere e rappresentato, anzitutto, in sede procedimentale dal diretto interessato e valutato dalla pubblica amministrazione nell'esercizio del suo potere, non potendo il giudice pronunciarsi su un potere non ancora esercitato, stante il divieto dell'art. 34, comma 2, c.p.a., per non essere stato nemmeno sollecitato dall'istante.

È vero che il giudizio in materia di accesso, pur seguendo lo schema impugnatorio, non ha sostanzialmente natura impugnatoria, ma è rivolto all'accertamento della sussistenza o meno del diritto dell'istante all'accesso medesimo e, in tal senso, è dunque un "giudizio sul rapporto", come del resto si evince dall'art. 116, comma 4, c.p.a., secondo cui il

giudice, sussistendone i presupposti, "ordina l'esibizione dei documenti richiesti". Ma il c.d. giudizio sul rapporto, pur in sede di giurisdizione esclusiva, non può essere la ragione né la sede per esaminare la prima volta avanti al giudice questo rapporto perché è il procedimento la sede prima, elettiva, immancabile, nella quale la composizione degli interessi, secondo la tecnica del bilanciamento, deve essere compiuta da parte del soggetto pubblico competente, senza alcuna inversione tra procedimento e processo.

13.2. Accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico.

Con riferimento all'accesso agli atti di gara l'Adunanza plenaria, con sentenza 2 aprile 2020, n. 10 ha chiarito che è ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22, l. 7 agosto 1990, n. 241 del 1990, e una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e, quindi, allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale

L'Adunanza plenaria ha ricordato che la giurisprudenza del Consiglio di Stato è univoca nell'ammettere l'accesso documentale, ricorrendone le condizioni previste dagli artt. 22 e ss., l. n. 241 del 1990, anche agli atti della fase esecutiva laddove funzionale, ad esempio, a dimostrare, attraverso la prova dell'inadempimento delle prestazioni contrattuali, l'originaria inadeguatezza dell'offerta vincitrice della gara, contestata dall'istante nel giudizio promosso contro gli atti di aggiudicazione del servizio.

L'accesso documentale agli atti della fase esecutiva è ammesso espressamente dallo stesso art. 53, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, laddove esso rimette alla disciplina degli artt. 22 e ss., l. n. 241 del 1990, "il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici", ma anche e più in generale dalla l. n. 241 del 1990, richiamata dal citato art. 53.

Questa, dopo la riforma della l. 11 febbraio 2005, n. 15 che ha recepito l'orientamento consolidato della Adunanza plenaria 22 aprile 1999, n. 5 (secondo cui "l'amministrazione non può […] negare l'accesso agli atti riguardanti la sua attività di diritto privato solo in ragione della loro natura privatistica"), ha espressamente riconosciuto l'accesso ad atti "concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale" (art. 22, comma 1, lett. e, l. n. 241 del 1990). Non rileva, pertanto, che la fase esecutiva del rapporto negoziale sia tendenzialmente disciplinata da disposizioni privatistiche, poiché anche e, si direbbe, soprattutto questa fase rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell'opera o del servizio; e lo stesso accesso documentale, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce, come prevede l'art. 22, comma 2, l. n. 241 del 1990, siccome sostituito dall'art. 10, l. 18 giugno 2009, n. 69, "principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza": dell'attività amministrativa, quindi, considerata nel suo complesso.

Esiste, in altri termini, una rilevanza pubblicistica (anche) della fase di esecuzione del contratto, dovuta alla compresenza di fondamentali interessi pubblici, che comporta una disciplina autonoma e parallela rispetto alle disposizioni del codice civile – applicabili "per quanto non espressamente previsto dal presente codice e negli atti attuativi" (art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016) – e questa disciplina si traduce sia nella previsione di disposizioni speciali nel codice dei contratti pubblici (artt. 100-113-*bis*, d.lgs. n. 50 del 2016), sia in penetranti controlli da parte delle autorità preposte a prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione o l'infiltrazione mafiosa manifestatasi nello svolgimento del rapporto negoziale. Sotto tale ultimo profilo, basti menzionare, tra gli altri, le funzioni di vigilanza attribuite all'Anac dall'art. 213, comma 3, lett. b) e c), d.lgs. n. 50 del 2016 in materia di esecuzione dei contratti pubblici, o i controlli antimafia da parte del prefetto, con gli effetti interdittivi di cui all'art. 88, comma 4-*bis*, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

Sotto il profilo degli interessi pubblici sottesi alla fase dell'esecuzione del rapporto, vanno richiamati il principio di trasparenza e quello di concorrenza. La trasparenza, nella forma della pubblicazione degli atti (c.d. *discosclure* proattiva), è espressamente disciplinata dall'art. 29, d.lgs. n. 50 del 2016; alla disciplina dell'accesso agli atti è dedicato l'art. 53 dello stesso Codice dei contratti pubblici, che tuttavia rinvia, in generale, alla disciplina della l. n. 241 del 1990, salvi gli specifici limiti all'accesso e alla divulgazione previsti dal comma 2 al comma 6 dello stesso art. 53. Ma a esigenze di trasparenza, che sorregge il correlativo diritto alla conoscenza degli atti anche nella fase di esecuzione del contratto, conducono anche il principio di concorrenza e il tradizionale principio dell'evidenza pubblica che mira alla scelta del miglior concorrente, principio che non può non ricomprendere la realizzazione corretta dell'opera affidata in esecuzione all'esito della gara.

È vero che il Codice dei contratti pubblici, pur nell'esigenza che l'esecuzione dell'appalto garantisca la qualità delle prestazioni, menziona i principî di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza solo in riferimento alla fase pubblicistica dell'affidamento di appalti e di concessioni, ma non vi è dubbio che la fase dell'esecuzione, se si eccettuano le varianti in corso d'opera ammesse dalla legge e le specifiche circostanze sopravvenute tali da incidere sullo svolgimento del rapporto contrattuale, deve rispecchiare e rispettare l'esito della gara condotto secondo le regole della trasparenza, della non discriminazione e della concorrenza. L'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono dunque essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione. Il delineato quadro normativo e di principî rende ben evidente l'esistenza di situazioni giuridicamente tutelate in capo agli altri operatori economici, che abbiano partecipato alla gara e, in certe ipotesi, che non abbiano partecipato alla gara, interessati a conoscere illegittimità o inadempimenti manifestatisi dalla fase di approvazione del contratto sino alla sua completa esecuzione, non solo per far valere

vizi originari dell'offerta nel giudizio promosso contro l'aggiudicazione, ma anche con riferimento alla sua esecuzione, per potere, una volta risolto il rapporto con l'aggiudicatario, subentrare nel contratto od ottenere la riedizione della gara con chance di aggiudicarsela. La persistenza di un rilevante interesse pubblico nella fase esecutiva del contratto, idoneo a sorreggere situazioni sostanziali e strumentali di altri soggetti privati, in primis il diritto a una corretta informazione sulle vicende contrattuali, è dimostrato, sul piano positivo, da una serie di disposizioni che si vengono a richiamare. Vanno anzitutto ricordate, a monte del costituendo rapporto, le regole del Codice dei contratti pubblici che prevedono in generale i controlli di legittimità sull'aggiudicatario previsti dalle disposizioni proprie delle stazioni appaltanti, il cui esito positivo costituisce condizione sospensiva del contratto insieme con l'approvazione del contratto stesso (artt. 32, comma 12, e 33, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016).

Nel corso del rapporto, poi, rilevano le molteplici, complesse, ipotesi di recesso facoltativo da parte della stazione appaltante, che configurano, in realtà, altrettante ipotesi di autotutela pubblicistica, frutto di valutazione discrezionale e riconducibili al generale paradigma dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990. Vi sono poi specifiche ipotesi di risoluzione di natura privatistica ammesse dal Codice dei contratti pubblici, oltre a quelle previste in via generale dal codice civile, per gravi inadempimenti da parte dell'appaltatore, tali da compromettere la buona riuscita delle prestazioni, accertate dal direttore dei lavori o dal responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato (art. 108, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016) o comunque, anche al di fuori delle ipotesi di grave inadempimento, ipotesi di ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto (art. 108, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016). In tutte queste ipotesi l'art. 110, comma 1, del vigente d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che la stazione appaltante, se intende mantenere l'affidamento alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta, proceda allo scorrimento della graduatoria, esercitando quella che pur sempre, nonostante il contrario avviso di autorevole dottrina, è rimasta anche nel nuovo codice dei contratti pubblici una facoltà discrezionale della pubblica amministrazione, come è reso manifesto dalla lettera dell'art. 108, comma 8, del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016, laddove menziona la facoltà prevista dall'art. 110, comma 1. La circostanza che tuttavia la stazione appaltante, al ricorrere delle ipotesi di risoluzione di cui all'art. 108, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, abbia la mera facoltà di procedere allo scorrimento della graduatoria, con il subentro del secondo classificato o dei successivi secondo l'ordine della stessa, o di indire una nuova gara per il soddisfacimento delle proprie esigenze, laddove permangano immutate – e salva, ovviamente, l'eccezionale facoltà di revocare l'intera procedura gara stessa, se queste esigenze siano addirittura venute meno, e di non bandirne più nessuna – non rende tuttavia evanescente l'interesse dell'operatore economico, che abbia partecipato alla gara, quantomeno meno a conoscere illegittimità, afferenti alla pregressa fase pubblicistica ma emersi solo in sede di esecuzione (ipotesi di c.d. recesso pubblicistico o, più precisamente, forme di annullamento in autotutela, discrezionale o doverosa, secondo le ipotesi sopra ricordate in via esemplificativa), o comunque inadempimenti manifestatisi in fase di esecuzione (ipotesi di c.d. recesso privatistico). L'esecuzione del pubblico contratto o della pubblica concessione, se riguardata

infatti anche dal necessario versante del diritto amministrativo e delle norme del codice dei contratti pubblici, che pure la regolano in ossequio ai dettami del diritto dell'Unione, non è una "terra di nessuno", un rapporto rigorosamente privatistico tra la pubblica amministrazione e il contraente escludente qualsivoglia altro rapporto o interesse, ma è invece soggetta, oltre al controllo dei soggetti pubblici, anche alla verifica e alla connessa conoscibilità da parte di eventuali soggetti controinteressati al subentro o, se del caso, alla riedizione della gara. La latitudine di questo intesse legittimo "strumentale" non solo all'aggiudicazione della commessa, quale bene della vita finale, ma anche, per l'eventuale riedizione della gara, quale bene della vita intermedio, secondo quel "polimorfismo" del bene della vita alla quale tende per graduali passaggi l'interesse legittimo, schiude la strada ad una visione della materia, che fuoriesce dall'angusto confine di una radicale visione soggettivistica del rapporto tra il solo, singolo, concorrente e la pubblica amministrazione e che vede la confluenza e la tutela di molteplici interessi anche in ordine alla sorte e alla prosecuzione del contratto, fermo pur sempre il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa in questa materia.
Applicando le medesime coordinate anche alla fase privatistica del contratto pubblico, il riconoscimento di un interesse strumentale giuridicamente tutelato quantomeno ai soggetti che abbiano partecipato alla gara, e non ne siano stati definitivamente esclusi per l'esistenza di preclusioni che impedirebbero loro di partecipare a qualsiasi gara (si pensi ad una impresa colpita da informazione antimafia), a conoscere gli atti della fase esecutiva non configura quindi una "iperestensione" del loro interesse, con conseguente allargamento "a valle" della giurisdizione amministrativa, tutte le volte in cui, a fronte di vicende di natura pubblicistica o privatistica già verificatesi incidenti sulla prosecuzione del rapporto, sia configurabile, se non il necessario, obbligatorio, scorrimento della graduatoria (c.d. bene finale), quantomeno la realistica possibilità di riedizione della gara (c.d. bene intermedio) per conseguire l'aggiudicazione della stessa (c.d. bene finale), in un "solido collegamento" con il bene finale.
L'interesse concorrenziale alla corretta esecuzione del contratto riacquista concretezza ed attualità, in altri termini, in tutte le ipotesi in cui la fase dell'esecuzione non rispecchi più quella dell'aggiudicazione, conseguita all'esito di un trasparente, imparziale, corretto gioco concorrenziale, o per il manifestarsi di vizi che già in origine rendevano illegittima l'aggiudicazione o per la sopravvenienza di illegittimità che precludano la prosecuzione del rapporto (c.d. risoluzione pubblicistica, facoltativa o doverosa) o per inadempimenti che ne determinino l'inefficacia sopravvenuta (c.d. risoluzione privatistica), sì che emerga una distorsione di tutte quelle regole concorrenziali che avevano condotto all'aggiudicazione della gara in favore del miglior concorrente per la miglior soddisfazione dell'interesse pubblico.
Tanto chiarito sulla sussistenza di un interesse, e sulla conseguente legittimazione che deriva dalla titolarità dello stesso, alla conoscenza dello svolgimento del rapporto contrattuale, occorre però, ai fini dell'accesso, che l'interesse dell'istante, pur in astratto legittimato, possa considerarsi concreto, attuale, diretto, e, in particolare, che preesista all'istanza di accesso e non ne sia, invece, conseguenza; in altri termini, che l'esistenza

di detto interesse – per il verificarsi, ad esempio, di una delle situazioni che legittimerebbe o addirittura imporrebbe la risoluzione del rapporto con l'appaltatore, ai sensi dell'art. 108, commi 1 e 2, d.lgs. n. 50 del 2016, e potrebbero indurre l'amministrazione a scorrere la graduatoria – sia anteriore all'istanza di accesso documentale che, quindi, non deve essere impiegata e piegata a "costruire" *ad hoc*, con una finalità esplorativa, le premesse affinché sorga *ex post*.

Tutto ciò chiarito, l'Adunanza plenaria ha affermato che la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53, d.lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-*bis*, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza.

Ha ricordato l'Alto Consesso che l'accesso civico generalizzato introdotto nel *corpus* normativo del d.lgs. n. 33 del 2013 dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, in attuazione della delega contenuta nell'art. 7, l. 7 agosto 2015, n. 124, come diritto di "chiunque", non sottoposto ad alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza, viene riconosciuto e tutelato "allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico" (art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013). L'esplicita precisazione del legislatore evidenzia proprio la volontà di superare quello che era e resta il limite connaturato all'accesso documentale che, come si è detto, non può essere preordinato ad un controllo generalizzato sull'attività delle pubbliche amministrazioni (art. 24, comma 3, l. n. 241 del 1990).

Nell'accesso documentale ordinario, "classico", si è dunque al cospetto di un accesso strumentale alla protezione di un interesse individuale, nel quale è l'interesse pubblico alla trasparenza ad essere, come taluno ha osservato, "occasionalmente protetto" per il c.d. *need to know*, per il bisogno di conoscere, in capo al richiedente, strumentale ad una situazione giuridica pregressa. Per converso, nell'accesso civico generalizzato si ha un accesso dichiaratamente finalizzato a garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa, nel quale il c.d. *right to know*, l'interesse individuale alla conoscenza, è protetto in sé, se e in quanto non vi siano contrarie ragioni di interesse pubblico o privato, ragioni espresse dalle cc.dd. eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, d.lgs. n. 33 del 2013.

Nel parere n. 515 del 24 febbraio 2016 il Consiglio di Stato, fornendo indicazioni sulle modifiche normative da introdurre nel d.lgs. n. 33 del 2013, ha evidenziato (par. 11.2) che "il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (Foia) rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine […] della Pubblica Amministrazione trasparente come una 'casa di vetro'".

Il principio di trasparenza, che si esprime anche nella conoscibilità dei documenti amministrativi, rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto, se è vero che la democrazia, secondo una celebre formula ricordata dallo stesso parere n. 515 del 24 febbraio 2016, è il governo del potere pubblico in pubblico, ma costituisce anche un caposaldo del principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione, quale "casa di vetro" improntata ad imparzialità, intesa non quale mera conoscibilità, garantita dalla pubblicità, ma anche come intelligibilità dei processi decisionali e assenza di corruzione.

Non solo, peraltro, l'accesso civico generalizzato, nel quale la trasparenza si declina come "accessibilità totale" (Corte cost. 21 febbraio 2019, n. 20), è un diritto fondamentale, in sé, ma contribuisce, nell'ottica del legislatore (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013), al miglior soddisfacimento degli altri diritti fondamentali che l'ordinamento giuridico riconosce alla persona.

La natura fondamentale del diritto di accesso civico generalizzato, oltre che essere evincibile dagli artt. 1, 2, 97 e 117 Cost. e riconosciuta dall'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per gli atti delle istituzioni europee, deve però collocarsi anche in una prospettiva convenzionale europea, laddove essa rinviene un sicuro fondamento nell'art. 10 Cedu, il quale sancisce, al comma 1, che ogni persona ha diritto alla libertà di espressione e che tale diritto include "la libertà di ricevere […] informazioni […] senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche", mentre il successivo comma 2 stabilisce che l'esercizio delle libertà garantite "può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica» alla tutela di una serie di interessi, pubblici e privati, pressoché corrispondenti alle eccezioni relative previste dall'art. 5-*bis*, commi 1 e 2, d.lgs. n. 33 del 2013.

L'Adunanza plenaria ha quindi esaminato le c.d. eccezioni relative ed assolute, in relazione alle quali il nostro ordinamento ha seguito una soluzione simile a quella adottata dall'ordinamento anglosassone, che distingue tra *absolute exemptions* e *qualified exemptions*. Questa disposizione dètta, a ben vedere, tre ipotesi di eccezioni assolute: a) i documenti coperti da segreto di Stato; b) gli altri casi di divieti previsti dalla legge, compresi quelli in cui l'accesso è subordinato al rispetto di specifiche condizioni, modalità e limiti; c) le ipotesi contemplate dall'art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990. Le eccezioni assolute sono state previste dal legislatore per garantire un livello di protezione massima a determinati interessi, ritenuti di particolare rilevanza per l'ordinamento giuridico, come è in modo emblematico per il segreto di Stato, sicché il legislatore ha operato già a monte una valutazione assiologica e li ha ritenuti superiori rispetto alla conoscibilità diffusa di dati e documenti amministrativi. In questo caso la Pubblica amministrazione esercita un potere vincolato, che deve essere necessariamente preceduto da un'attenta e motivata valutazione in ordine alla ricorrenza, rispetto alla singola istanza, di una eccezione assoluta e alla sussunzione del caso nell'ambito dell'eccezione assoluta, che è di stretta interpretazione.

L'Adunanza plenaria, pur consapevole della infelice formulazione della disposizione, ne ritiene preferibile una lettura unitaria – a partire dall'endiadi "segreti e altri divieti di

divulgazione" – evitando di scomporla e di trarne con ciò stesso dei nuovi, autonomi l'uno dagli altri, limiti, perché una lettura sistematica, costituzionalmente e convenzionalmente orientata, impone un necessario approccio restrittivo (ai limiti) secondo una interpretazione tassativizzante. La disposizione non può invero essere intesa nel senso di esentare dall'accesso generalizzato interi ambiti di materie per il sol fatto che esse prevedano casi di accesso limitato e condizionato, compresi quelli regolati dalla l. n. 241 del 1990, perché, se così fosse, il principio di specialità condurrebbe sempre all'esclusione di quella materia dall'accesso, con la conseguenza, irragionevole, che la disciplina speciale o, addirittura, anche quella generale dell'accesso documentale, in quanto e per quanto richiamata *per relationem* dalla singola disciplina speciale, assorbirebbe e "fagociterebbe" l'accesso civico generalizzato. Verrebbe meno così, radicalmente, il concorso tra le due forme di accesso – documentale e generalizzato – che, per quanto problematico, è fatto salvo dall'art. 5, comma 11, d.lgs. n. 33 del 2013, che mantiene ferme "le diverse forme di accesso degli interessati previste dal Capo V della l. 7 agosto 1990, n. 241". L'art. 5-*bis*, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 ha insomma inteso rammentare che vi sono appunto casi di eccezioni assolute, come quello del segreto di Stato, o altri, previsti dalle varie leggi settoriali come, ad esempio, il segreto statistico, regolamentato dall'art. 9, d.lgs. 6 settembre 1989, n. 322; il segreto militare disciplinato dal r.d. 11 luglio 1941, n. 161; le classifiche di segretezza di atti e documenti di cui all'art. 42, l. 3 agosto 2007, n. 124; il segreto bancario previsto dall'art. 7, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385; le disposizioni sui contratti secretati previste dall'art. 162 dello stesso d.lgs. n. 50 del 2016; il segreto scientifico e il segreto industriale di cui all'art. 623 c.p.. Per tali casi, anche quando dette leggi richiamino i limiti generali dell'art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990, il rispetto delle specifiche restrizioni fissate dalla legge all'accesso, per la *ratio* ad esse sottesa, preclude la conoscibilità generalizzata, in quanto l'accessibilità totale di dati e documenti è radicalmente incompatibile o con la tipologia di documento o con la particolare sensibilità dell'interesse protetto. Ma in linea generale il rapporto tra le due discipline generali dell'accesso documentale e dell'accesso civico generalizzato e, a sua volta, il rapporto tra queste due discipline generali e quelle settoriali non può essere letto unicamente e astrattamente, secondo un criterio di specialità e, dunque, di esclusione reciproca, ma secondo un canone ermeneutico di completamento/inclusione, in quanto la logica di fondo sottesa alla reazione tra le discipline non è quella della separazione, ma quella dell'integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze, in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo che rifugge in sé da una segregazione assoluta "per materia" delle singole discipline.

Con riferimento alla materia degli appalti pubblici, l'art. 53, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che – fatta salva la disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza (ipotesi straordinarie sicuramente rientranti tra le eccezioni accesso di cui all'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 per il divieto assoluto di divulgazione e accesso) – il diritto di accesso sia semplicemente differito, in relazione al nominativo dei soggetti che nelle procedure aperte hanno presentato offerte o, nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito e

che hanno manifestato il loro interesse e in relazione alle offerte stesse, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime offerte; in relazione alle offerte e al procedimento di verifica dell'anomalia, fino all'aggiudicazione. Questi atti, fino alla scadenza di termini indicati, "non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti" (art. 53, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016) e la trasgressione di tale divieto è presidiata dalla sanzione penale di cui all'art. 326 c.p..

È questa una esclusione assoluta del diritto di accesso, per quanto temporalmente limitata, incompatibile con il diritto di accesso civico generalizzato, ai sensi dell'art. 5-bis, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013, perché finalizzata a preservare la regolare competizione tra i concorrenti e il buon andamento della procedura di gara da indebite influenze, intromissioni, e turbamenti, e quindi dalla conoscenza di tali atti, prima della gara, da parte di chiunque, *uti singulus* ed *uti civis*. Viene in rilievo una disciplina speciale, il cui nucleo centrale è costituito dalla conoscibilità progressiva della documentazione di gara, regolata da precise scansioni temporali volte a contemperare le ragioni dell'accesso con l'esigenza di assicurare il regolare svolgimento delle procedure selettive.

L'art. 53, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede, parimenti, una esclusione assoluta del diritto di accesso in relazione: a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici e commerciali; b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici per la soluzione delle liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale. L'unica deroga a queste eccezioni assolute è prevista, nel comma 6 dell'art. 53, d.lgs. n. 50 del 2016, per l'accesso documentale c.d. difensivo del concorrente in ordine alle informazioni contenute nell'offerta o nelle giustificazioni di altro concorrente per la tutela in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto, in linea, del resto, con quanto prevede in generale l'art. 23, comma 6, l. n. 241 del 1990 per la prevalenza dell'accesso documentale c.d. difensivo.

L'eccezione di cui alla lett. a) è posta a tutela della riservatezza aziendale, al fine di evitare che gli operatori economici in diretta concorrenza si servano dell'accesso per acquisire informazioni riservate sul *know-how* del concorrente, costituenti segreti tecnici e commerciali, e ottenere così un indebito vantaggio e ha una natura assoluta perché, nel bilanciamento tra gli opposti interessi, il legislatore ha privilegiato quello, prevalente, della riservatezza, a tutela di un leale gioco concorrenziale, delle caratteristiche essenziali dell'offerta quali beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa, salva la necessità, per un altro concorrente, di difendersi in giudizio, unica eccezione all'eccezione ammessa (art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016). Analoga *ratio* di tutela della privativa intellettuale giustifica anche la previsione della lett. d), per le soluzioni tecniche e i programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal

gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale. Le eccezioni di cui alla lett. b) e alla lett. c) dell'art. 53 mirano ad impedire la divulgazione di atti che, quando riferibili ad un contenzioso attuale o potenziale con l'appaltatore, sono investiti da specifiche esigenze di riservatezza volte a tutelare le ragioni di ordine patrimoniale della stazione appaltante, la quale deve negare l'accesso per tutelare se stessa di fronte al privato che intenda accedere "ad atti interni che riguardino la sfera delle libere valutazioni dell'amministrazione in ordine alla convenienza delle scelte da adottare" (Cons. St., Ad. plen., 13 settembre 2007, n. 11).
La portata limitata anche temporalmente e motivata di questi casi, peraltro di stretta interpretazione, non può comportare *ex se* l'esclusione dell'intera materia dall'applicazione dell'accesso civico generalizzato, che riacquista la sua naturale *vis expansiva* una volta venute meno le ragioni che giustificano siffatti limiti, condizioni o modalità di accesso.
Tutto ciò ricordato, l'Adunanza plenaria ha affermato che se dunque i limiti previsti per l'accesso ai documenti amministrativi di cui agli artt. 22 ss., l. n. 241 del 1990 e quelli dettati dalle singole discipline settoriali non possono essere superati ricorrendo strumentalmente all'istituto dell'accesso civico generalizzato, deve ritenersi che, una volta venute meno le ragioni di questi limiti, tra cui quelli appena accennati dell'art. 53 del Codice dei contratti pubblici, sul piano sia temporale sia contenutistico, l'accesso civico generalizzato opera di diritto, senza che sia necessaria nel nostro ordinamento una specifica disposizione di legge che ne autorizzi l'operatività anche in specifiche materie, come quella dei contratti pubblici, con la conseguenza che l'accesso civico generalizzato, ferme le eccezioni relative di cui all'art. 5-*bis*, commi 1 e 2, d.lgs. n. 33 del 2013, è ammissibile in ordine agli atti della fase esecutiva.
Ha quindi affermato che non è più possibile affermare, in un quadro evolutivo così complesso che impone una visione d'insieme anche alla luce delle coordinate costituzionali, eurounitarie e convenzionali, che l'accesso agli atti di gara costituisca un microcosmo normativo compiuto e chiuso.
Nel nostro ordinamento, l'esecuzione del contratto non è una terra di nessuno, lasciata all'arbitrio dei contraenti e all'indifferenza dei terzi, ma sottoposta all'attività di vigilanza da parte dell'Anac, trattandosi di una fase rilevante per l'ordinamento giuridico, come dimostrano le funzioni pubbliche di vigilanza e controllo previste, nella cui cornice trova spazio, in funzione si direbbe complementare e strumentale, anche l'accesso generalizzato dei cittadini. L'accesso civico generalizzato non solo è consentito, in questa materia, ma sia doveroso perché connaturato, per così dire, all'essenza stessa dell'attività contrattuale pubblica e perché esso operi, in funzione della c.d. trasparenza reattiva, soprattutto in relazione a quegli atti, rispetto ai quali non vigono i pur numerosi obblighi di pubblicazione (c.d. trasparenza proattiva) previsti.
Tutte le eccezioni relative all'accesso civico generalizzato implicano e richiedono un bilanciamento da parte della pubblica amministrazione, in concreto, tra l'interesse pubblico alla conoscibilità e il danno all'interesse-limite, pubblico o privato, alla segretezza e/o alla riservatezza, secondo i criteri utilizzati anche in altri ordinamenti, quali il cd. *test*

del danno (*harm test*), utilizzato per esempio in Germania, o il c.d. *public interest test* o *public interest override*, tipico dell'ordinamento statunitense o di quello dell'Unione europea.
Ha infine ribadito l'Alto Consesso che ciò che distingue le eccezioni relative dalle eccezioni assolute è proprio il fatto che non sussista a monte, nella scala valoriale del legislatore, una priorità ontologica o una prevalenza assiologica di alcuni interessi rispetto ad altri, sicché è rimesso all'amministrazione effettuare un adeguato e proporzionato bilanciamento degli interessi coinvolti.
Tutto ciò chiarito l'Adunanza plenaria ha affermato che se il nostro ordinamento ha ormai accolto il c.d. modello Foia non è l'accesso pubblico generalizzato degli atti a dover essere, ogni volta, ammesso dalla legge, ma sono semmai le sue eccezioni a dovere rinvenire un preciso, tassativo, fondamento nella legge. É ovvio che l'accesso, finalizzato a garantire, con il diritto all'informazione, il buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), non può finire per intralciare proprio il funzionamento della stessa, sicché il suo esercizio deve rispettare il canone della buona fede e il divieto di abuso del diritto, in nome, anzitutto, di un fondamentale principio solidaristico (art. 2 Cost.).
Il diritto di accesso civico generalizzato, se ha un'impronta essenzialmente personalistica, quale esercizio di un diritto fondamentale, conserva una connotazione solidaristica, nel senso che l'apertura della pubblica amministrazione alla conoscenza collettiva è funzionale alla disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica per informare correttamente i cittadini ed evitare il propagarsi di pseudoconoscenze e pseudocoscienze a livello diffuso, in modo – come è stato efficacemente detto – da "contribuire a salvare la democrazia dai suoi demoni, fungendo da antidoto alla tendenza […] a manipolare i dati di realtà". Sarà così possibile e doveroso evitare e respingere: richieste manifestamente onerose o sproporzionate e, cioè, tali da comportare un carico irragionevole di lavoro idoneo a interferire con il buon andamento della Pubblica amministrazione; richieste massive uniche, contenenti un numero cospicuo di dati o di documenti, o richieste massive plurime, che pervengono in un arco temporale limitato e da parte dello stesso richiedente o da parte di più richiedenti ma comunque riconducibili ad uno stesso centro di interessi; richieste vessatorie o pretestuose, dettate dal solo intento emulativo, da valutarsi ovviamente in base a parametri oggettivi.
La circostanza che l'interessato non abbia un interesse diretto, attuale e concreto ai sensi dell'art. 22, l. n. 241 del 1990, non per questo rende inammissibile l'istanza di accesso civico generalizzato, nata anche per superare le restrizioni imposte dalla legittimazione all'accesso documentale. Non si deve confondere da questo punto di vista la *ratio* dell'istituto con l'interesse del richiedente, che non necessariamente deve essere altruistico o sociale né deve sottostare ad un giudizio di meritevolezza, per quanto, come detto, certamente non deve essere pretestuoso o contrario a buona fede. Ciò che va tutelato è l'interesse alla conoscenza del dato e questa conoscenza non può essere negata.

13.3. Accesso agli atti degli accordi negoziali stipulati tra l'Agenzia italiana del farmaco e Aziende farmaceutiche relativi ai medicinali di importazione parallela con classe di rimborsabilità "A".

La sez. III, con sentenza 31 dicembre 2020, n. 8543 ha giudicato legittimo il diniego di accesso, esercitato ai fini di difesa in giudizio, agli atti del procedimento che ha condotto alla stipula, tra l'Agenzia italiana del farmaco e alcune Aziende farmaceutiche, di accordi negoziali relativi ai medicinali di importazione parallela oggetto di determine Aifa, con le quali è stata attribuita la classe di rimborsabilità "A" a tali farmaci, opposto in virtù della clausola di riservatezza inserita negli stessi accordi.

Ha preliminarmente ricordato la Sezione che nell'interpretazione dell'art. 22, l. 7 agosto 1990, n. 241, e specificamente in tema di legittimazione, la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato il carattere strumentale del diritto all'accesso, consentito soltanto a coloro ai quali gli atti si riferiscono direttamente o indirettamente e, comunque, solo laddove essi se ne possano avvalere per tutelare una posizione giuridicamente rilevante (Cons. Stato, sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 249).

Ai sensi del citato art. 22, comma 1, lett. b), occorre la sussistenza di una situazione giuridicamente tutelata e, in collegamento a questa, un interesse diretto, concreto e attuale collegato al documento al quale è chiesto l'accesso (Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 2017, n. 3461; id., sez. III, 12 marzo 2018, n. 1578; id. 17 marzo 2017, n.1213).

La legittimazione all'accesso agli atti della Pubblica amministrazione va riconosciuta, pertanto, a chiunque possa dimostrare che gli atti oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, anche indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica.

In generale, il diritto di accesso può esercitarsi anche rispetto a documenti di natura privatistica, quali gli accordi, purché concernenti attività di pubblico interesse. Più precisamente, è stata ritenuta legittimata a domandare l'accesso la società farmaceutica che dimostra di competere nel medesimo mercato delle controinteressate imprese farmaceutiche e risente economicamente dei risultati commerciali raggiungibili da queste in forza dell'accordo con Aifa; tuttavia, è legittimo negare l'accesso per la conoscenza dell'accordo sulla rimborsabilità e il prezzo relativo ad un farmaco stipulato tra l'industria produttrice e l'Aifa, quando è prevista una clausola di riservatezza.

La Sezione ha ritenuto, alla luce dei precedenti richiamati, che nel caso sottoposto al suo esame, non sussiste l'interesse concreto e attuale dell'istante a conoscere tanto il contenuto degli accordi negoziali intervenuti con società terze, quanto gli atti prodromici alla loro sottoscrizione. Ed invero, secondo la prospettazione dell'istante, non è necessaria la negoziazione dei prezzi dei farmaci di importazione parallela e, dunque, non si comprende come possa rilevare, a fini di difesa, la conoscenza degli accordi conclusi da Aifa con le altre società farmaceutiche e la conoscenza degli atti del relativo procedimento. Peraltro, il contenuto degli atti propedeutici agli accordi negoziali sarebbe, in ogni caso, indicativo delle condizioni negoziali contrattate dalle società concorrenti con il Comitato Prezzi e Rimborso di Aifa.

La Sezione ha aggiunto che le società che hanno stipulato degli accordi con Aifa si sono opposte all'ostensione documentale pretendendo l'osservanza della clausola di riservatezza in essi contenuta, la quale sarebbe vanificata nel caso in cui venisse accordata l'ostensione degli atti del procedimento.

Tale clausola deve ritenersi valida e vincolante in relazione agli interessi commerciali delle altre impresa del settore, in quanto utile all'ottenimento dei risparmi conseguiti, con la conseguenza della opponibilità ai fini della preclusione all'accesso da parte dell'operatore economico che potrebbe avvalersi a fini concorrenziali della conoscenza delle condizioni economiche praticate. L'apposizione della clausola di riservatezza operante nei rapporti con le imprese, consente al negoziatore pubblico di tenere celati i risultati economici raggiunti nella negoziazione.

13.4. Accessibilità dei documenti reddituali, patrimoniali e finanziari.

La sez. IV, con ordinanza 4 febbraio 2020, n. 888 ha rimesso all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le questioni: a) se i documenti reddituali (le dichiarazioni dei redditi e le certificazioni reddituali), patrimoniali (i contratti di locazione immobiliare a terzi) e finanziari (gli atti, i dati e le informazioni contenuti nell'Archivio dell'Anagrafe tributaria e le comunicazioni provenienti dagli operatori finanziari) siano qualificabili quali documenti e atti accessibili ai sensi degli artt. 22 e ss., l. 7 agosto 1990, n. 241; b) in caso positivo, quali siano i rapporti tra la disciplina generale riguardante l'accesso agli atti amministrativi *ex lege* n. 241 del 1990 e le norme processuali civilistiche previste per l'acquisizione dei documenti amministrativi al processo (secondo le previsioni generali, ai sensi degli artt. 210 e 213 c.p.c.; per la ricerca telematica nei procedimenti in materia di famiglia, ai sensi del combinato disposto di cui artt. 492-*bis* c.p.c.me 155-*sexies* delle disp. att. c.p.c.); c) in particolare, se il diritto di accesso ai documenti amministrativi ai sensi della l. n. 241 del 1990 sia esercitabile indipendentemente dalle forme di acquisizione probatoria previste dalle menzionate norme processuali civilistiche, o anche, eventualmente, concorrendo con le stesse; d) ovvero se, all'opposto, la previsione da parte dell'ordinamento di determinati metodi di acquisizione, in funzione probatoria di documenti detenuti dalla Pubblica amministrazione, escluda o precluda l'azionabilità del rimedio dell'accesso ai medesimi secondo la disciplina generale di cui alla l. n. 241 del 1990; e) nell'ipotesi in cui si riconosca l'accessibilità agli atti detenuti dall'Agenzia delle Entrate (dichiarazioni dei redditi, certificazioni reddituali, contratti di locazione immobiliare a terzi, comunicazioni provenienti dagli operatori finanziari ed atti, dati e informazioni contenuti nell'Archivio dell'Anagrafe tributaria), in quali modalità va consentito l'accesso, e cioè se nella forma della sola visione, ovvero anche in quella dell'estrazione della copia, ovvero ancora per via telematica.

La questione che la Sezione ha rimesso alla Adunanza plenaria attiene, quindi, al rapporto tra la disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi contenuta nella legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241 del 1990) e le disposizioni processuali civilistiche che disciplinano l'acquisizione dei documenti al processo, rispetto alla quale si registra un aperto contrasto di giurisprudenza. Va, cioè, stabilito se il diritto di accesso ai documenti amministrativi ai sensi dell'art. 22 cit. sia esercitabile indipendentemente dalle forme di acquisizione probatoria previste dalle menzionate norme processuali civilistiche o anche, eventualmente, concorrendo con le stesse. Ciò equivarrebbe ad affermare tre principi: il primo, che il diritto di accesso *ex lege* n. 241 del 1990 potrebbe essere

esercitato prima ed indipendentemente dal fatto che il giudice del procedimento autorizzi la produzione di determinati documenti; il secondo, che l'accesso *ex lege* n. 241 del 1990 potrebbe essere esercitato anche cumulativamente, rispetto alle previsioni sulle acquisizioni secondo la normativa processualcivilistica; il terzo, che l'accesso *ex lege* n. 241 del 1990 potrebbe essere esercitato anche quando il giudice del procedimento civile non abbia disposto il deposito della documentazione a carico delle parti o non abbia autorizzato le istanze istruttorie formulate dalle parti.

All'opposto, se la previsione da parte dell'ordinamento di determinati metodi di acquisizione in funzione probatoria di documenti detenuti dalla Pubblica amministrazione, con l'attribuzione dei relativi poteri istruttori ad un giudice avente giurisdizione sulla controversia 'principale', escluda o precluda l'azionabilità del rimedio dell'accesso ai medesimi secondo la disciplina generale di cui alla l. n. 241 del 1990. Ciò equivarrebbe a dire che il privato non potrebbe mai azionare il diritto di accesso agli atti richiesti, pur se qualificati in senso sostanziale come atti amministrativi, dovendosi sempre rimettere, per la tutela delle proprie situazioni giuridiche, all'esercizio dei poteri istruttori del giudice civile, quando dunque il procedimento civile già pende.

Oggetto della questione sottoposta alla quarta Sezione è l'istanza, presentata da parte di soggetto esercente la responsabilità genitoriale su figlio minorenne, la quale era finalizzata a visionare ed ottenere copia dei documenti attestanti la situazione reddituale e patrimoniale dell'*ex* convivente. In particolare aveva chiesto copia delle dichiarazioni dei redditi relative ad un determinato periodo, dei contratti di locazione di beni immobili stipulati con terzi e delle comunicazioni inviate da operatori finanziari all'Anagrafe tributaria. L'Agenzia delle entrate ha esibito la certificazione reddituale richiesta ed ha invece negato l'accesso alle informazioni contenute nell'Anagrafe tributaria, in considerazione del mancato rispetto delle previsioni dell'art. 492-*bis* c.p.c. e 155-*sexies* disp. att. c.p.c..

A favore della prima tesi milita la *ratio* dell'istituto, che può essere ravvisata sia sull'esigenza di rendere l'Amministrazione una 'casa di vetro' per l'attuazione dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento, rilevanti per l'art. 97 Cost. (Cons. Stato, Ad. Plen., 18 aprile 2006, n. 6), sia sull'esigenza di agevolare agli interessati di ottenere gli atti il cui esame consente di valutare se sia il caso di agire in giudizio, a tutela di una propria posizione giuridica, non potendosi ravvisare 'zone franche' in cui non rilevino i principi sopra richiamati (Cons. Stato, Ad. Plen., 24 giugno 1999, n. 16). La specialità che connota la disciplina processualistica non può ritenersi tale da giustificare la presenza di una deroga, al punto da rimettere alla (eventuale ed esclusiva) positiva valutazione del giudice – titolare del potere di decidere la controversia 'principale' - la reale conoscibilità di documentazione di rilievo e, per altro verso, la concretizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale. L'affermazione del diritto di accesso è estrinsecazione anche della tutela dei diritti fondamentali dei familiari, in quanto nei procedimenti in materia di famiglia sono spesso presenti sia gli interessi confliggenti dei coniugi o dei conviventi, che gli interessi dei figli minorenni, questi ultimi tutelati dall'art. 5 del settimo Protocollo addizionale della CEDU e dagli artt. 29 e 30 Cost.. La tutela

dei diritti fondamentali non troverebbe eguale garanzia mediante l'utilizzo degli strumenti previsti dal codice di procedura civile, i quali rimettono all'apprezzamento del giudice l'ingresso nel giudizio di documenti, di atti e di informazioni in possesso della Pubblica amministrazione. L'ampliamento delle prerogative del giudice civile nell'acquisizione delle informazioni e dei documenti patrimoniali e finanziari nei procedimenti in materia di famiglia, rispetto ai poteri istruttori già previsti dall'art. 210 c.p.c., introdotte dal combinato disposto degli artt. 155-*sexies* delle disposizioni di attuazione del c.p.c. e dell'art. 492-*bis* c.p.c., non può costituire un ostacolo all'accesso difensivo, soprattutto laddove le istanze istruttorie proposte nel giudizio non siano state accolte. Dall'ampliamento delle menzionate prerogative non potrebbe trarsi in via diretta, né desumersi in via indiretta, alcuna ipotesi derogatoria alla disciplina in materia di accesso alla documentazione contenuta nelle banche dati della Pubblica amministrazione. Diversamente opinando, l'implementazione dei poteri istruttori del giudice ordinario nell'ambito dei procedimenti in materia di famiglia si tradurrebbe in un ingiustificato ridimensionamento della disciplina generale sull'accesso, fuori dei casi e dei modi contemplati dall'ordinamento. Tra le due discipline non sussisterebbe un rapporto di specialità, nel senso che la norma speciale derogherebbe a quella generale, escludendone l'applicazione, bensì di concorrenza e di complementarietà, poiché il giudice che tratta la vicenda di famiglia può utilizzare i poteri di accesso ai dati della Pubblica amministrazione genericamente previsti dall'art. 210 c.p.c., come ampliati dalle nuove norme inserite nel 2014, ma questa rimane una sua facoltà e non un obbligo. Deve conservarsi la possibilità, per il privato, di avvalersi degli ordinari strumenti offerti dalla l. n. 241 del 1990, per ottenere gli stessi dati che il giudice potrebbe intimare di consegnare all'Amministrazione.0Indipendentemente dal caso specifico della strumentalità dell'accesso agli atti ai fini della quantificazione dell'assegno di separazione o di divorzio, l'accesso pieno ed integrale alla condizione reddituale, patrimoniale ed economico-finanziaria delle parti processuali, siano essi coniugi o conviventi di fatto, sarebbe da considerare precondizione necessaria per l'uguale trattamento giuridico nell'ambito di tutti i procedimenti di famiglia. Sono oramai pacificamente acquisiti a livello legislativo e giurisprudenziale i principi sulla pari dignità e sull'uguaglianza sostanziale di tutti i nuclei familiari, sia quelli fondati sul matrimonio, che quelli consistenti in rapporti di convivenza di fatto, soprattutto a tutela e a garanzia dei figli minorenni o di quelli maggiorenni economicamente non indipendenti. Ai fini dell'accertamento della complessiva situazione economico-patrimoniale, non avrebbe senso la distinzione, operata dall'Agenzia, tra i documenti immediatamente accessibili (quelli reddituali e patrimoniali) e quelli che necessitano della previa autorizzazione del giudice competente (quelli finanziari): sia perché potrebbe difettare, nei singoli casi, la pendenza di una controversia civile; sia perché i documenti finanziari consentirebbero di ricostruire fedelmente le condizioni economico-patrimoniali in cui versano le parti, soprattutto a garanzia dei figli minorenni, perché provenienti, il più delle volte, da terzi estranei, quali gli operatori finanziari. L'istituto dell'accesso rivestirebbe anche una posizione di assoluta rilevanza al fine di consentire la massima trasparenza, tra le parti ed a tutela soprattutto dei figli minorenni, delle condizioni economiche nel momento della crisi delle relazioni familiari.

Aderendo alla seconda opzione si porrebbe il problema del suo "ambito di applicazione" e dei suoi rapporti con altri "metodi" di acquisizione documentale in funzione probatoria previsti dall'ordinamento. In altri termini, si tratterebbe di stabilire se, "allorché l'ordinamento giuridico prevede particolari procedimenti e modalità di acquisizione di documenti detenuti dalla Pubblica amministrazione, ciò risulta "prevalente" se non "escludente" rispetto all'acquisizione di documenti mediante esercizio del diritto di accesso; se, in altre parole, tale diritto di accesso sia esercitabile indipendentemente dalle forme di acquisizione probatoria previste dalle norme processuali". Affrontare il tema dei rapporti tra il diritto di accesso e le norme processuali di acquisizione di documenti amministrativi, limitandolo all'ottica del "bilanciamento" tra il diritto di accesso e la tutela della riservatezza, si tradurrebbe in un'operazione giuridica scorretta, perché ci sarebbero due aspetti che non potrebbero non essere considerati.

14.5. Accesso agli atti dell'attività della Guardia di finanza.

Con sentenza 20 aprile 2020, n. 2496 la sez. IV ha pronunciato in tema di accesso generalizzato relativamente alla istanza con la quale è stato richiesto alla Guardia di Finanza di conoscere il numero totale di ore/persona impiegate in "attività di produzione diretta" sull'intero territorio nazionale, espresso in modo aggregato e non distinto per singole missioni istituzionali. Tale istanza era stata respinta dall'Amministrazione, trattandosi di documentazione della Guardia di Finanza suscettibile di rivelare gli aspetti organizzativi - nell'ambito dei quali è essenziale la componente delle risorse umane - costituenti i punti di forza o di debolezza dell'organizzazione delle funzioni pubbliche tutelate. Ha chiarito che questa conclusione è coerente con l'obiettivo di evitare che la conoscenza di dette informazioni venga utilizzata per mettere in pericolo le funzioni primarie dello Stato; tale obiettivo è conseguito, in una equilibrata applicazione del limite previsto dall'art. 5-*bis*, comma 1, lett. a), b) e c), d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, secondo un canone di proporzionalità, proprio del test del danno, rispetto alle eccezioni assolute richiamate dal comma 3 dello stesso articolo, attraverso il rinvio ad interessi che già erano oggetto di protezione rispetto all'accesso cd. semplice.

La Sezione, nel confermare la sentenza di primo grado, ha evidenziato che non può sfuggire la circostanza che l'acquisizione di dati nella estesa misura richiesta con l'accesso, unitamente a quelli già pubblici (ed in connessione con la diffusione a mezzo internet consentita per i dati acquisiti con l'accesso civico generalizzato dagli artt. 3 e 7, d.lgs. n. 33 del 2013), con ogni ragionevole probabilità costituirebbe, grazie all'utilizzo delle moderne tecnologie, un concreto pericolo per interessi che il legislatore ha ritenuto di garantire con la protezione massima. L'impugnato diniego, quindi, trova il proprio fondamento anche nell'art. 5-*bis*, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013, nella parte in cui richiama gli altri casi di divieti inclusi nell'art. 24, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, in stretto collegamento con la garanzia che il diniego debba essere necessario per evitare un pregiudizio concreto all'interesse pubblico oggetto di tutela assoluta, richiesta dallo stesso art. 5-bis, comma 1.

Così, l'accesso civico - che è rifiutato per evitare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi inerenti alla sicurezza pubblica e l'ordine pubblico, alla sicurezza nazionale, alla

difesa e alle questioni militari (art. 5-*bis* cit., lett. a), b) e c) - per il tramite del rinvio del comma 3 all'art. 24, l. n. 241 del 1990, sottostà ad un divieto assoluto "nei confronti dell'attività della Pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti amministrativi generali di pianificazione e di programmazione" (art. 24, comma 1, lett. c, che ne prevede la perimetrazione attraverso l'individuazione delle categorie di documenti formati dalle Amministrazioni di settore e sottratti all'accesso *ex* art. 24, comma 2, cit.). E' difficile escludere che dall'ampia richiesta di accesso, sia pure relativa solo al parametro delle ore/persona impiegate, non sia quanto meno possibile inferire - tanto più con l'uso combinato dei nuovi strumenti tecnologici e degli innovativi strumenti di indagine, propri della scienza gestionale applicata alla organizzazione delle risorse umane – informazioni utili concernenti quelle aree sottratte all'accesso civico, con possibile pericolo di un pregiudizio ai superiori interessi pubblici tutelati. D'altra parte, la garanzia a presidio della portata generale e "democratica" del diritto di accesso generalizzato come conformato dalla riforma del 2016 - individuata dal legislatore nella necessità di un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici cui ha attribuito priorità nella scala di valori per poter fondare un legittimo diniego - non può che apprezzarsi e tradursi in un giudizio probabilistico. Con la conseguenza che, se è vero che per fondare un legittimo diniego non è sufficiente il rischio di un pregiudizio generico e astratto, non può negarsi che sia, invece, idoneo il pericolo concreto di un pregiudizio desunto secondo un giudizio di probabilità che parta, come nella fattispecie, da basi concrete.

Data la premessa, la Sezione ha tratto la conseguenza che, nella fattispecie, l'Amministrazione ha legittimamente esercitato un potere (vincolato), preceduto da un'attenta e motivata valutazione in ordine alla ricorrenza, rispetto alla istanza proposta, di una eccezione assoluta, procedendo alla sussunzione del caso nell'ambito dell'eccezione assoluta, che è di stretta interpretazione, ma pur sempre tenendo conto della particolare sensibilità degli interessi protetti. Non si è corso il rischio, quindi, di sottrarre all'accesso generalizzato interi ambiti di materie, che sarebbe stato in contraddizione con il principio di libertà fondamentale, euro unitario oltre che costituzionale, che ne ha supportato l'introduzione nel nostro ordinamento. Infatti, escludere dall'accesso generalizzato, oltre che da quello cd. semplice, la documentazione suscettibile di rivelare gli aspetti organizzativi - nell'ambito dei quali è essenziale la componente delle risorse umane - costituenti i punti di forza o di debolezza dell'organizzazione delle funzioni pubbliche tutelate, è coerente con l'obiettivo di evitare che la conoscenza di tali informazioni venga utilizzata per mettere in pericolo le funzioni primarie dello Stato. E tale obiettivo è conseguito, in una equilibrata applicazione del limite previsto dall'art. 5-*bis*, comma 1, lett. a), b) e c), d.lgs. n. 33 del 2013, secondo un canone di proporzionalità, proprio del test del danno, rispetto alle eccezioni assolute richiamate dal comma 3 dello stesso articolo, attraverso il rinvio ad interessi che già erano oggetto di protezione rispetto all'accesso cd. semplice.

In definitiva, l'Amministrazione ha verificato per il caso alla sua attenzione, e non rispetto ad un ambito di materie, se il filtro posto dal legislatore a determinati casi di accesso fosse o meno radicalmente incompatibile con l'accesso civico generalizzato quale esercizio di una libertà fondamentale da parte dei consociati.

15. Silenzio.

Molte le pronunce di interesse in materia di silenzio serbato dalla Pubblica amministrazione, tra le quali la sentenza della sez. II, 12 marzo 2020, n. 1788, che ha escluso che sia configurabile la formazione del silenzio-assenso *ex* art. 20, l. 7 agosto 1990, n. 241 su una richiesta di assegnazione di una rivendita di generi di monopolio.

Ha chiarito la Sezione che il procedimento di cui all'art. 20, l. n. 241 del 1990, circa la formazione di un titolo abilitativo attraverso il meccanismo del silenzio-assenso, non è configurabile allorché l'amministrazione deve rilasciare una vera e propria concessione amministrativa. In tali ipotesi rientra quella dell'autorizzazione alla vendita di generi di monopolio, la quale, alla stregua della disciplina riveniente dall'art. 19, l. 22 dicembre 1957, n. 1293, effettuata nella forma della rivendita ordinaria o speciale, è soggetta a regime di vera e propria concessione amministrativa, atteso che si riferisce ad un'attività ancora oggetto di monopolio statale. Ed invero, la l. n. 1293, all'art. 19, dopo avere distinto le rivendite di generi di monopolio in rivendite ordinarie e rivendite speciali ed avere altresì stabilito che queste ultime sono anch'esse affidate, in genere, a privati, a trattativa privata, per la durata non superiore ad un novennio, prevede che: "Nei casi di rinnovo delle concessioni di cui al precedente comma, il concessionario è tenuto a corrispondere all'Amministrazione (...)", con ciò stesso attribuendo al provvedimento di assegnazione della rivendita la qualifica espressa di "concessione" e qualificando espressamente come "concessionario" il suo titolare. Del resto, la lettura dell'intera l. n. 1293 del 1957 porta alla conclusione che l'attività di rivendita di generi di monopolio, effettuata nella forma della rivendita ordinaria o speciale, è attività soggetta a regime di vera e propria concessione amministrativa, visto che si riferisce ad un'attività ancora oggetto di monopolio statale.

Ciò premesso, deve concludersi inequivocabilmente nel senso che il procedimento di cui all'art. 20, l. n. 241 del 1990 circa la formazione di un titolo abilitativo attraverso il meccanismo del silenzio assenso non è configurabile allorché l'Amministrazione deve rilasciare una vera e propria concessione amministrativa.

16. Sanità.

La sez. III, con sentenza 30 gennaio 2020, n. 747 ha affermato che in sede di determinazione dei tetti di spesa, la riduzione percentuale applicata al valore della produzione dell'anno precedente, anziché al valore del budget assegnato, è coerente con gli artt. 15, comma 14, d.l. n. 95 del 2012 e 9 *quater*, comma 7, d.l. n. 78 del 2015, che hanno imposto, a partire dall'anno 2012, la riduzione dell'importo e dei volumi di acquisto in ragione di una determinata percentuale riferita all'importo "consuntivato" l'anno precedente, ossìa all'importo del fatturato in concreto emesso dall'ente erogatore: invero, il suindicato criterio di riduzione percentuale, applicabile al "consuntivo teorico massimo" della singola struttura, altro non rappresenta che il riflesso applicativo del criterio di riduzione normativamente previsto per la spesa complessiva relativa alla categoria prestazionale, ciò sia sul versante della percentuale di abbattimento, pari in entrambi i casi all'1%, sia in relazione al valore cui essa deve essere applicata, costituito dal "consuntivo" riferito

all'anno 2015, corrispondente, sulla base delle delibere impugnate, al valore della produzione, rilevante nei limiti in cui non ecceda il budget assegnato per l'anno suindicato (dovendo aversi riguardo, in caso contrario, a quest'ultimo, in coerenza con il carattere inderogabile dei tetti di spesa assegnati a ciascuna struttura).
La Sezione ha altresì affermato che è legittima la riduzione del tetto di spesa rispetto alla misura determinata per l'anno precedente laddove si collochi nel solco di un percorso orientato ad allineare il fabbisogno regionale, quale base di riferimento per la programmazione della spesa sanitaria, a parametri di appropriatezza, essendo stati rilevati indici concreti di scostamento rispetto ad essi della produzione sanitaria locale, desumibili dalla rilevazione di un consumo pro-capite di prestazioni specialistiche da parte dei cittadini della Regione interessata più elevato rispetto alla media nazionale, e laddove, al fine di tenere conto delle ragioni che hanno potuto condurre la singola struttura ad una produzione inferiore, per l'anno 2015, al budget assegnato, sia contemplato un meccanismo atto a conciliare l'astrattezza del criterio generale con la peculiarità della situazione operativa propria di ciascuna struttura, in particolare prescrivendo, quale criterio da osservare in fase di negoziazione dei contenuti contrattuali desumibili dal contratto-tipo, quello inteso specificamente a "verificare le peculiari situazioni che hanno talora determinato una straordinaria contrazione della produzione 2015 rispetto al biennio precedente, per le quali potranno essere attuati i necessari correttivi nell'ambito delle quote ASL".
Ha aggiunto che la possibilità di utilizzare le economie di spesa eventualmente registrate per alcune tipologie di prestazioni al fine di remunerare tipologie eccedentarie urta con i criteri ispiratori del sistema di programmazione, che se presuppongono la vincolatività ed inderogabilità dei limiti prefissati di spesa, rimettono alla discrezionalità valutativa della Regione, non censurabile se non in costanza di macroscopici profili di illogicità, l'eventuale decisione di reimpiegare i risparmi conseguiti ai fini del finanziamento di prestazioni che resterebbero altrimenti, sulla scorta di quei vincoli, sfornite di remunerazione: nella specie, gli atti impugnati prevedono la possibilità di ridistribuzione delle economie conseguenti alla contrazione in misura variabile del budget assegnato ai singoli operatori sulla scorta dell'analisi regionale di inappropriatezza, ma alla luce di un criterio "virtuoso", incentrato sull'accrescimento delle risorse finanziarie destinate, preferibilmente nell'ambito della medesima struttura, alle prestazioni connotate da tempi di attesa medio-lunghi, erogate in eccedenza ai relativi tetti di spesa.
Ha infine affermato la Sezione che non può essere considerata illegittimamente retroattiva la modificazione contrattuale introdotta allorché siano ormai decorsi due terzi dell'anno di riferimento, laddove le previsioni contestate siano applicative di un indirizzo razionalizzatore della spesa sanitaria già recepito a livello di normativa primaria e tale da neutralizzare a priori qualunque processo formativo, in capo alla struttura, di un ipotetico affidamento sul mantenimento dei criteri programmatori previgenti, anche in virtù del fatto che i principi regolatori della negoziazione con le strutture erogatrici vengono fissati a livello regionale di anno in anno, mediante appositi provvedimenti che esauriscono la loro efficacia nell'annualità di riferimento, connotandosi di una transitorietà incompatibile con la genesi, in capo agli operatori del settore, di un ragionevole

affidamento sulla protrazione, anche per gli anni successivi, dei relativi effetti: ciò che, del resto, sarebbe confliggente con l'esigenza di esercizio efficiente del potere di programmazione, il quale esige il costante adattamento alle esigenze di fabbisogno ed ai limiti finanziari intrinsecamente mutevoli nel tempo, anche in forza delle sopravvenute disposizioni nazionali intese a fissare (ed aggiornare) gli obiettivi in termini di risparmio di spesa.

Con sentenza 2 gennaio 2020, n. 1 la sez. III ha affermato che è illegittimo il provvedimento con il quale una Azienda sanitari ha rigettato l'istanza di inserimento di un ragazzo in un Centro diurno pubblico al compimento del 16° anno di età, previsto dal Piano individualizzato, opposto in ragione dell'esaurimento dei posti disponibili, occorrendo la dimostrazione dell'inesistenza di fondi di bilancio a cui attingere anche per una forma di assistenza indiretta, presso Centri privati, mediante rimborso alla famiglia del costo necessario a consentire l'adeguato sostegno socio-educativo.
Ha chiarito la Sezione che i compiti programmatori ed esecutivi che le norme regionali pongono a carico della azienda sanitaria possono ritenersi assolti diligentemente solo se sia stata tempestivamente attivata ogni forma di aggiornamento informativo circa la necessità di ulteriori risorse affinchè nel riparto annuale del Fondo la Giunta Regionale possa provvedere opportunamente ad integrazioni resesi necessarie per le sopravvenienze.
In altri termini, non è sufficiente che la struttura organizzativa esistente sia inadeguata a rispondere alle esigenze dell'utenza a far ritenere diligentemente esercitato il potere-dovere in capo all'Ente. Piuttosto, l'Ente pubblico dovrebbe dimostrare che non vi sono alternative organizzative e di essersi, comunque, adoperato in ogni modo per rinvenirle o reperire ulteriori risorse finanziarie.
Vero è che la ripartizione del Fondo regionale compete alla Giunta regionale, ma la tempestiva dichiarazione del numero degli utenti che necessitano di assistenza nel territorio servito, al fine di adeguare annualmente l'erogazione alle necessità dell'Azienda, compete a quest'ultima.
Ed invero, una volta individuate le necessità dei disabili tramite il Piano individualizzato, l'attuazione del dovere di rendere il servizio comporti l'attivazione dei poteri-doveri di elaborare tempestivamente le proposte relative all'individuazione delle risorse necessarie a coprire il fabbisogno e, comunque, l'attivazione di ogni possibile soluzione organizzativa.
Ha ricordato la Sezione che lo Stato italiano, ancor prima di aderire alla Convenzione di New York del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone disabili - entrata in vigore il 3 maggio 2008 e resa esecutiva con la l. 3 marzo 2009, n. 18 - con la l. n. 104 del 1992 ha perseguito "un evidente interesse nazionale, stringente ed infrazionabile, quale è quello di garantire in tutto il territorio nazionale un livello uniforme di realizzazione di diritti costituzionali fondamentali dei soggetti portatori di handicap" (Corte cost. 406 del 29 ottobre 1992).

A fondamento delle disposizioni della l. n. 104 del 1992 e delle altre leggi sulla tutela dei disabili si pongono i principi costituzionali di cui all'art. 2 (sulla tutela dei "diritti inviolabili dell'uomo" e sui "doveri inderogabili di solidarietà ... sociale"), all'articolo 3 (sul "compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana "), all'art. 38, terzo comma (sul "diritto all'educazione e all'avviamento professionale" anche quando vi sia un deficit).
E' stato anche rilevato dalla giurisprudenza come le norme a tutela dei disabili, in un quadro costituzionale che impone alle Istituzioni di favorire lo sviluppo della personalità, risultano essenziali al sostegno delle famiglie ed alla sicurezza e benessere della società nel suo complesso, poiché evitano la segregazione, la solitudine, l'isolamento, nonché i costi che ne derivano, in termini umani ed economici, potenzialmente insostenibili per le famiglie; inoltre, l'inserimento e l'integrazione sociale rivestono fondamentale importanza per la società nel suo complesso perché rendono possibili il recupero e la socializzazione (Cons. St., sez. VI, 31 maggio 2017, n. 2626).
Per quanto concerne, poi, l'aspetto attinente al diritto alla salute (art. 32 Cost.), in quanto diritto costituzionale "a prestazioni positive" basato su norme costituzionali di carattere programmatico (Corte cost. n. 218 del 1994), si è affermato che trattasi di diritto soggettivo pieno ed incondizionato, ma nei limiti e secondo le modalità prescelte dal legislatore nell'attuazione della relativa tutela, ben potendo detti limiti e modalità essere conformati dai condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nella distribuzione delle risorse finanziarie disponibili (Corte cost. n. 309 del 1999; n. 432 del 2005 e n. 251 del 2008; Cass.civ., sez. III, 27 marzo 2015, n. 6243).
Nella specie, la Regione Veneto, con l. reg. n. 9 del 25 febbraio 2005, Legge Finanziaria per il 2005, all'art. 26 ha istituito il fondo per la domiciliarità delle persone con disabilità finalizzato a realizzare interventi rivolti "alle persone disabili in condizione di gravità, ai sensi della l. 5 febbraio 1992, n. 104", successivamente confluito nel Fondo regionale per la non autosufficienza (art. 3, l. reg. 27 febbraio 2008, n. 1).
Con DGR 1859 del 2006 ALL A, sono state dettate indicazione alle A.U.L.SS. ai fini della predisposizione del Piano locale della Disabilità come strumento che integra il Piano di zona al fine di realizzare un intervento programmato per la erogazione delle varie prestazioni (assistenza domiciliare, residenzialità, centri diurni etc.) e in cui si definiscono tra l'altro le risorse necessarie per rispondere alla domanda.
Nel Piano Locale vanno indicati i criteri di utilizzo delle risorse trasferite a tal fine dalla Regione alle A.U.L.SS..
Il ruolo del Piano è fondamentale anche per quanto concerne la gestione dei Servizi Diurni; difatti, "il Piano locale delle Disabilità rileva le caratteristiche dei servizi diurni presenti sul territorio, definisce le modalità di accesso, gli obiettivi di programmazione locale e le risorse necessarie per rispondere alle domande".
Alle Aziende sanitarie compete la gestione delle domande di assistenza delle persone con disabilità e in particolare l'adozione dei "provvedimenti a carattere organizzativo e strumentale per l'attuazione a livello territoriale degli indirizzi della programmazione regionale nell'area della disabilità, sia per il sistema della domiciliarità, che per quello della residenzialità".

L'art. 5, comma 1, l. n. 30 del 2009 ha attribuito alla Giunta regionale di provvedere entro il 31 dicembre di ogni anno alla ripartizione del Fondo tra le varie Aziende sanitarie regionali sulla base di criteri contestualmente fissati.
Tra questi criteri, sono ricompresi "c) indicatori relativi alle persone disabili e non autosufficienti accolte nei centri di servizio residenziali e semiresidenziali; d) indicatori relativi alla consistenza della dotazione di servizi alla persona, di centri di servizio, della rete dei servizi per la prevenzione e cura, sia pubblici che privati.".
Al fine di garantire l'applicazione dei principi di sussidiarietà e trasparenza amministrativa, la Giunta regionale assicura la più ampia partecipazione dei soggetti che operano nella gestione del sistema integrato regionale di interventi e servizi sociali a favore delle persone non autosufficienti.

17. Pubblico impiego.

17.1. Istanza di avvicinamento a figlio fino a tre anni.

Con sentenza 21 dicembre 2020, n. 8180 la Sezione quarta ha affermato che l'istituto introdotto dall'art. 42 *bis*, d.lgs. n. 151 del 2001, che prevede l'assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche in una sede più vicina al luogo di residenza di un figlio fino a tre anni, va inteso in un'accezione che consenta alle Amministrazioni di tenere conto di esigenze organizzative anche non direttamente o esclusivamente connesse con le competenze professionali dell'istante e con l'insostituibilità delle mansioni da questi svolte in sede, ma neppure banalmente riferite alla mera scopertura di organico che, ove si mantenga entro un limite numerico tutto sommato contenuto, appaia fronteggiabile con una migliore riorganizzazione del servizio e, dunque, con gli ordinari strumenti giuridici previsti dall'ordinamento, senza che venga perciò negata al lavoratore-genitore la tutela approntata dall'ordinamento.
Ha ricordato la Sezione che le misure di sostegno alla maternità e paternità vanno applicate tenendo conto delle specificità settoriali delle Forze armate e di tutti i Corpi di polizia, ad ordinamento militare e civile.
L'osmosi con gli istituti dettati per gli impieghi civili alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni è mediata, filtrata e conformata da un principio generale di preservazione delle specificità settoriali delle Forze Armate e di tutti i Corpi di Polizia, traguardate non come valore finale in sé, bensì come ineludibile esigenza strumentale, necessaria per consentire l'ottimale perseguimento delle peculiari e delicate funzioni loro proprie (ossia la difesa militare dello Stato per terra, mare ed aria e la prevenzione e repressione, anche con l'uso della forza, dei reati)".
L'assunto evidenziato è stato ribadito anche in altri successivi precedenti di questo Consiglio (*ex aliis*, sez. II, 26 agosto 2019, n. 5872). Per esse, infatti, dovrà precipuamente tenersi conto di quegli elementi collegati al corretto ed efficiente svolgimento delle funzioni perseguite, che diviene dunque il criterio orientativo per riempire di contenuto la locuzione "casi ed esigenze eccezionali", enucleata dal legislatore, quale contraltare della finalità di tutela della genitorialità e del minore, per consentire, talvolta, la manifestazione di un "mancato accoglimento" legittimo dell'istanza del lavoratore.

Operate queste puntualizzazioni, circa l'ambito di applicazione dell'istituto in esame e, specialmente, dei suoi limiti, va osservato come si siano affermati in seno a questo Consiglio tre diversi orientamenti su cosa debba intendersi per "casi ed esigenze eccezionali".
Secondo un primo orientamento – seguito specialmente in passato (Cons. St., sez. III, 3 agosto 2015, n. 3805, anche se, nel caso concretamente esaminato, sussistevano eccezionali ragioni organizzative, sussistendo una scopertura di organico del 50% del totale; sez. IV, 10 luglio 2013, n. 3683) – si ritiene che l'Amministrazione possa rifiutare l'assegnazione temporanea se vi siano "prevalenti esigenze organizzative e di servizio", ossia ragioni consistenti anche in mere carenze di organico nella sede a qua, la cui valutazione sarebbe rimessa all'ampia discrezionalità dell'amministrazione, sindacabile soltanto in caso di manifesta irragionevolezza, travisamento dei fatti e difetto di motivazione.
Per una seconda tesi di segno diametralmente opposto, invece, l'Amministrazione non può limitarsi ad argomentare il diniego, opponendo mere ragioni organizzative, dovendo, provare, invece, in ragione dell'eccezionalità del rigetto dell'istanza, esclusivamente, la sussistenza di una situazione di indispensabilità del lavoratore presso quella sede di servizio, che si correla, ad es., alla specifica professionalità da questi vantata (Cons. St., sez. VI, 1° ottobre 2019, n. 6577; sez. IV, 7 giugno 2019, n. 2896).
Vi è infine una terza impostazione, intermedia, la quale ritiene che le 'ragioni eccezionali', alle quali la P.A. può ancorare il diniego, possano essere correlate anche ad esigenze organizzative non direttamente riferite al lavoratore che ha proposto l'istanza, purché tali esigenze siano oggettivamente non comuni e connotate da un'evidente rilevanza, come, ad es., in presenza di marcate carenze di organico (Cons. St., sez. IV, 15 novembre 2019, n. 5708; id., sez. VI, 1° ottobre 2019 n. 6577; id., sez. IV, 28 luglio 2017, n. 3198).
Con specifico riferimento all'istituto dell'avvicinamento ai figli infratreenni, la Sezione ha chiarito che vi è stato un notevole contenzioso in tema di applicazione dell'art. 42 bis, d.lgs. n. 151 del 2001. Ciò è senz'altro dipeso non solo dalla estrema sinteticità della disposizione legislativa e dalla estrema varietà dei casi concreti (in correlazione alle esigenze organizzative dei vari uffici pubblici), ma anche dalla mancata emanazione di atti generali – anche di natura regolamentare – aventi per oggetto regole e criteri orientativi, per valutare in concreto quali siano le esigenze organizzative da soddisfare, in sede di valutazione delle singole istanze.
La Sezione ha aderito al terzo orientamento.
Circa il primo orientamento - che ritiene rilevanti, ai fini del diniego del beneficio, mere ragioni organizzative, molto spesso coincidenti con la carenza di personale rispetto alla pianta organica prevista presso la sede di assegnazione dalla quale il lavoratore si intende allontanare in via temporanea - va evidenziato che una simile lettura della locuzione "casi o esigenze eccezionali" la svuota di significato dal punto di vista letterale e logico giuridico. Pur se vi è una diffusa situazione di sotto-organico per le Amministrazione pubbliche, risulta dirimente che, nella stragrande maggioranza dei casi, a fronte di lacune di organico non particolarmente pronunciate, i profili organizzativi e di garanzia del corretto dispiegarsi del servizio sono fronteggiabili dall'amministrazione con gli ordinari strumenti giuridici di cui essa dispone. Innanzi a un tale stato di cose, i valori presidiati

dalla normativa a tutela della genitorialità (e dei minori di tenera età) debbono trovare dunque preminenza, potendo quelli sottostanti alle peculiari funzioni svolte dalle amministrazioni di Polizia essere salvaguardati mediante la riorganizzazione del servizio offerto.
Circa il secondo orientamento - che ritiene debbano essere valorizzati, quale ragione ostativa, soltanto specifici aspetti della professionalità o delle abilità possedute dal militare si da renderlo oggettivamente insostituibile la Sezione ha rilevato che esso restringe eccessivamente il novero delle ipotesi che potrebbero determinare il rifiuto dell'applicazione della assegnazione temporanea. L'orientamento in questione, in modo del tutto antitetico a quello precedente, non valorizza le peculiarità delle amministrazioni che svolgono funzioni correlate alla difesa, all'ordine pubblico e alla pubblica sicurezza, operando, di fatto, una piana equiparazione fra queste e quelle attratte dal legislatore nel novero del c.d. pubblico impiego privatizzato.
Ad avviso della Sezione l'art. 42 *bis*, d.lgs. n. 151 del 2001 va inteso in un'accezione che consenta alle Amministrazioni di tenere conto di esigenze organizzative anche non direttamente o esclusivamente connesse con le competenze professionali dell'istante e con l'insostituibilità delle mansioni da questi svolte in sede, ma neppure banalmente riferite alla mera scopertura di organico che, ove si mantenga entro un limite numerico tutto sommato contenuto, appaia fronteggiabile con una migliore riorganizzazione del servizio e, dunque, con gli ordinari strumenti giuridici previsti dall'ordinamento, senza che venga perciò negata al lavoratore-genitore la tutela approntata dall'ordinamento.
Ad avviso della Sezione l'eccezionalità, che consente all'Amministrazione, gravata dal relativo onere probatorio, di negare legittimamente il beneficio, può rinvenirsi quando: a) la sede di assegnazione sia chiamata a fronteggiare una significativa e patologica scopertura di organico, che, in mancanza di un dato normativo di supporto, si individua, equitativamente, nella percentuale pari o superiore al 40% della dotazione organica dell'ufficio di assegnazione, che potrà essere presa in considerazione, ai fini del diniego, sia riferendola a tutte le unità di personale assegnate a quella sede sia riferendola al solo personale appartenente al medesimo ruolo del soggetto istante; b) nell'ambito territoriale del comando direttamente superiore a quello di appartenenza (ad es., l'ambito provinciale, ove la singola sede faccia gerarchicamente riferimento ad un comando provinciale) si ravvisino, all'interno della maggioranza delle altre sedi di servizio, scoperture di organico valutate secondo i parametri indicati alla precedente lettera a); c) la sede di assegnazione, pur non presentando una scopertura significativa e patologica, presenta comunque un vuoto di organico ed è ubicata in un contesto connotato da peculiari esigenze operative: si pensi all'ipotesi in cui l'unità impiegata nella sede di appartenenza si trovi a fronteggiare emergenze di tipo terroristico (come nel caso scrutinato da Cons. St., sez. IV, 28 luglio 2017, n. 3198), oppure pervasivi fenomeni di criminalità organizzata di stampo mafioso, o sia di supporto a reparti impiegati in missioni all'estero, sempre che non vi siano nello stesso comprensorio del comando gerarchicamente superiore altre sedi dalle quali sia possibile attingere, temporaneamente, un agente in sostituzione; d) l'interessato svolge un ruolo di primaria importanza nell'ambito della sede di appartenenza e non sia sostituibile con altro personale presente in essa o in altra sede da cui

sia possibile il trasferimento; in questo caso, la ragione ostativa andrà ravvisata non nel possesso in sé di una particolare qualifica da parte dell'interessato, ma nel fatto che quella qualifica sia necessaria nell'ambito di specifiche operazioni in essere o nell'ambito di operazioni che è ragionevole prevedere dovranno essere espletate (a cagione del contesto ambientale che implica lo svolgimento di quel servizio o l'impiego di militari o agenti dotati di quella qualifica; di un criterio storico-statistico, quando quel genere di attività è stata già espletata in passato nell'ambito di quella sede di servizio e l'amministrazione attesti possa verificarsi in futuro, perché non collegata con un'esigenza del tutto irripetibile); e) l'interessato, pur non in possesso di una peculiare qualifica, è comunque impiegato in un programma o in una missione speciale ad altissima valenza operativa, dalla quale l'Amministrazione ritenga non possa essere proficuamente distolto, che deve essere compiutamente indicata nel provvedimento (salvi, ovviamente, i profili di riservatezza che dovessero emergere per la tutela della suddetta operazione).

17.2. Stabilizzazione di personale già in servizio a tempo indeterminato presso altra Amministrazione.

Con sentenza 3 febbraio 2020, n. 872 la Sezione terza ha affermato che la partecipazione alla procedura di stabilizzazione non è consentita ai dipendenti già in servizio a tempo indeterminato presso altra pubblica amministrazione, in quanto una tale evenienza entra in contraddizione con la *ratio* della norma, alterandone il carattere speciale di reclutamento ristretto alla platea dei dipendenti in servizio "precari", in quanto titolari di contratti a tempo determinato.

Ha chiarito la Sezione che sebbene la persistenza del rapporto "precario" all'atto della partecipazione alla procedura riservata non costituisca una condizione di ammissione alla selezione, tuttavia la legge è chiara nell'individuare la platea degli aspiranti alla stabilizzazione tra i soggetti "precari", così intesi in quanto titolari, ad oggi o in passato, di soli rapporti non stabili.

La stabilizzazione non può essere intesa, viceversa, come una forma di riconoscimento degli anni di lavoro a tempo determinato già espletati e, dunque, come uno strumento di mera valorizzazione dell'esperienza acquisita quale titolo per l'inquadramento. Al contrario, essa si delinea come un meccanismo di passaggio da una condizione di lavoro temporaneo (pregressa o ancora in essere) ad una condizione di lavoro a tempo indeterminato, sicché, cessata la prima posizione (come nel caso di specie, in cui il lavoratore abbia conseguito un contratto a tempo indeterminato e abbia abbandonato il precedente contratto a tempo determinato), non vi è più margine per poter accedere alla procedura riservata.

18. Pubblica istruzione.

18.1. Concorsi riservati ai docenti di musica precari delle Istituzioni di Alta formazione artistica musicale e coreutica (Afam) statali e statizzazione delle Afam non statali.

La sez. VI, con sentenza 30 dicembre 2020, n. 8529 ha dichiarato legittimo il decreto del Ministero dell'istruzione, dell'Università e della Ricerca del 14 agosto 2018, n. 597,

il quale ha previsto che l'inserimento in apposite graduatorie nazionali per l'attribuzione di incarichi di insegnamento a tempo indeterminato o determinato sia riservato, ai sensi dell'art. 1, comma 655, l. 27 dicembre 2017, n. 205, esclusivamente al personale docente che abbia prestato tre anni di servizio nelle Istituzioni di Alta formazione artistica musicale e coreutica (Afam) statali e non anche nelle Afam non statali.

Ha chiarito la Sezione che la l. 21 dicembre 1999, n. 508 è stata adottata al fine della riforma "delle Accademie di belle arti, dell'Accademia nazionale di danza, dell'Accademia nazionale di arte drammatica, degli Istituti superiori per le industrie artistiche (Isia), dei Conservatori di musica e degli Istituti musicali pareggiati". Il comma 7 dello stesso art. 2 ha demandato a regolamenti di delegificazione la disciplina concreta di vari profili delle Istituzioni Afam, tra i quali quelli relativi: a) alle "procedure di reclutamento del personale"; b) agli ordinamenti didattici. Il successivo comma 8 ha previsto i principi e criteri direttivi, tra i quali la "possibilità di prevedere, contestualmente alla riorganizzazione delle strutture e dei corsi esistenti e, comunque, senza maggiori oneri per il bilancio dello Stato, una graduale statizzazione, su richiesta, degli attuali Istituti musicali pareggiati e delle Accademie di belle arti legalmente riconosciute, nonché istituzione di nuovi musei e riordino di musei esistenti, di collezioni e biblioteche, ivi comprese quelle musicali, degli archivi sonori, nonché delle strutture necessarie alla ricerca e alle produzioni artistiche" (lett. e).

Per quanto attiene al reclutamento, in attesa dell'adozione del regolamento di disciplina della procedure di reclutamento del personale, è stato adottato l'art. 19, comma 2, d.l. 12 settembre 2013, n. 104, il quale ha previsto che: "Il personale docente che non sia già titolare di contratto a tempo indeterminato nelle istituzioni dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica, che abbia superato un concorso selettivo ai fini dell'inclusione nelle graduatorie di istituto e abbia maturato almeno tre anni accademici di insegnamento presso le suddette istituzioni alla data di entrata in vigore del presente decreto, è inserito (…) in apposite graduatorie nazionali utili per l'attribuzione degli incarichi di insegnamento a tempo determinato in subordine alle graduatorie di cui al comma 1 del presente articolo, nei limiti dei posti vacanti disponibili". Il predetto regolamento di delegificazione è stato emanato con d.P.R. 7 agosto 2019, n. 143, recante "le procedure e le modalità per la programmazione e il reclutamento del personale docente e del personale amministrativo e tecnico del comparto Afam".

Per quanto attiene agli ordinamenti didattici, l'art. 11, d.P.R. 8 luglio 2005, n. 212, la cui rubrica reca «Istituzioni non statali», ha previsto che, in attesa dell'adozione dello specifico regolamento di delegificazione, "l'autorizzazione a rilasciare i titoli di Alta formazione artistica, musicale e coreutica può essere conferita, con decreto del Ministro, a istituzioni non statali già esistenti alla data di entrata in vigore della legge".

Su un piano specifico di disciplina, che rileva in questa sede, l'art. 1, comma 655, l. n. 205 del 2017 ha previsto che: "Il personale docente che non sia già titolare di contratto a tempo indeterminato nelle istituzioni di cui al comma 653 che abbia superato un concorso selettivo ai fini dell'inclusione nelle graduatorie di istituto e abbia maturato, fino all'anno accademico 2020/2021 incluso, almeno tre anni accademici di insegnamento,

anche non continuativi, negli ultimi otto anni accademici, in una delle predette istituzioni nei corsi previsti dall'articolo 3 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 luglio 2005, n. 212, e nei percorsi formativi di cui all'articolo 3, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 10 settembre 2010, n. 249, è inserito in apposite graduatorie nazionali utili per l'attribuzione degli incarichi di insegnamento a tempo indeterminato e determinato, in subordine alle vigenti graduatorie nazionali per titoli e di quelle di cui al comma 653, nei limiti dei posti vacanti disponibili. L'inserimento è disposto con modalità definite con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca".

L'art. 1, comma 653, della predetta legge, richiamato dal suddetto comma 655, ha previsto che: a) "al fine di superare il precariato nelle istituzioni dell'alta formazione artistica musicale e coreutica sono stanziati 1 milione di euro per l'anno 2018, 6,6 milioni di euro per l'anno 2019, 11,6 milioni di euro per l'anno 2020, 15,9 milioni di euro per l'anno 2021, 16,4 milioni di euro per l'anno 2022, 16,8 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2023 al 2025, 16,9 milioni di euro per l'anno 2026, 17,5 milioni di euro per l'anno 2027, 18,1 milioni di euro per l'anno 2028 e 18,5 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2029"; b) "a decorrere dall'anno 2018 le graduatorie nazionali di . 8 novembre 2013, n. 128, sono trasformate in graduatorie nazionali ad esaurimento, utili per l'attribuzione degli incarichi di insegnamento con contratto a tempo indeterminato e determinato, in subordine alle vigenti graduatorie nazionali per titoli. Il personale delle graduatorie nazionali di cui al secondo periodo resta incluso nelle medesime anche a seguito dell'emanazione del regolamento di cui all'art. 2, comma 7, lettera e), l. 21 dicembre 1999, n. 508".

Ad avviso della Sezione tali disposizioni devono essere interpretate nel senso che esse si riferiscono soltanto al personale docente dell'Afam statali e non anche delle Afam non statali.

A tale risultato si perviene in applicazione dei seguenti criteri interpretativi.

Sul piano letterale, il generico riferimento alle Afam, senza distinzione tra Afam statali e non statali, non può costituire elemento determinante ai fini dell'ampliamento del campo applicativo della disposizione a tutte le istituzioni scolastiche. Il legislatore, come risulta dalla normativa generale sopra riportata e contrariamente a quanto sostenuto dagli appellanti, quando ha inteso fare esplicito riferimento alle Afam non statali le ha espressamente qualificate come tali e ciò sin dalla legge fondamentale del 1999.

Sul piano sistematico, vengono in rilievo una serie di indici che depongono nel senso della limitazione del significato alle sole Afam statali. Il primo indice, che valorizza lo stesso contesto normativo in cui è collocata la norma in esame, è rappresentato dalla interpretazione coordinata dei commi sopra riportati. Il comma 655, al fine di individuare il perimetro applicativo soggettivo della norma e, dunque, il personale docente che potrà essere inserito nelle graduatorie nazionali ai fini dell'attribuzione degli incarichi di insegnamento, rinvia al comma 653, il quale, nell'indicare le somme stanziate a tali fini, fa riferimento al bilancio statale. Il che pone in correlazione, come correttamente rilevato dal primo giudice, le somma stanziate e le Afam statali.

Il secondo indice, che valorizza un contesto normativo più ampio, è rappresentato dal contenuto dell'art. 22-*bis*, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, il quale prevede che "a decorrere dall'anno 2017, gli istituti superiori musicali non statali e le accademie non statali di belle arti (…) sono oggetto di graduali processi di statizzazione e razionalizzazione» (comma 1). Tale norma demanda ad appositi decreti del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, la definizione dei criteri per la statizzazione, che consistono, in particolare, nella determinazione delle relative dotazioni organiche e, soprattutto, nella «verifica delle modalità utilizzate per la selezione del predetto personale, prevedendo ove necessario il superamento di specifiche procedure concorsuali pubbliche, l'anzianità maturata con contratti di lavoro flessibile, pari ad almeno tre anni, anche non continuativi, negli ultimi otto anni e la valutazione di titoli accademici e professionali". Il Ministero dell'istruzione ha fatto presente di aver avviato con gli altri Ministeri interessati, con nota 28 novembre 2020, la costituzione di un apposito tavolo di consultazione per la redazione del decreto di fissazione dei criteri. Si è precisato che il personale assunto con procedura selettiva potrà transitare nei ruoli dello Stato se in servizio alla data del 24 aprile 2017. Da quanto riportato risulta come il legislatore e il Governo abbiamo previsto due procedure complementare ma differenti per il personale in servizio presso Afam statali e non statali, che tengono conto delle oggettive diversità tra tale personale derivante soprattutto dalle modalità di assunzione. Il che giustifica ulteriormente la riserva degli stanziamenti per la creazione di graduatorie nazionali ai fini dell'attribuzione di incarichi di insegnamento soltanto a favore delle Afam statali.

Il terzo indice, che valorizza lo stesso contesto costituzionale in cui si inserisce la norma in esame, è rappresentato dall'art. 33, comma 3, Cost, il quale dispone che "enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato". Si tratta di una scelta costituzionale che impone di distinguere le istituzioni scolastiche statali e non statali, con chiara preclusione, in questo specifico ambito, di operatività del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.), che, al contrario, postula una preferenza per lo svolgimento di attività di interesse pubblico da parte di soggetti privati ove questi siano in grado di offrire prestazioni adeguate. Ciò non implica, ovviamente, che il legislatore non possa decidere di creare particolari canali di accesso al personale precario presso istituzioni scolastiche non statali ma questo può avvenire sulla base di una espressa e chiara presa di posizione da parte del legislatore stesso.

Sul piano della *ratio legis*, dai lavori preparatori non emergono elementi per ritenere che vi sia stata la volontà di includere nell'ambito applicativo del comma 655 anche il personale delle Afam non statali. Risulta, invero, agli atti del processo formativo delle norme in esame, soltanto la dichiarazione del Ministro dell'epoca, il quale ha affermato, in data 1° dicembre 2017, che l'approvazione della finanziaria del 2018 avrebbe consentito anche di fissare «i criteri per la statizzazione», il che fa emergere ancora più chiaramente la volontà legislativa e governativa di dare avvio a due percorsi complementari e differenti per il perseguimento dell'obiettivo comune di superare il precariato presso le Afam.

La Sezione peraltro, pur confermando la legittimità del d.m. 14 agosto 2018, n. 597, ha però rivolto all'Amministrazione una raccomandazione affinché acceleri la statizzazione del personale precario delle Afam non statali al fine di completare i complessi processi di riforma delle istituzionali scolastiche pubbliche e private.

18.2. Test di accesso alla Facoltà di Medicina e Chirurgia per l'anno accademico 2017/2018: quiz presenti in volumi in comune commercio.

Con sentenza 2 luglio 2020, n. 4266 la sez. VI ha affermato che sede di impugnazione della mancata ammissione ai corsi di laurea magistrale in Medicina e Chirurgia, Odontoiatria e Protesi Dentaria per l'anno accademico 2017/2018 non è provato che alcuni dei quiz somministrati sarebbero stati presenti in volumi di preparazione al test d'ingresso in comune commercio né è comunque possibile determinare quali candidati siano stati avvantaggiati dalla circostanza sopra indicata, né quanto l'avere avuto accesso a manuali e eserciziari contenenti quesiti simili o identici a quelli somministrati nella prova di concorso (ove peraltro sono usualmente presenti migliaia di quesiti, impossibili da memorizzare in toto anche per il più mnemonico degli studenti) abbia facilitato la prova, fermo restando che non possono considerarsi vizianti la ricerca di canali di preparazione, a disposizione di qualunque soggetto interessato, né lo studio approfondito dei testi disponibili, tutti più o meno noti agli aspiranti studenti di medicina (e verosimilmente basati anche su test di anni pregressi), rientrando a ben vedere la scelta dell'interessato di accedere all'una o all'altra fonte di studio nell'ambito della normale "alea" di un qualsiasi concorso pubblico.

Più in generale, la Sezione ha ricordato che la l. n. 127 del 1997 ha introdotto, per la prima volta, l'accesso limitato agli atenei italiane pubbliche e private. L'art. 17 della legge stabiliva che fosse il Ministero della Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica a determinare tali limitazioni, pur non fissando criteri per determinare i corsi di laurea soggetti a limitazioni, il numero di posti disponibili o le procedure di selezione. La Corte Costituzionale, adita per esaminare la compatibilità della predetta disposizione con la riserva di legge, riteneva che la discrezionalità applicata dal Ministero dell'Università e della Ricerca non fosse illimitata, visto che il Ministero doveva agire secondo un quadro normativo ben determinato da alcune direttive comunitarie.

In seguito è stata promulgata la l. n. 264 del 1999, attualmente in vigore, che assegna al Ministero dell'Università e della Ricerca il compito di programmare gli accessi ai corsi di laurea in medicina, medicina veterinaria, odontoiatria, architettura e scienze infermieristiche sulla base di alcuni criteri vincolanti: in base all'art. 3, comma 1, lettera a), nella determinazione annuale del numero di posti a livello nazionale per talune facoltà (medicina e chirurgia, veterinaria, architettura ed altre) il Ministro per l'Università e la ricerca scientifica deve valutare «l'offerta potenziale del sistema universitario, tenendo anche conto del fabbisogno di professionalità del sistema sociale e produttivo».

La Sezione ha poi ricordato che il Consiglio di Stato ha ripetutamente affermato che il numero chiuso e il modo in cui esso è applicato nel contesto normativo italiano è – astrattamente – conforme alla normativa comunitaria (*ex plurimis*: sentenza n. 1931 del 2008; n. 5418 del 2008 n. 1631 del 2010; n. 898 del 2011).

La Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha escluso che la predetta normativa implichi una violazione del diritto all'istruzione di cui all'art. 2 del Protocollo n. 1 alla Convenzione (sentenza 2 aprile 2013, ricorsi nn. 25851/09, 29284/09, 64090/09, Tarantino e altri c. Italia): le limitazioni previste dalla legge italiana, oltre a rispondere al fine legittimo di raggiungere alti livelli di professionalità, assicurando un livello di istruzione minimo e adeguato in atenei gestiti in condizioni adeguate, sono state ritenute proporzionate rispetto allo scopo.
Nel caso di specie, rispetto all'attività di programmazione condotta dal Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca – la quale importa la spendita di ampi poteri discrezionali – gli appellanti si sono limitati ad una indimostrata affermazione di presunta maggiore capacità formativa degli Atenei, senza che sia emersa, né alcuna puntuale deviazione rispetto alla normativa di riferimento, né una palese incongruità delle scelte effettuate;
Per quanto concerne il corso di laurea a numero programmato in medicina e chirurgia, il numero di posti banditi con decreto, fin dall'anno accademico 2015-2016, è risultato sempre superiore al numero di posti resi disponibili in base alla stima del fabbisogno e prossimo alla saturazione dell'intero potenziale formativo.
- non coglie poi nel segno il ragionamento incentrato sulle disponibilità venutesi a creare per gli anni successivi, evidenziandosi un sintomo di inattendibilità dell'azione amministrativa di programmazione che non si traduce in un vizio di eccesso di potere con riguardo ad annualità risalenti: il fatto che per l'anno accademico 2019-2020 le Università abbiano acquisito ulteriori dotazioni umane e strumentali in modo da poter implementare il numero di posti disponibili per le immatricolazioni al primo anno del corso di laurea a ciclo unico in medicina e chirurgia, non può certo valere – senza ulteriori specifiche deduzioni ed allegazioni – a ritenere che fosse dovuto un numero di posti equivalente anche nella programmazione dell'anno accademico 2017/2018 – ossia di ben due anni prima – potendosi ragionevolmente ipotizzare che il minor numero di posti disponibili per l'anno in esame fosse legato all'impiego di minori risorse rispetto a quelle impiegate nell'anno – successivo – in cui è preannunciato l'impiego l'ampliamento delle disponibilità e tale ipotesi non è nel merito contraddetta da precise e concordanti risultanze processuali denotanti un sicuro arbitrio nelle scelte programmatorie ed organizzative.

18.3. Refezione scolastica e consumazione di alimenti di preparazione domestica.

Con sentenza 2 ottobre 2020, n. 7640 la sez. VI ha affermato che deve ammettersi il diritto degli alunni di un Istituto in cui si applica il modello scolastico "modulare", diverso dal tempo pieno, di 30 ore settimanali, di non pranzare alla mensa scolastica ma di consumare alimenti di preparazione domestica nel locale adibito a refettorio, unitamente e contemporaneamente ai compagni di classe, sotto la vigilanza e con l'assistenza educativa dei docenti, secondo modalità che favoriscano la socializzazione degli alunni, ma soprattutto ne azzerino i rischi in materia di salute e sicurezza.

Alcuni genitori di alunni di un Istituto in cui si applica il modello scolastico "modulare", diverso dal tempo pieno, di 30 ore settimanali, avevano adito il Tar Brescia perché accertasse il diritto dei propri figli ad essere ammessi a consumare alimenti di preparazione domestica nel locale adibito a refettorio, unitamente e contemporaneamente ai compagni di classe, sotto la vigilanza e con l'assistenza educativa dei docenti

Avverso la reiezione del Tar Brescia i ricorrenti di primo grado hanno proposto appello, accolto dal Consiglio di Stato.

Ha preliminarmente chiarito la Sezione che la posizione giuridica soggettiva azionata dagli odierni appellanti deve qualificarsi di interesse legittimo, secondo quanto ritenuto dalla stessa Sezione nelle sentenze 5 ottobre 2020, nn. 5792 e 5839, dovendosi conseguentemente riconoscere in capo a ciascun Istituto scolastico una vera e propria potestà organizzativa, nell'ambito delle disposizioni vigenti, in merito al servizio prestato nei confronti degli allievi e delle loro famiglie, implicante motivate valutazioni discrezionali in ordine, tra l'altro, alle modalità della relativa prestazione, che possano renderne sicuro ed efficiente lo svolgimento, nel bilanciamento dei contrapposti interessi ed all'esito di un'adeguata istruttoria.

La Sezione ha poi ricordato che il Legislatore è intervenuto più volte, dal 1999, a disciplinare il servizio delle mense scolastiche (ad es. con la l. 23 dicembre 1999, n. 488, che all'art. 59 raccomanda di utilizzare nelle mense scolastiche prodotti biologici, tipici e tradizionali e a denominazione protetta, tenendo conto delle linee guida e delle altre raccomandazioni dell'Istituto nazionale della nutrizione; oppure la l. 27 dicembre 2002, n. 289, il cui art. 35 affida ai collaboratori scolastici l'accoglienza e la sorveglianza degli alunni e l'ordinaria vigilanza e assistenza agli alunni durante la consumazione del pasto nelle mense scolastiche; o la l. 18 agosto 2015, n. 141, il cui art. 6 impone alle istituzioni pubbliche che gestiscono mense scolastiche di procedere alla relativa gestione mediante "appalti verdi"; o l' art. 13, l. 1 dicembre 2015, n. 194 e l'art. 10, l. 19 agosto 2016, n. 166, che rispettivamente attribuiscono alle mense scolastiche un ruolo nella tutela della biodiversità di interesse agricolo e alimentare e nella lotta agli sprechi di cibo, o col promuovere, a decorrere dall'anno scolastico 2017/2018, il consumo di prodotti biologici e sostenibili per l'ambiente, nell'ambito dei servizi di refezione scolastica; o l'art. 62, comma 5-*bis*, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, che impone ancora una volta il consumo di prodotti biologici e sostenibili per l'ambiente, nell'ambito dei servizi di refezione scolastica.

Tutte queste disposizioni, soprattutto quelle di fonte primaria, dimostrano in modo univoco che l'interesse pubblico connesso all'esercizio delle mense scolastiche trascende quello dei singoli utenti, allievi delle varie istituzioni scolastiche che le ospitano, per interessare il più vasto ambito della salute e dell'economia nazionali. In altri provvedimenti, del resto, gli affidamenti dell'esercizio delle mense scolastiche sono esattamente definiti concessioni di servizi pubblici locali di rilevanza economica, e i relativi capitolati contratti di servizio.

Con riferimento al caso sottoposto al proprio esame, la Sezione ha preliminarmente ricordato che la vigilanza, durante il tempo mensa, deve essere affidata in ogni caso al

personale insegnante, dato che nell'orario obbligatorio è compreso anche quello dedicato alla refezione.
Il servizio di mensa scolastica è definibile, in base alle disposizioni vigenti, non soltanto "facoltativo a domanda individuale" (così il decreto del Ministero dell'interno 31 dicembre 1983, recante "Individuazione delle categorie dei servizi pubblici locali a domanda individuale", che al n.10 definisce tali le mense, comprese quelle ad uso scolastico), ma anche come strumentale all'attività scolastica e tuttavia strettamente collegato al diritto all'istruzione (il d.lgs. 13 aprile 2017, n. 63, all'art.6 dispone infatti per i servizi di mensa, che "… laddove il tempo scuola lo renda necessario, alle alunne e agli alunni delle scuole pubbliche dell'infanzia, primarie e secondarie di primo grado sono erogati, nelle modalità di cui all'articolo 3, servizi di mensa, attivabili a richiesta degli interessati … nei limiti dell'organico disponibile e senza nuovi o maggiori oneri per gli enti pubblici interessati").
La richiesta di consumare individualmente il proprio pasto in linea di principio deve dunque ammettersi e può essere accolta, seppure secondo modalità che favoriscano la socializzazione degli alunni, ma soprattutto ne azzerino i rischi in materia di salute e sicurezza, in applicazione analogica dell'art. 26, comma 5, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (su tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro), ed in ogni caso sotto la vigilanza del corpo docente.

19. Contratti della Pubblica amministrazione.
Molte le sentenze in materia di contratti pubblici, intervenuta soprattutto sulle nuove disposizioni introdotte dal Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ma anche sulla pregressa disciplina (Codice degli appalti, approvato con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e relativo regolamento, approvato con d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), che trova ancora applicazione nelle gare bandite prima dell'entrata in vigore della novella del 2016.

19.1. Suddivisione delle prestazioni oggetto di una gara d'appalto in lotti.
La sez. III, con sentenza 5 febbraio 2020, n. 932 ha affermato che alle stazioni appaltanti è vietato suddividere le prestazioni oggetto di una gara d'appalto in lotti distinti laddove ciò non sia giustificato dalla diversità dei servizi o delle forniture oggetto dei vari sublotti e/o dalla esigenza di favorire la partecipazione alla gara delle piccole e medie imprese.
La Sezione ha ricordato che l'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016, al comma 1, prevede che "..le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'art. 3, comma 1, lett. qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'art. 3, comma 1, lett. ggggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture" soggiungendo nel successivo periodo che "Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli artt. 99 e 139".
Al contempo, mette conto evidenziare che tale principio non assume valenza assoluta ed inderogabile.

La Sezione ha di recente evidenziato che, in materia di appalti pubblici, costituisce principio di carattere generale la preferenza per la suddivisione in lotti, in quanto diretta a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese; tale principio come recepito all'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016, non costituisce una regola inderogabile, in quanto la norma consente alla stazione appaltante di derogarvi per giustificati motivi, che devono però essere puntualmente espressi nel bando o nella lettera di invito, proprio perché il precetto della ripartizione in lotti è funzionale alla tutela della concorrenza.
Anche sotto tale distinto profilo, il frazionamento in lotti non è funzionale all'esigenza di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese, non essendo correlata la scelta organizzativa qui in discussione al valore economico della gara in comparazione con gli standard organizzativi e di fatturato delle imprese di settore.
D'altro canto, nemmeno può essere sottaciuto che gli effetti della misura in argomento si pongono in plateale contrasto con l'obiettivo di ampliare la platea dei possibili concorrenti.
Ed invero, l'opzione organizzativa qui in discussione limita la partecipazione per ciascun lotto ad una determinata e ristretta categoria di produttori a seconda del tipo di dispositivo utilizzato (penna o siringa) per l'adrenalina da autoiniezione, precludendo agli altri di concorrere a rendere una prestazione funzionalmente equivalente.
La Sezione non disconosce affatto, da un lato, il carattere eminentemente discrezionale delle valutazioni affidate *in subiecta materia* alla stazione appaltante e, dall'altro, le connesse implicazioni quanto alle modalità e limiti di esplicazione del relativo sindacato giurisdizionale, avendo a tal fini espressamente evidenziato che "..la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico. In tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione circa la ripartizione dei lotti da conferire mediante gara pubblica deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto e resta delimitato, oltre che dalle specifiche norme sopra ricordate del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza". L'intero impianto dei lotti di una gara non deve dar luogo a violazioni sostanziali dei principi di libera concorrenza, di *par condicio*, di non-discriminazione e di trasparenza di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i..
Ciò nondimeno, qualsiasi scelta della Pubblica amministrazione, anche la suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa sotto i profili della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che della congruità dell'istruttoria svolta.
Orbene, prendendo abbrivio da siffatta premessa, deve qui ribadirsi come le scelte confluite negli atti di gara non riposino su ragioni giustificatrici idonee ad evidenziare, nella comparazione dei valori in campo, le superiori esigenze a presidio delle quali si pone l'opzione organizzativa privilegiata dalla stazione appaltante di frazionare la gara in lotti distinti per singolo dispositivo utilizzato nonostante il sacrificio del *favor partecipationis* che ad essa si riconnette.

Anzitutto, e giusta quanto già sopra evidenziato, l'opzione privilegiata dall'Amministrazione non può dirsi espressione di una scelta strettamente necessitata alla stregua della stessa descrizione delle caratteristiche tecniche delle prestazioni poste a base di gara sì da far ritenere direttamente mutuabili da tale descrizione, e per i profili di intrinseca eterogeneità dei relativi contenuti, le ragioni della disposta frammentazione in lotti distinti quasi ad assecondare una diversa vocazione ontologica dei singoli lotti.
Né il divisato assetto organizzativo costituisce la sintesi di un ragionevole bilanciamento degli interessi comparati.
L'opzione prescelta, in mancanza di perspicui elementi di segno contrario, si risolve, viceversa, anche in ragione della scarsa concorrenzialità del mercato di riferimento, in un oggettivo fattore distorsivo di una corretta competizione con penalizzanti ricadute per la stessa Amministrazione, anzitutto, sul piano economico per la diversa base d'asta che connota i lotti qui in rilievo e, sotto distinto profilo, anche rispetto alle evidenti esigenze di semplificazione gestionale e di riduzione dei costi che si accompagnerebbero ad una razionalizzazione delle procedure di acquisto con possibili, significative economie di scala.

19.2. Gara telematica.
Con riferimento alle gare espletate con piattaforma telematica la sez. III si è occupata delle conseguenze connesse alla mancata osservanza delle regole dettate per il deposito della domanda di partecipazione alla procedura.
Con sentenza 30 dicembre 2020, n. 8536 ha affermato che quando tale piattaforma non consente la firma digitale *on line* ma richiede all'utente di scaricare la documentazione e firmare i documenti in "locale" sul proprio computer, i requisiti standard della firma digitale ammessa, CAdES o PAdES, devono essere portati all'attenzione dell'utenza in modo chiaro e segnalati nel manuale operativo sin dai primi paragrafi come prerequisito imprescindibile.
Ha preliminarmente chiarito la Sezione che nella fattispecie sottoposto al suo esame il rappresentante della concorrente ad una gara telematica ha effettivamente provveduto a caricare sulla piattaforma prescelta dall'amministrazione per lo svolgimento della gara, alcuni documenti dal medesimo firmati digitalmente in modalità PAdES (ossia mantenendo il formato PDF ed il nome originali). La piattaforma era tuttavia impostata per riconoscere la sottoscrizione nel formato CAdES (ossia nel particolare formato della "busta crittografica" e con il nome modificato mediante aggiunta dell'estensione ".p7m"). A causa di tale difformità generatasi nella fase finale di *upload* dell'offerta, pur risultando caricati i *files* PDF, la piattaforma non è stata in grado di identificare tali *files* come documenti firmati, in quanto non dotati della specifica estensione ".p7m" e della speciale struttura interna di "busta crittografica" che caratterizzano i documenti correttamente firmati in modalità CAdES. Di conseguenza, la piattaforma ha considerato i documenti caricati dalla concorrente come "non firmati" ed ha agito di conseguenza, ossia non abilitando il tasto "Invio" in attesa che venissero caricati i documenti firmati secondo le aspettative. L'unico comando accessibile a quel punto era quello di "Modi-

fica offerta", funzionale a rigenerare la busta contenente i documenti (non ancora firmati, *rectius*, ritenuti tali dalla piattaforma), il quale, una volta attivato, ha mostrato all'utente come messaggio di conferma il *pop-up* contenente il testo "Si stanno per eliminare tutti i file firmati", citato da parte resistente come supposta prova di un evento anomalo bloccante imputabile alla piattaforma.
Dinanzi a tale oggettiva ricostruzione, documentata inequivocabilmente dall'esame del *file log*, la Sezione ha valutato se la causa impeditiva sopraggiunte sia imputabile al sistema informatico predisposto dall'amministrazione al fine dello svolgimento della gara, o sia piuttosto da ricondurre a negligenza dell'offerente impegnato nell'upload della domanda di partecipazione.
La Sezione ha ricordato che "Il concorrente che si appresta alla partecipazione di una gara telematica, fruendo dei grandi vantaggi logistici e organizzativi che l'informatica fornisce ai fruitori della procedura, è consapevole che occorre un certo tempo per eseguire materialmente le procedure di upload, e che tale tempo dipende in gran parte dalla performance dell'infrastruttura di comunicazione (lato utente e lato stazione appaltante), quest'ultima a sua volta interferita da variabili fisiche o di traffico". Sulla base di tale premessa ha altresì chiarito che "L'esperienza e abilità informatica dell'utente, la stima dei tempi occorrenti per il completamento delle operazioni di *upload*, la preliminare e attenta lettura delle istruzioni procedurali, il verificarsi di fisiologici rallentamenti conseguenti a momentanea congestione del traffico, sono tutte variabili che il partecipante ad una gara telematica deve avere presente, preventivare e "dominare", quando si accinge all'effettuazione di un'operazione così importante per la propria attività di operatore economico, non potendo il medesimo pretendere che l'amministrazione, oltre a predisporre una valida piattaforma di negoziazione operante su efficiente struttura di comunicazione, si adoperi anche per garantire il buon fine delle operazioni, qualunque sia l'ora di inizio delle stesse, prescelto dall'utente, o lo stato contingente delle altre variabili sopra solo esemplificamente indicate (Cons. St., sez. III, 24 novembre 2020, n. 7352).
La Sezione ha quindi ricordato che esistono sostanzialmente due modalità *standard* per apporre la firma digitale: una denominata CAdES e una denominata PAdES. Il punto cruciale è che esse, pur essendo entrambe valide e riconosciute, non sono compatibili o interscambiabili tra loro in quanto dotate di caratteristiche differenti. In particolare: a) nella modalità CAdES il documento originale e la sua firma digitale, una volta generata, vengono entrambi inseriti una speciale "busta" crittografica, che nella pratica è costituita da un nuovo file di tipo diverso dall'originale, il quale ha come nome quello del *file* originale cui viene aggiunto il suffisso ".p7m"; in questa modalità il documento originale da firmare può essere di qualsiasi tipo (immagine, documento di testo, documento Pdf, etc.), tuttavia una volta inserito nella busta P7M esso non risulta più leggibile nativamente, ma deve essere prima estratto dalla busta stessa mediante un apposito programma applicativo in grado di decodificare i file P7M; b) nella modalità PAdES, invece, il documento da firmare può essere solo di tipo Pdf e la firma digitale, una volta generata, viene inserita all'interno del documento originale stesso grazie alla presenza nel formato *file* Pdf di specifiche strutture dati all'uopo predisposte. Il documento firmato

è dunque a tutti gli effetti un normale documento Pdf: in particolare esso mantiene il suo nome e la sua struttura originali, e risulta direttamente leggibile da tutte le applicazioni in grado di aprire i *file* Pdf; per di più esso, ad una semplice ispezione esterna, risulta indistinguibile dalla sua versione non firmata.
Nel caso di specie, come sopra accennato, la piattaforma non solo non forniva un sistema di firma di firma digitale "*on line*", ossia residente, ma imponeva all'utente di scaricare e firmare i documenti in "locale" sul proprio computer, per poi ricaricarli firmati solo ed esclusivamente in modalità PAdES, pena l'impossibilità di concludere la procedura.
In disparte i dubbi che il Collegio nutre in ordine all'opportunità di utilizzare una piattaforma che contiene limitazioni in ordine al tipo di firma digitale da usare, vieppiù quanto le operazioni di firma sono demandate all'utente con onere di utilizzo della propria dotazione informatica, ciò che appare al Collegio assolutamente evidente è che l'esistenza di un requisito così cruciale e bloccante, come quello relativo al formato accettabile per i documenti firmati, avrebbe dovuto essere portato all'attenzione dell'utenza in modo chiaro ed evidente, segnalandolo nel manuale operativo sin dai primi paragrafi come prerequisito imprescindibile.

La stessa sez. III, con sentenza 24 novembre 2020, n. 7352 ha giudicato legittima l'esclusione dalla gara telematica di un concorrente che abbia inviato la domanda oltre il limite orario fissato dal bando, ove risulti dimostrato, dall'esame dei "*file log*", che la piattaforma telematica prescelta dall'Amministrazione per la gestione telematica della procedura non ha generato anomalie o malfunzionamenti, restando a carico del partecipante che non abbia iniziato con congruo anticipo la procedura di upload dell'offerta il rischio della lentezza della linea internet.
Ha chiarito la Sezione che il concorrente che si appresta alla partecipazione di una gara telematica, fruendo dei grandi vantaggi logistici e organizzativi che l'informatica fornisce ai fruitori della procedura, è consapevole che occorre un certo tempo per eseguire materialmente le procedure di upload, e che tale tempo dipende in gran parte dalla performance dell'infrastruttura di comunicazione (lato utente e lato stazione appaltante), quest'ultima a sua volta interferita da variabili fisiche o di traffico. Si tratta della dinamica fisiologica e ampiamente prevedibile dei fattori impiegati per la comunicazione elettronica, che dev'essere conosciuta, data per presupposta e accettata nei suoi vantaggi e nei suoi (pochi) svantaggi una volta che il legislatore ha dato ad essa validità; ferma, ovviamente la gestione del vero e proprio malfunzionamento impeditivo della piattaforma di negoziazione per il quale, invece, lo stesso legislatore appronta specifici rimedi, quali la "sospensione del termine per la ricezione dell'offerte per il periodo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento" (art. 79, comma 5 *bis*, d.lgs. n. 50 del 2016).
In tale chiave ricostruttiva, l'esperienza e abilità informatica dell'utente, la stima dei tempi occorrenti per il completamento delle operazioni di upload, la preliminare e at-

tenta lettura delle istruzioni procedurali, il verificarsi di fisiologici rallentamenti conseguenti a momentanea congestione del traffico, sono tutte variabili che il partecipante ad una gara telematica deve avere presente, preventivare e "dominare" quando si accinge all'effettuazione di un'operazione così importante per la propria attività di operatore economico, non potendo il medesimo pretendere che l'Amministrazione, oltre a predisporre una valida piattaforma di negoziazione operante su efficiente struttura di comunicazione, si adoperi anche per garantire il buon fine delle operazioni, qualunque sia l'ora di inizio delle stesse, prescelto dall'utente, o lo stato contingente delle altre variabili sopra solo esemplificativamente indicate.

La sez. III, con sentenza 25 aprile 2020, n. 2654 ha affermato che agli appalti sottosoglia con procedura aperta svolta sulla piattaforma Sintel si applica il principio di rotazione, previsto dall'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016.
La sentenza ha ricordato quanto previsto anche dalle Linee guida Anac n. 4 [nella versione adottata con delibera 1° marzo 2018, n. 206 (punto 3.6)], in ragione della natura aperta della procedura per cui è causa: "Il fondamento del principio di rotazione è individuato tradizionalmente nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), in particolare nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Peraltro, così come delineato dal richiamato art. 36, detto principio costituisce per gli appalti di lavori, servizi e forniture sotto soglia il necessario contrappeso alla significativa discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nell'individuare gli operatori economici in favore dei quali disporre l'affidamento (nell'ipotesi di affidamento diretto) o ai quali rivolgere l'invito a presentare le proprie offerte (nel caso di procedura negoziata), in considerazione dell'eccentricità di tali modalità di selezione dei contraenti rispetto ai generali principi del *favor partecipationis* e della concorrenza. (…) detto principio non trova applicazione ove la stazione appaltante non effettui né un affidamento (diretto) né un invito (selettivo) degli operatori economici che possono presentare le loro offerte, ma la possibilità di contrarre con l'amministrazione sia aperta a tutti gli operatori economici appartenenti ad una determinata categoria merceologica".
Nella specie la stazione appaltante ha invitato tutti i soggetti che avevano manifestato il loro interesse, senza esclusioni o vincoli in ordine al numero massimo di operatori ammessi alla procedura. Gli operatori economici erano unicamente tenuti ad effettuare l'accesso e l'iscrizione alla piattaforma telematica Sintel, che non prevedono alcuna istruttoria o a selezione da parte dell'amministrazione.
Ha ancora ricordato la sentenza che un eventuale precedente affidamento non ha carattere assolutamente preclusivo rispetto alla partecipazione dei precedenti affidatari alla procedura, se la procedura è aperta, ovvero se, in caso di diversa procedura, la stazione appaltante motiva le ragioni dell'invio anche a costoro. In questa seconda ipotesi l'obbligo di motivazione che incombe sulla stazione appaltante concerne il fatto oggettivo del precedente affidamento impedisce alla stazione appaltante di invitare il gestore uscente, salvo che essa dia adeguata motivazione delle ragioni che hanno indotto, in

deroga al principio generale di rotazione, a rivolgere l'invito anche all'operatore uscente e non già la partecipazione del precedente gestore ad una procedura aperta, bensì l'invito del medesimo ad una procedura ristretta.

19.3. Raggruppamenti temporanei di impresa.

Con sentenza 30 luglio 2020, n. 4858 la sez. VI ha affermato che una volta consentita la modifica riduttiva della compagine del raggruppamento c.d. abbondante nei casi previsti dai commi 17 ss. dell'art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016, sorge l'esigenza – logica prima ancora che giuridica – di attribuire la quota dell'impresa uscita dal raggruppamento a quelle superstiti; in altri termini, la facoltà di riduzione del raggruppamento nei casi previsti dalla legge – connotati dal carattere oggettivo e imprevedibile degli eventi sopravvenuti alla presentazione dell'offerta, legittimanti la modifica – comporta la necessità di redistribuire le quote; ed infatti, i commi 17 e 19 dell'art. 48, nella versione applicabile *ratione temporis*, non prevedono affatto che la quota della nuova mandataria debba esattamente corrispondere a quella precedente, ma richiedono unicamente che l'operatore economico subentrante abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori oggetto dell'appalto; opinando diversamente, le quote di qualificazione e di esecuzione della mandataria originaria e di quella subentrante (originaria mandante) dovrebbero essere identiche sin dall'origine (ossia, sin dalla presentazione dell'offerta), il che condurrebbe sostanzialmente ad un'inammissibile *interpretatio abrogans* della disciplina che ammette le modifiche soggettive, di fatto imponendo in via cautelativa la costituzione di raggruppamenti sovrabbondanti e così immobilizzando inutilmente (e dunque irragionevolmente) i fattori produttivi aziendali di molte imprese; resta, naturalmente, ferma la necessità del possesso, in capo alla mandataria, dei requisiti di qualificazione richiesti nel bando per l'impresa singola.

Ha ricordato la Sezione che l'art. 48, commi 17, 19 e 19-*ter*, d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che, in deroga alla regola generale dell'immodificabilità del raggruppamento temporaneo rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (art. 48, comma 9), è consentita al raggruppamento aggiudicatario la possibilità di modificare la propria composizione in conseguenza di un evento che privi l'impresa mandataria della capacità di contrarre con la Pubblica amministrazione. Ha precisato che il divieto di modifica per mancanza di requisiti in funzione anti-elusiva si riferisce alle ipotesi nelle quali la carenza dei requisiti risale al momento della presentazione dell'offerta, e quindi ai casi in cui i requisiti manca(va)no ab origine, non invece anche alle ipotesi in cui la carenza dei requisiti sia sopravvenuta alla domanda di partecipazione, nelle quali ai sensi dei commi 17 (per il mandatario) e 18 (per il mandante) è consentita la modifica in riduzione della compagine del raggruppamento.

A questo proposito deve distinguersi nettamente l'istituto, avente più rigidi limiti, della deroga all'esclusione per sopravvenuta mancanza di requisiti, dall'istituto della riduzione dell'Ati sovrabbondante. Nel primo caso infatti il raggruppamento ottiene di continuare ad avere un rapporto giuridico con l'amministrazione pur in presenza di situazioni riportabili all'insolvenza, nel secondo caso invece l'impresa incorsa in situazione riportabile all'insolvenza viene esclusa dall'Ati ed il rapporto giuridico può continuare, come si

vedrà, se i membri residui del raggruppamento continuino ad avere i requisiti necessari per eseguire l'opera.
L'elusione, quale limite della modifica in riduzione, va quindi apprezzata in ragione del motivo posto alla base dell'operazione riduttiva e del tempo di emersione del relativo motivo: infatti, l'esercizio della facoltà non deve configurarsi come strumentale a sanare *ex post* una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura riguardante il soggetto uscente/recedente sussistente al momento dell'offerta, a pena di violazione della par condicio tra i concorrenti. Qualora invece l'uscita della mandataria dal raggruppamento sia sopravvenuta all'aggiudicazione definitiva, dunque successivamente alla valutazione delle offerte di tutte le imprese concorrenti nel rispetto dei criteri fissati dal bando e della par condicio, le sopravvenute esigenze organizzative – tra le quali rientrano i casi in cui una delle imprese raggruppate sia colpita da un evento non volontario, quali (tra l'altro) l'apertura di una procedura concorsuale (ivi compreso il concordato preventivo) per effetto di una sopravvenuta situazione di insolvenza o di crisi aziendale implicante la perdita del requisito generale di cui all'art. 80, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016 – consentono la modificazione soggettiva.
Infine, la disposizione contenuta nel comma 19-*ter*, aggiunto dall'art. 32, comma 1, lett. h), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, estende espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19 – ivi limitata alla fase dell'esecuzione del contratto – anche alla fase di gara.
La *ratio* che sorregge la sopra riportata disciplina estensiva delle deroghe al principio dell'immodificabilità della composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari sancito dall'art. 48, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 è costituita sia dall'incentivazione della libera concorrenza e della massima partecipazione sia dall'esigenza di garantire, per quanto possibile, la stabilizzazione dell'offerta risultata migliore nell'interesse pubblico della qualità delle opere, nonché, nella fase dell'esecuzione, la continuità e tempestività dei lavori.

19.4. Consorzi stabili.
Il C.g.a., con ordinanza 29 dicembre 2020, n. 1211 ha rimesso all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato le questioni: a) se, nell'ipotesi di partecipazione ad una gara d'appalto di un consorzio stabile, che ripeta la propria qualificazione, necessaria ai sensi del bando, da una consorziata non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, quest'ultima vada considerata come soggetto terzo rispetto al consorzio, equiparabile all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito durante la gara imponga alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione, in applicazione dell'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 e/o dell'art. 63, direttiva 24/2014/UE, derogandosi, pertanto, al principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti nel corso della gara e fino all'affidamento dei lavori; b) in caso di risposta negativa al quesito sub a), se comunque, qualora la consorziata - non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori - derivi la qualificazione da un rapporto di avvalimento con altra impresa, trovino applicazione le disposizioni normative sopra citate e la conseguente deroga al richiamato principio dell'obbligo del possesso continuativo dei requisiti.

Ha chiarito il C.g.a. che ai consorzi stabili è data la facoltà di dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dalla *lex specialis* di procedura con attribuzioni proprie e dirette del consorzio o tramite il cumulo, c.d. alla rinfusa, dei requisiti delle singole imprese designate per l'esecuzione delle prestazioni. La tesi dell'appellante è che il rapporto consorzio-consorziata non esecutrice dei lavori sia analogo all'avvalimento, per cui ritiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto applicare l'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, il quale stabilisce che "La stazione appaltante verifica, conformemente agli artt. 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'art. 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici".
Ovvero, dovrebbe trovare applicazione diretta l'art. 63 della direttiva 2014/24/UE (rubricato "Affidamento sulle capacità di altri soggetti") che, dopo aver stabilito (relativamente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria ed ai criteri relativi alle capacità tecniche e professionali) che "un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi", precisa che "l'Amministrazione aggiudicatrice verifica, …….., se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione …. L'Amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L'Amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione"…..
Ora, nella ricostruzione giurisprudenziale il consorzio stabile si qualifica in base al cumulo dei requisiti delle consorziate e tale disciplina si giustifica in ragione del patto consortile che si instaura nell'ambito di un organizzazione stabile, caratterizzato da un rapporto durativo ed improntato a stretta collaborazione tra le consorziate e dalla comune causa mutualistica, nell'ambito del quale la consorziata che si limiti a conferire il proprio requisito all'ente cui appartiene non partecipa all'esecuzione dell'appalto, al quale rimane estranea, tant'è che non sussiste alcuna responsabilità di sorta verso la stazione appaltante. Uno statuto ben diverso è invece quello delle consorziate che, al contrario, siano state indicate per l'esecuzione dell'appalto, per le quali è prevista l'assunzione della responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante. Questo concetto di estraneità sul quale fa leva l'appellante conduce la giurisprudenza ad affermare che, nel momento in cui un consorzio stabile partecipa ad una gara per conto di alcune sue consorziate, le altre consorziate - evidentemente estranee a tale partecipazione - possono partecipare autonomamente alla medesima gara. Quindi, il modulo consortile comporta una qualificabilità intesa come risultante delle qualificazioni conseguite da ciascuna delle imprese consorziate, delle quali, quelle non designate per l'esecuzione

dei lavori andrebbero considerate ausiliarie; da qui l'applicabilità dell'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 o comunque della direttiva, che in maniera abbastanza generica si riferisce a soggetti terzi quale che sia la natura giuridica del rapporto che li lega al concorrente. La tesi dell'appellante parrebbe essere supportata da recente giurisprudenza (Cons. St., sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165), secondo la quale "L'esistenza di una comune struttura di impresa per l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, oggetto di affidamento, rappresenta un requisito necessario per la configurabilità di un consorzio stabile ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016. Tale struttura garantisce un'alterità rispetto alle singole imprese e integra un elemento teleologico, riconducibile all'astratta idoneità del consorzio ad eseguire il contratto di appalto, fungendo anche nelle fasi precedenti all'esecuzione da tramite tra la p.a. e le consorziate, che abbiano scelto e previsto nel proprio statuto di operare congiuntamente nel settore dei contratti pubblici, per un determinato arco temporale. Coerentemente alla *ratio* dell'istituto in esame, che è quella di favorire la partecipazione di piccole e medie imprese alle procedure di gare, ciò non esclude che il consorzio, dotato di una propria "azienda" intesa come complesso di beni organizzati, possa nell'esecuzione delle prestazioni avvalersi delle consorziate, sia pure nei limiti previsti, senza che per ciò solo venga meno la sua alterità". Ove non si ritenesse fondata tale prospettazione, dovrebbe comunque tenersi conto della peculiarità della fattispecie, nella quale, non solo si discute di una delle consorziate non esecutrici, della quale può dunque argomentarsi di terzietà rispetto al consorzio; ma anche a ritenere diversamente, comunque andrebbe valorizzata la circostanza che la consorziata ha perduto il requisito di qualificazione (facendolo perdere al consorzio) per "fatto/colpa" di un'impresa terza dalla quale la consorziata attingeva il requisito di qualificazione in virtù dell'avvalimento, sicché non potrebbe dubitarsi dell'estraneità (rispetto alla consorziata e a maggior ragione al consorzio) del soggetto che, per propria scelta, ha causato la perdita del requisito.

Ha affermato il C.g.a. che nell'ipotesi in cui si ritenga fondata *in parte qua* la critica dell'appellante alla sentenza appellata, ne discenderebbe la necessità di rivedere il noto orientamento circa l'obbligo del possesso continuativo dei requisiti, la cui applicazione potrebbe condurre –in un caso quale quello in esame, in cui il consorzio stabile ha perduto la qualificazione posseduta tramite una propria consorziata (non designata per l'esecuzione dei lavori), la quale, a sua volta, la derivava da un rapporto di avvalimento, venuto meno per fatto dell'impresa avvalsa- alla violazione dei principi posti dall'art. 63, direttiva 2014/24/UE.

In definitiva, ha chiarito il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, le soluzioni prospettabili sono molteplici: a) si potrebbe ritenere che il principio della continuità del possesso dei requisiti, elaborato da plurime decisioni dell'Adunanza Plenaria, continui ad operare come regola generale, salvo limitate deroghe imposte dal diritto europeo, quale quella recepita dall'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, in ordine alla sostituzione dell'ausiliaria priva dei requisiti, da ritenere eccezionale e di stretta interpretazione, non estensibile al di fuori del rigoroso presupposto dell'avvalimento; sicché il caso di specie andrebbe deciso applicando i principi espressi dalle Plenarie e non estendendovi, invece, l'art. 89, comma 3, citato; b) alla soluzione sub a) si potrebbe

tuttavia muovere l'obiezione che determina una irragionevole disparità di trattamento tra casi analoghi, e che la regola recepita dall'art. 89, comma 3, sia espressione di un principio generale da applicarsi in ogni caso di utilizzo di capacità altrui, quale che ne sia la forma giuridica, e quindi anche nel caso di consorzio o ati; sicché il caso di specie andrebbe deciso applicandovi in via estensiva l'art. 89, comma 3, citato; c) nella prospettiva *sub* b), si potrebbe allora ritenere che l'avvalimento di derivazione eurounitaria imponga una rimodulazione del principio di continuità del possesso dei requisiti, nel senso che i requisiti devono essere posseduti, senza possibilità di sostituzioni "in corsa", alla data di scadenza del bando, mentre per perdite di requisiti successive a tale data, dovrebbe sempre consentirsi l'applicazione dell'art. 89, comma 3, a tutti i casi di concorrenti individuali o associati; d) si potrebbe al contrario dubitare della compatibilità delle regole eurounitarie sull'avvalimento con i principi nazionali di tutela effettiva della concorrenza secondo regole di trasparenza e par condicio, affidabilità dei partecipanti alle gare, oltre che di buona andamento dell'Amministrazione, a cui si ispira il principio della continuità del possesso dei requisiti, e, in tale prospettiva, si potrebbe anche dubitare della compatibilità dell'istituto dell'avvalimento con il principio di concorrenza declinato dai Trattati europei, dovendosi perciò sollevare sotto tale profilo una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia Ue.

19.5. Appalto lavori.

Il C.g.a., con decreto 14 novembre 2020, n. 795 ha affermato che l'art. 5, d.l. 17 luglio 2020, n. 76, che disciplina la sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica sino al 31 dicembre 2021, si applica ai soli appalti sopra soglia comunitaria e ai provvedimenti amministrativi di sospensione dei lavori, disposti dalla stazione appaltante per autonoma determinazione, e non si estende ai provvedimenti cautelari del giudice né alle sospensioni di lavori disposte dalla stazione appaltante in esecuzione di provvedimenti giurisdizionali; il comma 6 del citato art. 5 non è applicabile al caso di una controversia sull'aggiudicazione di una gara.

Ha chiarito il decreto monocratico che il comma 6 dell'art. 5 contiene una disposizione processuale extravagante, secondo cui "In sede giudiziale, sia in fase cautelare che di merito, il giudice tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, il giudice valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per l'operatore economico, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto pubblico alla celere realizzazione dell'opera. In ogni caso, l'interesse economico dell'appaltatore o la sua eventuale sottoposizione a procedura concorsuale o di crisi non può essere ritenuto prevalente rispetto all'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica" il cui ambito applicativo deve essere riferito all'ambito sostanziale del medesimo comma 6 ovvero all'ambito sostanziale del comma 1 dell'art. 5, ossia i casi in cui o vi sia tra le parti una controversia sull'inadempimento contrattuale ai sensi dell'art. 5, comma 6, primo periodo, o una controversia su un provvedimento amministrativo di sospensione dei lavori disposto dal RUP ai sensi dell'art. 5, commi 1 e 2; essendo altresì da stabilire se in siffatte

due evenienze la giurisdizione sulla controversia spetti al giudice ordinario ovvero al giudice amministrativo.
Ha aggiunto il decreto che in ogni caso la citata previsione processuale extravagante dell'art. 5, comma 6, d.l. n. 76 del 2020 non incide sulle regole processuali contenute negli artt. 120 e ss. c.p.a. in ordine alle sentenze di merito del giudice amministrativo sull'aggiudicazione degli appalti e sulla sorte del contratto.

19.6. Appalto di fornitura.
Con ordinanza 14 dicembre 2020, n. 7964 la sez. V ha rimesso alla Corte di Giustizia UE le questioni a) se sia conforme al diritto europeo - e, in particolare, alle previsioni della direttiva 2007/46/CE (di cui agli artt. 10, 19 e 28 della detta direttiva comunitaria), nonché ai principi di parità di trattamento ed imparzialità, di piena concorrenzialità e buon andamento dell'azione amministrativa - che, con specifico riferimento alla fornitura mediante appalto pubblico di componenti di ricambio per autobus destinati al servizio pubblico, sia consentito alla Stazione appaltante accettare componenti di ricambio destinate ad un determinato veicolo, realizzate da un fabbricante diverso dal costruttore del veicolo, quindi non omologate unitamente al veicolo, rientranti in una delle tipologie di componenti contemplate dalle normative tecniche elencate nell'allegato IV della su indicata direttiva (Elenco delle prescrizioni per l'omologazione CE dei veicoli) ed offerte in gara senza il corredo del certificato di omologazione e senza alcuna notizia sull'effettiva omologazione ed anzi sul presupposto che l'omologazione non sarebbe necessaria, risultando sufficiente solo una dichiarazione di equivalenza all'originale omologato resa dall'offerente; b) se sia conforme al diritto europeo - e, in particolare, all'art. 3, punto 27, della direttiva 2007/46/CE – che, in relazione alla fornitura mediante appalto pubblico di componenti di ricambio per autobus destinati al servizio pubblico, sia consentito al singolo concorrente di autoqualificarsi come "costruttore" di una determinata componente di ricambio non originale destinata ad un determinato veicolo, in particolare ove rientrante in una delle tipologie di componenti contemplate dalle normative tecniche elencate nell'allegato IV (Elenco delle prescrizioni per l'omologazione CE dei veicoli) della direttiva 2007/46/Ce, ovvero se detto concorrente debba invece provare – per ciascuno delle componenti di ricambio così offerte e per attestarne l'equivalenza alle specifiche tecniche di gara - di essere il soggetto responsabile verso l'autorità di omologazione di tutti gli aspetti del procedimento di omologazione nonché della conformità della produzione e relativo livello qualitativo e di realizzare direttamente almeno alcune delle fasi di costruzione del componente soggetto all'omologazione, chiarendo altresì, in caso affermativo, con quali mezzi debba essere fornita detta prova.
Ha premesso l'ordinanza che l'art. 68, d.lgs. n. 50 del 2016 disciplina l'inserimento nei documenti di gara delle specifiche tecniche indicate al punto 1 dell'allegato XIII del Codice che definiscono le caratteristiche previste per i lavori, servizi o forniture oggetto della procedura. Tali caratteristiche devono essere attinenti all'oggetto dell'appalto e proporzionate al suo valore e ai suoi obiettivi.
Allo scopo di evitare che la previsione di specifiche tecniche impedisca la libera concorrenza degli offerenti, determinando ostacoli ingiustificati all'accesso alla procedura degli

operatori economici, il comma 7 dell'art. 68 cit. prevede che le Stazioni appaltanti, nei casi in cui si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al comma 5, lett. b), non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta in ragione del fatto che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta il partecipante dimostra che le soluzioni dallo stesso proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche. Tale dimostrazione può essere fornita dall'offerente con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'art. 86 dello stesso Codice dei contratti pubblici.
La disciplina descritta stabilisce, dunque, l'applicazione, in tema di specifiche tecniche, del principio dell'equivalenza: detto principio consente appunto agli operatori di mercato che siano sprovvisti delle particolari caratteristiche tecniche previste dalla *lex specialis* di gara, di partecipare comunque alla procedura di appalto dando prova, con mezzi idonei, di poter fornire alla Stazione appaltante requisiti tecnici equivalenti a quelli dalla stessa richiesta. Tali mezzi di prova possono essere (cfr. art. 86 e allegato XVII, d.lgs. n. 50 del 2016, nonché art. 62 direttiva 2014/24/CE): "una relazione di prova di un organismo di valutazione della conformità o un certificato rilasciato da un organismo di valutazione della conformità" oppure "una documentazione tecnica del fabbricante".
Il Codice dei contratti pubblici intende attribuire rilievo al contenuto sostanziale dell'offerta, ossia alla sussistenza di caratteristiche del prodotto atte a soddisfare le esigenze della stazione appaltante, rispetto al fine che la stessa intende conseguire, conciliandolo con il necessario rispetto dell'interesse pubblico ad una partecipazione più ampia possibile alla procedura di gara. Ove l'operatore economico in sede di offerta non fornisca, con qualsiasi mezzo appropriato, la citata prova della corrispondenza delle soluzioni proposte, in maniera equivalente, ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche, egli dovrebbe essere escluso dalla gara, senza che possa ravvisarsi in capo alla Stazione appaltante un onere di attività di indagine circa l'eventuale equivalenza ovvero di attivazione del soccorso istruttorio (che comporterebbe l'alterazione della par condicio tra gli offerenti).
A livello europeo la Direttiva UE- 2007/46/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 settembre 2007 ("Omologazione veicoli a motore e rimorchi") istituisce un quadro per l'omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli. Tale Direttiva è stata recepita con Decreto del ministero delle infrastrutture e dei trasporti 28 aprile 2008, n. 32721 (Omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi), il cui art. 3, lett. ff), definisce "costruttore" la persona o l'ente responsabile, verso l'autorità di omologazione, di tutti gli aspetti del procedimento di omologazione e della conformità della produzione, anche se "non è indispensabile che detta persona o ente partecipino direttamente a tutte le fasi di costruzione del veicolo, del sistema, del componente o dell'entità tecnica soggetti all'omologazione".
Così delineate le questioni oggetto della controversia, occorre, in primo luogo, stabilire se sia necessaria l'omologazione per i componenti non originali realizzati da un compo-

nentista: si tratta, in particolare, di accertare se per i ricambi equivalenti soggetti ad omologazione, individuabili sulla base dei rinvii alla disciplina di settore contenuti nella disciplina di gara, il concorrente debba produrre, a pena di esclusione della propria offerta, anche il certificato di omologazione a comprova dell'effettiva corrispondenza con l'originale e ai fini dell'utilizzabilità (sul piano legale e tecnico) sui veicoli ai quali il ricambio è destinato (o quanto meno provare in concreto l'avvenuta omologazione dello stesso), oppure se sia sufficiente, in alternativa a tale produzione documentale, una dichiarazione dell'impresa concorrente che attesti l'equivalenza agli originali dei ricambi offerti.
In secondo luogo, occorre stabilire da quale soggetto debbano provenire le attestazioni di equivalenza, e, in particolare, se esse debbano necessariamente provenire dal costruttore della parte o componente offerta ovvero possono provenire anche dal mero rivenditore e commerciante.
In relazione al primo profilo, sembra a questo giudice che il portato precettivo di cui al combinato disposto della direttiva 2007/46/CE e normativa nazionale di recepimento sulla omologazione dei veicoli e dei componenti consente di ritenere che la disciplina ivi recata non differisca se la parte, il ricambio e la componente sia destinata al primo impianto o al c.d. After Market automobilistico, né se a realizzarla sia un costruttore di veicoli o un componentista. Tale opzione interpretativa, nel quadro normativo delineato, appare equilibrata poiché sottopone ai medesimi obblighi costruttori (i quali omologano la vettura complessivamente e, così facendo, omologano automaticamente, in via sostitutiva, anche ciascuna parte di quel veicolo) e componentisti (che progettano e fabbricano autonomamente singole componenti del veicolo).
Pertanto, se una parte o componente ricade in un "*regulatory act*" comunitario (cfr. allegato IV alla direttiva 2007/46/CE) anch'essa potrebbe essere commercializzata (al pari delle componenti omologate unitamente al veicolo) solo se previamente omologata: e ciò in conformità alle corrispondenti previsioni della direttiva 2007/46/CE e conformemente ai principi di parità di trattamento, ragionevolezza, buon andamento e imparzialità.
Tuttavia, la disciplina comunitaria e nazionale relativa all'omologazione dei veicoli e dei loro componenti non pare interpretabile sono nel senso anzidetto, potendo anche sostenersi, come prospettato dalle parti appellate, che l'offerta avente ad oggetto le componenti rientranti nelle tipologie di cui all'allegato IV, realizzate da soggetti del tutto autonomi dal costruttore dal veicolo e destinate ad un determinato veicolo, non devono essere anch'esse obbligatoriamente corredate da rigorosa e attendibile documentazione tecnica che comprovi che le stesse sono state assoggettate alle medesime prove alle quali devono essere sottoposte le componenti originali del veicolo per conseguire la prescritta omologazione, e che possa risultare sufficiente, in alternativa a tale documentazione, anche una generica attestazione di equivalenza che dichiari la conformità del ricambio alle specifiche tecniche previste dalla legge di gara e la corrispondenza delle soluzioni proposte a quanto ivi richiesto.
In relazione al secondo profilo controverso, giova anzitutto evidenziare che, alla luce della normativa comunitaria e nazionale in materia, le figure di costruttore e fornitore appaiono ben distinte.

In particolare, il costruttore è, secondo la definizione fornita dall'art. 3, lett. ff), d.m. 28 aprile 2008, che riporta integralmente l'art. 3, n. 27 della citata Direttiva del 5 settembre 2007, il soggetto che partecipa direttamente ad almeno una delle fasi della materiale costruzione e fabbricazione dei pezzi di ricambio.
Al fine di circoscrivere e delineare più precisamente tale figura, si può aggiungere che secondo l'art. 2.1.1. del Regolamento UNECE su dischi freno e tamburi il "Fabbricante" è definito come "l'organismo che può assumersi la responsabilità tecnica degli insiemi di guarnizioni per freni o delle guarnizioni per freni a tamburo e può dimostrare di possedere i mezzi necessari per ottenere la conformità della produzione".
Il fornitore è invece il soggetto che si occupa della commercializzazione e distribuzione di ricambi costruiti da altri, non avendo partecipato a nessuna delle fasi costruttive del ricambio e rimanendo perciò totalmente estraneo al relativo processo produttivo.
Tanto emerge anche dalla normativa comunitaria in materia di sicurezza dei consumatori e sicurezza generale dei prodotti, richiamata dalle parti del giudizio (cfr. in particolare, la definizione di "distributore" di cui all'art. 2 Direttiva 2001/95/CE e all'art. 2 del Regolamento CE n. 765/08).
Così delineate le figure di costruttore e fornitore, è bene allora evidenziare che qui si controverte sia circa l'interpretazione del termine "costruttore", sia in ordine alla possibilità che l'attestazione di equivalenza possa provenire anche dal mero fornitore e rivenditore del ricambio che non sia il costruttore. Di tale nozione si può fornire, infatti, sia un'interpretazione restrittiva che lo fa coincidere con quella del fabbricante, sia un'interpretazione estensiva, in base alla quale il costruttore può essere inteso, in senso più ampio, anche come produttore (nel significato che assume nella normativa a tutela del consumatore), ovvero come il soggetto che immette sul mercato e commercializza, a proprio nome e sotto la propria responsabilità, i ricambi equivalenti fabbricati da altri.
A favore della prima tesi depone quanto già prescritto dal Regolamento (CE) 31 luglio 2002, n. 1400/2002 (Regolamento della Commissione relativo all'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico) che definisce (art. 1, comma 1, lett. u) "pezzi di ricambio di qualità corrispondente" solo i "pezzi di ricambio fabbricati da qualsiasi impresa che possa certificare in qualunque momento che la qualità di detti pezzi di ricambio corrisponde a quella dei componenti che sono stati usati per l'assemblaggio degli autoveicoli".
Secondo questa tesi l'equivalenza del ricambio deve essere certificata esclusivamente dal fabbricante, poiché è proprio il riferimento a quest'ultimo che consente l'esatta identificazione del prodotto e, mediante la certificazione, delle sue caratteristiche tecniche. Ogni singolo pezzo da indicare nell'offerta deve essere, infatti, non un ricambio equivalente qualsiasi, ma un ricambio ex ante ben individuato (cioè il ricambio di un certo costruttore, tenuto a certificarne l'equivalenza rispetto all'originale), identificato o identificabile: diversamente, ciò consentirebbe all'impresa concorrente di riservarsi il potere di scegliere, divenuta aggiudicataria, all'atto della fornitura del pezzo, il prodotto economicamente più conveniente.

Inoltre, secondo tale tesi, non potrebbe farsi riferimento, ai fini della delimitazione della figura di costruttore, ad altre discipline non pertinenti, quale la normativa sui consumatori che ha un ambito di applicazione delimitato ai rapporti tra operatori economici e consumatori o utenti, i quali agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.
Il costruttore del ricambio sarebbe, dunque, l'unico soggetto, in virtù della sua diretta partecipazione al processo produttivo (o quanto meno ad una fase di tale processo), in grado di attestarne l'equivalenza. Il mero fornitore che si limita ad apporre il proprio marchio sul prodotto finito, senza fornire contributo alcuno al materiale processo di fabbricazione, non sarebbe in possesso delle competenze necessarie onde attestare la conformità dei beni offerti alle specifiche tecniche richieste dal bando di gara. I mezzi di prova appropriati devono, infatti, essere idonei a consentire alla Stazione appaltante lo svolgimento di un giudizio di idoneità tecnica dell'offerta e di equivalenza dei requisiti del prodotto offerto alle specifiche tecniche, legato non a formalistici riscontri, ma a criteri di conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte.
La seconda opzione, prospettata dalle parti appellate, è fondata invece sul richiamo ad altre normative (in primis quella in materia di tutela dei consumatori) che estendono la nozione del produttore fino a ricomprendervi chi si limiti a commercializzare il prodotto, apponendovi il proprio marchio, pur senza aver materialmente partecipato neanche ad una fase del relativo processo di costruzione.
Secondo tale tesi, per costruttore o produttore dei ricambi non deve intendersi soltanto chi "concretamente fabbrica un certo componente", ma anche il soggetto che realizza con un proprio marchio il prodotto o parte di esso, anche attraverso attività di assemblaggio o esternalizzazione a terzi di parti o componenti e sul quale ricade l'onere della garanzia in caso di non conformità del prodotto: tale essendo in definitiva non soltanto chi produce direttamente i ricambi richiesti, ma anche chi assume la responsabilità del loro utilizzo, attraverso la certificazione di equivalenza all'originale o ancora prestando la garanzia per il loro corretto funzionamento e per l'assenza di vizi di costruzione.
Dunque, ai fini dell'individuazione della qualifica di costruttore, non sarebbe condizione necessaria, richiesta dalla citata disposizione di cui all'art. 3 della Direttiva (e dal corrispondente articolo del decreto ministeriale di recepimento), la titolarità dello stabilimento o del laboratorio ove il ricambio viene confezionato né la partecipazione alle varie fasi della costruzione del prodotto.
Applicando tali coordinate al caso oggetto di giudizio, se per l'appellante la necessità di tutelare l'interesse generale alla qualità e alla sicurezza del trasporto pubblico dei cittadini esige, da un lato, che il concorrente fornisca, a corredo dell'offerta, il certificato di omologazione o comunque dettagliate informazioni al riguardo, non potendo il difetto di tale documentazione essere superato mediante la mera dichiarazione di equivalenza del ricambio all'originale, e dall'altro che tale dichiarazione di equivalenza provenga unicamente dal costruttore (inteso quale fabbricante) del pezzo di ricambio (in quanto unico soggetto ad avere diretta conoscenza degli stati e fatti relativi al processo di fabbricazione del prodotto e, come tale, unico a poterne attestare la conformità e la corrispondenza alle specifiche tecniche della gara), viceversa secondo la Stazione appellante e

l'aggiudicataria non è invece necessaria a pena di esclusione la presentazione della documentazione comprovante l'omologazione del ricambio, risultando sufficiente l'attestazione di equivalenza all'originale, da comprovarsi anche attraverso una mera unilaterale dichiarazione sostitutiva del produttore o del fornitore che affermi la conformità alle specifiche tecniche e alle norme di produzione del costruttore del veicolo su cui il ricambio dovrà essere installato.

Alle su indicate conclusioni, i fautori della prima tesi interpretativa pervengono esaminando il quadro normativo generale di riferimento per l'equivalenza delle specifiche tecniche in tutte le procedure di gara (si veda, in particolare, combinato disposto di cui agli artt. 42 e 44 della Direttiva comunitaria n. 2014/24/UE; art. 34 della Direttiva 2004/17/CE, esplicitamente richiamata dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza C-14/7 del 12 luglio 2018; artt. 68, 86 ed Allegato XVII, Parte II, del D.lgs. 50/2016-Codice dei Contratti Pubblici).

Anzitutto, a conferma della dedotta tassatività degli strumenti probatori, si osserva che gli artt. 68 e 86 del Codice, in combinato disposto, esigono che le specifiche tecniche (nella specie l'equivalenza del ricambio di concorrenza rispetto al ricambio originale) non siano dimostrate con "mezzi di prova diversi da quelli di cui al presente articolo" o di quelli di cui "all'Allegato XVII (…)" del d.lgs. n. 50 del 2016 (ossia certificati e dichiarazioni del fabbricante).

Tra questi significativamente non sarebbe contemplata la dichiarazione sostitutiva del fornitore, che non può considerarsi "altro mezzo di prova appropriato", dovendo per appropriatezza senz'altro intendersi la rispondenza funzionale all'obiettivo di comprovare le specifiche tecniche.

Quali debbano ritenersi i "mezzi probatori appropriati" si evincerebbe poi, in maniera inequivoca, dalle seguenti fonti normative e giurisprudenziali: a) art. 44 della Direttiva n. 2014/24/UE, rubricato "Relazioni di prova, certificazione e altri mezzi di prova"; b) Allegato XVII, Parte II, d.lgs. n. 50 del 2016, richiamato dall'art. 86 stesso Codice, che "per i prodotti da fornire" individua quali mezzi di prova idonei "campioni, descrizioni o fotografie la cui autenticità deve poter essere certificata a richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice" (lett. i); oppure "i certificati rilasciati da istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo della qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità di prodotti ben individuati mediante riferimenti a determinate specifiche tecniche o norme" (lett. ii); c) art. 34 della Direttiva n. 2004/17/CE, in base al quale i "mezzi appropriati" per comprovare le specifiche tecniche sono "una documentazione tecnica del fabbricante" ovvero "una relazione di prova di un organismo riconosciuto", laddove per "organismi riconosciuti" si intendono espressamente "i laboratori di prova e di calibratura e gli organismi di ispezione e di certificazione conformi alle norme europee applicabili".

Alla luce di tali disposizioni, è prospetta allora l'illegittimità e l'illogicità della *lex specialis* di appalti di fornitura di ricambi se interpretati nel senso di consentire che l'attestazione di equivalenza possa essere effettuata anche mediante dichiarazione del partecipante che sia mero rivenditore o fornitore e non fabbricante della componente o parte, in quanto lesiva dei principi di tassatività e appropriatezza dei mezzi di prova: la discrezionalità di

cui pure certamente gode la Stazione appaltante nell'indicare nella disciplina di gara gli strumenti probatori andrebbe pur sempre esercitata entro i limiti di appropriatezza dettati dalla normativa di settore, comunitaria e nazionale, sì da consentirle di effettuare un'effettiva e proficua verifica.
Il certificato di equivalenza che può ritenersi "appropriato" sotto il profilo oggettivo deve necessariamente illustrare alla Stazione appaltante i dati tecnici relativi al ricambio cui si riferisce: in altri termini, l'appropriatezza del mezzo di prova presuppone necessariamente che la documentazione prodotta in gara dettagli le specifiche tecniche dei ricambi equivalenti offerti.
Poiché la prova dell'equivalenza è un elemento sostanziale dell'offerta, la Stazione appaltante deve poter verificare in concreto, esaminando la documentazione tecnica prodotta dai concorrenti, che vi sia conformità rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla *lex specialis*: e ciò sarebbe garantito soltanto dalla presentazione a corredo dell'offerta della certificazione tecnica proveniente dal fabbricante o dal costruttore del ricambio equivalente. Diversamente, l'attestazione di equivalenza, da elemento fondamentale dell'offerta, finirebbe per tradursi in mero simulacro ed orpello formale, privo di qualsiasi valore sostanziale e probatorio.
Per converso, la Stazione appaltante e l'aggiudicataria evidenziano come la normativa applicabile alla fattispecie non individua specifiche e peculiari modalità procedimentali di accertamento dell'equivalenza: può essere dunque idonea a tal fine non solo la certificazione di corrispondenza del costruttore, ma anche ogni altro elemento appropriato capace di dimostrare in modo soddisfacente e oggettivo l'equivalenza dei prodotti offerti. Di conseguenza, sarebbe consentito provare la conformità del prodotto attraverso una mera dichiarazione sostitutiva del concorrente, anche a prescindere da ogni dimostrazione sulla sua qualità di costruttore del ricambio offerto.
Altro problema, strettamente correlato alle questioni finora delineate, attiene all'individuazione delle modalità con le quali può essere dimostrata la propria qualità di costruttore del prodotto (ovvero l'effettivo esercizio dell'attività di fabbricazione dei ricambi equivalenti offerti) e se, a tal fine, assumano rilievo o possano di loro reputarsi sufficienti, quali strumenti idonei a comprovare un requisito di capacità tecnica del concorrente in sede di gara, le indicazioni del certificato di qualità nonché l'oggetto sociale come riportato nelle visure camerali, dalle quali possano trarsi indicazioni sull'attività prevalentemente svolta.
Se è vero che per essere qualificato come "costruttore" ai sensi dell'art. 3 della citata Direttiva non è necessario partecipare a tutte le fasi della costruzione del prodotto, è anche vero che ciò sembra presupporre che si dimostri di aver partecipato ad almeno una fase di tale processo. È dubbio, inoltre, se sia necessario che il concorrente abbia la disponibilità, diretta o contrattuale, di stabilimenti di produzione, ovvero se sia sufficiente dimostrare che tutti i ricambi per i quali ha certificato l'equivalenza sarebbero prodotti da terzi secondo le proprie direttive (direzione tecnica e responsabilità tecnica) e, in caso positivo, con quali modalità.
In dettaglio, la concorrente che attesti l'equivalenza dei prodotti offerti dovrebbe poter allegare e dimostrare, per ciascun ricambio per il quale si dichiara costruttore: a) di essere

in possesso del progetto di fabbricazione e del *know-how* tecnico per produrre il ricambio; b) di realizzare e documentare il controllo dei semilavorati eventualmente impiegati rispetto alle specifiche di progetto di realizzazione del prodotto; c) di essere il soggetto responsabile verso l'autorità di omologazione (ove il singolo componente sia soggetto ad omologazione specifica) di tutti gli aspetti del relativo procedimento e della conformità della produzione; d) in ogni caso, di avere stipulato con terzi fabbricanti contratti di sub-fornitura industriale per la costruzione/fabbricazione, su sue specifiche tecniche e controllo di qualità, dei ricambi in questione.

19.7. Appalto servizi.

Con sentenza 12 ottobre 2020, n. 6033 la sez. III ha affermato che il gestore uscente di un servizio non può essere gravato dell'onere di documentare l'effettuazione di un nuovo sopralluogo nei luoghi interessati dalle prestazioni contrattuali, qualora l'oggetto della fornitura o del servizio presenti caratteristiche sovrapponibili a quelle del rapporto in atto.

La Sezione ha chiarito che se è vero che l'art. 79, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che "Quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati, i termini per la ricezione delle offerte, comunque superiori ai termini minimi stabiliti negli artt. 60, 61, 62, 64 e 65, sono stabiliti in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte.", così che in linea astratto la clausola di cui si discute non può di per sé dirsi contraria alla legge o non prevista dalla legge non può tuttavia sottacersi che la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che il sopralluogo ha carattere di adempimento strumentale a garantire anche il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara e che l'obbligo di sopralluogo ha un ruolo sostanziale, e non meramente formale, per consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto.

L'obbligo di sopralluogo, strumentale a una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi, è infatti funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica. È stato anche sottolineato che l'obbligo per il concorrente di effettuazione di un sopralluogo è finalizzato proprio ad una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi: tale verifica può, dunque, dirsi funzionale anche alla redazione dell'offerta, onde incombe sull'impresa l'onere di effettuare tale sopralluogo con la dovuta diligenza, in modo da poter modulare la propria offerta sulle concrete caratteristiche dei locali. Proprio in relazione alla funzione del sopralluogo deve ammettersi che un simile obbligo è da considerarsi superfluo e sproporzionato allorché sia imposto ad un concorrente che sia gestore uscente del servizio, il quale per la sua stessa peculiare condizione si trova già nelle condizioni soggettive ideali per conoscere in modo pieno le caratteristiche dei luoghi in cui svolgere la prestazione oggetto della procedura di gara.

19.8. Appalti nella sanità.

La sez. III, con sentenza 16 novembre 2020, n. 7082 ha affermato che nella Regione Veneto, l'azienda ULSS dispone del potere di gestire in via diretta il servizio di trasporto sanitario di soccorso ed emergenza oppure di avvalersi degli altri soggetti pubblici di cui all'art. 4 della stessa legge; solo quando l'attività di trasporto sanitario di soccorso ed emergenza non può essere assicurato da tali soggetti, le aziende ULSS possono affidarla a titolo oneroso mediante procedure di evidenza pubblica, così come dispone l'art. 5, comma 5, l. reg. 27 luglio 2012, n. 26, fornendo la motivazione di tale decisione.
Ha chiarito la Sezione che l'ordinamento eurounitario obbliga all'indizione della gara nel caso di affidamento del trasporto sanitario ordinario ad un'associazione di volontariato privata; il regime muta quando il servizio di trasporto ordinario viene svolto in base ad un accordo di cooperazione stipulato tra due enti pubblici per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico a loro comuni.
La Corte di Giustizia UE (sez. IX, ord., 6 febbraio 2020, in C- 11/19) ha precisato, infatti, che gli artt. 10, lett. h), e l'art. 12, par. 4, della direttiva 2014/24 devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa regionale che subordina l'aggiudicazione di un appalto pubblico alla condizione che il partenariato tra enti del settore pubblico non consenta di garantire il servizio di trasporto sanitario ordinario nel rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza. Ha anche statuito che tali norme neppure ostano ad una normativa regionale che impone all'Amministrazione aggiudicatrice di giustificare la sua scelta di aggiudicare l'appalto per il servizio di trasporto sanitario ordinario mediante gara di appalto, piuttosto che di affidarlo direttamente mediante una convenzione conclusa con un'altra amministrazione aggiudicatrice. Ne consegue che gli artt. 1, 2, 4 e 5, l. reg. Veneto n. 26 del 2012, letti in combinato disposto con la normativa nazionale (art. 5, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 e art. 15, l. n. 241 del 1990, consente anche nel caso del servizio di trasporto ordinario in ambulanza il ricorso al convenzionamento con enti del settore pubblico ricorrendo all'appalto pubblico quando il partenariato tra tale tipologia di enti (pubblici) non consenta di garantire il servizio di trasporto sanitario. L'art. 1, l. reg. Veneto n. 26 del 2012 ha conferito "agli enti sanitari e alle associazioni autorizzati ed accreditati la possibilità di concorrere all'espletamento delle attività di trasporto di soccorso e di emergenza intrinsecamente sanitarie"; l'art. 5, comma 1, l. reg. Veneto n. 26 del 2012 che "L'attività di trasporto di soccorso ed emergenza è svolta dalle aziende ULSS, nonché dai soggetti iscritti nell'elenco regionale di cui all'art. 4"; a sua volta il comma 5 di tale disposizione prevede che: "Qualora l'attività di trasporto sanitario di soccorso ed emergenza non possa essere assicurata dai soggetti iscritti all'elenco regionale di cui all'articolo 4, le aziende ULSS possono affidarla, a titolo oneroso a soggetti individuati attraverso procedure concorsuali ad evidenza pubblica, nel rispetto di quanto previsto dalla vigente normativa statale ed europea in materia di contratti pubblici e rispondenti ai requisiti idonei a garantire livelli adeguati di qualità e a valorizzare la funzione sociale del servizio".

Il C.g.a., con sentenza 28 dicembre 2020, n. 1201 ha giudicato legittima la clausola della *lex specialis* di gara, soggetta al regime del d.lgs. n. 163 del 2006, che pur facendo riferimento al "rinnovo" del contratto prevede, in effetti, una "proroga" dello stesso, ammessa per il tempo strettamente necessario ad espletare la nuova gara, bandita nel corso dell'esecuzione del rapporto primigenio, restando immutate le condizioni del contratto Nella specie, oggetto della controversia è la proroga del servizio di gestione di servizi sanitari assistenziali non medici di una Residenza Sanitaria Assistenziale (R.S.A.) per anziani per il fabbisogno di anni tre, da aggiudicare in favore dell'offerta più bassa, ai sensi dell'art. 82, d.lgs. n. 163 del 2006. Ad avviso del C.g.a. il "rinnovo" contrattuale stabilito dalla legge di gara appare perfettamente in linea con la disciplina applicabile *ratione temporis*.

Giova ricordare che l'art. 57, d.lgs. n. 163 del 2006: a) al comma 7 vieta a pena di nullità il rinnovo tacito dei contratti; b) al comma 5, lett. b), consente nella sostanza il "rinnovo", "per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario". Deve poi osservarsi che nel vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, anche nel silenzio del codice che non la contemplava espressamente, la giurisprudenza riteneva ammissibile la c.d. proroga tecnica, ossia un prolungamento del termine originario del contratto, nei contratti di durata, per proseguire una prestazione del medesimo tipo di quella già eseguita, per il tempo strettamente necessario per indire e espletare una nuova gara. La giurisprudenza aveva anche delineato la differenza tra "rinnovo" e "proroga" nei seguenti termini: la proroga del termine finale di un appalto pubblico comporta il solo differimento del termine di scadenza del rapporto (il quale resta regolato dalla sua fonte originaria), mentre il rinnovo del contratto costituisce una nuova negoziazione con la controparte, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale attraverso cui vengono liberamente pattuite le condizioni del rapporto.

Nel caso all'esame del C.g.a. le clausole del bando e del contratto vanno interpretate secondo il loro contenuto sostanziale, prescindendo da imprecisioni terminologiche. Sebbene la *lex specialis* faccia riferimento al "rinnovo", la circostanza che essa stabilisca che avverrà agli stessi patti e condizioni originari, induce a ritenere che si tratti di una "proroga", da ritenersi ammessa negli stretti limiti delineati dalla giurisprudenza, ossia per il tempo strettamente necessario a indire e espletare la nuova gara. Quale argomento a fortiori della correttezza di tale esegesi soccorre il sopravvenuto art. 106, comma 11, d.lgs. n. 50 del 2016, che contempla espressamente la c.d. proroga tecnica "limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante". La previsione si limita a codificare un principio già applicato

nella prassi anteriore e elaborato dalla giurisprudenza. Appurato che la legge di gara contempla una proroga, i presupposti per la prosecuzione del rapporto contrattuale vanno riscontrati nella sua espressa previsione nella legge di gara, nel fatto che la procedura della nuova gara sia bandita nel corso dell'esecuzione del rapporto primigenio e che non vengano immutate in alcun modo le condizioni del contratto. In assenza di una sola delle citate condizioni si verifica l'instaurazione di un rapporto contrattuale senza pubblica gara con le note conseguenze che l'ordinamento giuridico fa derivarne.

Ha affermato la sez. III (sentenza 6 maggio 2020, n. 2865) che in sede di gara per l'affidamento della fornitura domiciliare di ossigenoterapia sono legittime le previsioni relative alla limitazione di un numero massimo di lotti (nella specie, due) aggiudicabili al medesimo offerente e alla necessità che le offerte per più lotti messi a gara siano presentate nella medesima forma individuale o associata e, in caso di Raggruppamento temporaneo di imprese, con la medesima composizione.
Ha chiarito la sentenza che la prima previsione relativa alla limitazione di un numero massimo di lotti (due) aggiudicabili al medesimo offerente risponde, secondo le previsioni dell'art. 51 del Codice dei contratti, alle medesime ragioni di tutela della libertà d'iniziativa economica e di concorrenza da indebite rendite oligopolistiche che postulano la suddivisione dei contratti in più lotti, e quindi risulta pienamente legittima.
La seconda previsione relativa alla necessità che le offerte per più lotti messi a gara siano presentate nella medesima forma individuale o associata e, in caso di Raggruppamento temporaneo di imprese, con la medesima composizione risponde alla ragionevole esigenza d'interesse pubblico generale di garantire, da un lato, la correttezza e genuinità, e quindi la piena concorrenzialità fra loro, delle offerte riferite ad un'unica gara e, dall'altro, la univocità e serietà dell'impegno contrattuale assunto dai partecipanti alla medesima gara in sede di esecuzione dei singoli adempimenti contrattuali riferiti ai diversi lotti senza poter in ipotesi "triangolare" le responsabilità fra compagini societarie ed associative diverse.
L'unitarietà della gara emerge dalla unicità della Commissione esaminatrice, dall'identità, per tutti i lotti, dei requisiti richiesti dal bando e degli elementi di valutazione dell'offerta tecnica previsti dal disciplinare, dalla possibilità di produrre un'unica offerta telematica per più lotti, dall'identità, per tutte le Asl, delle modalità di prestazione del servizio e delle prestazioni richieste ed, inoltre, dall'integrazione telematica riferita alla esecuzione di tutti gli adempimenti negoziali conseguenti.
La limitazione in esame quindi non è illegittima e non pregiudica l'autonomia privata dei concorrenti, trattandosi non di una gara ad oggetto plurimo suddiviso in lotti di diverso contenuto caratterizzati da una propria autonomia - e quindi gestibili in modo diverso dalle imprese aggiudicatarie - bensì di una gara unitaria rivolta alla fornitura di un medesimo servizio in aree territoriali diverse, con conseguente articolazione in lotti - corrispondenti ai diversi soggetti preposti alla tutela della relativa prestazione nei confronti degli utenti finali - che prelude a un sistema di gestione unitario della commessa.
Alla stregua delle pregresse considerazioni risulta, dunque, legittima non solo la limitazione del numero massimo di lotti attribuibili allo stesso partecipante (prescrizione volta

a favorire la concorrenza *ex* art. 51, commi 2 e 3, d.lgs. n. 50 del 2016), bensì anche il vincolo di partecipazione ai diversi lotti nella stessa forma e composizione, in quanto volto a garantire sia la corretta competizione fra le offerte riferite ai diversi lotti, sia la piena ed univoca responsabilità dei vincitori per l'adempimento delle specifiche obbligazioni nascenti dalla medesima gara in relazione ai diversi lotti. Tali finalità trovano, pertanto, un ulteriore specifico fondamento, nella fattispecie in esame, nell'esigenza di tutela del diritto alla salute dei pazienti del servizio sanitario regionale ai sensi dell'art. 32 Cost. oltrechè nei principi di imparzialità e buon andamento dell'attività ammnistrativa di cui all'art. 97 Cost. Risultano, inoltre, coerenti con l'invocato principio di libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost., che postula un mercato regolato a garanzia del pieno dispiegarsi del principio di libera concorrenza, principio che peraltro trova, in questo caso, specifica tutela proprio nelle regole di gara ora esaminate, e in particolare nel limite di aggiudicazione di due lotti rispetto ai sei messi in gara, trattandosi di regole volte a consentire alle imprese *new comers* di concorrere ad armi pari con gli operatori economici dominanti di uno specifico segmento di mercato, con potenziali evidenti ricadute positive sulla qualità del servizio e sul suo costo posto a carico della comunità.

In materia di fornitura di farmaci alle strutture sanitarie pubbliche la sez. III ha affermato (28 dicembre 2020, n. 8370) che l'art. 15, comma 11-*quater*, lett. c), d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135) - nella parte in cui dispone che, "al fine di garantire un'effettiva razionalizzazione della spesa e nel contempo un'ampia disponibilità delle terapie" il medico deve anzitutto orientarsi, nello scegliere il farmaco da prescrivere, su uno dei primi tre farmaci classificati nella graduatoria dell'accordo-quadro multioperatore, ai sensi dell'art. 54, d.lgs. n. 50 del 2016, previsto per la fornitura di farmaci biologici a brevetto scaduto per i quali sono attualmente disponibili sul mercato i relativi biosimilari e, solo ove ritenga che nessuno di essi sia appropriato, potrà (continuare a) prescrivere al paziente, con l'obbligo di una adeguata e specifica motivazione, un farmaco diverso da questi, purché "incluso" nel lotto di gara, senza alcuna ripercussione sul regime della rimborsabilità previsto dalla legge, su tutto il territorio nazionale, a carico del Servizio sanitario - non intende riferirsi ai (soli) farmaci ammessi alla gara e/o classificatisi dopo il terzo, ma a tutti i farmaci che, da un punto di vista scientifico, per medesimo principio attivo, per medesimo dosaggio e per medesima somministrazione, hanno le caratteristiche di biosimilarità per rientrare nello stesso lotto unico.
Ha chiarito la Sezione che la consolidata giurisprudenza del giudice di appello, nell'avallare il bilanciamento tra l'interesse pubblicistico della stazione appaltante ad indire la gara e il diritto alla salute dei pazienti, ha affermato in più occasioni che l'obbligo di una rigorosa motivazione da parte del medico, che ritenga di dover necessariamente utilizzare un farmaco più costoso rispetto a quelli di gara, non può considerarsi limitativo della libertà prescrittiva, tenuto conto che, attraverso tale motivazione, comunque giustificata dalla necessità di tenere sotto controllo l'ammontare della spesa pubblica sanitaria in virtù della c.d. appropriatezza prescrittiva, il medico può comunque disporre

l'utilizzazione del farmaco da lui ritenuto maggiormente appropriato al caso di specie. La Pubblica amministrazione non è infatti sempre tenuta a servirsi del farmaco in assoluto più evoluto, o ritenuto migliore, soprattutto se questo è più costoso di altro di pari e sicura efficacia nella terapia nella maggior parte dei casi trattati, ferma restando la possibilità di acquisire anche il primo, se ciò si rivela, per una parte dei pazienti da trattare, realmente necessario.
È chiaro dunque che la lett. e) dell'art. 15, comma 11-quater, d.l. n. 95 del 2012, nello stabilire che "eventuali oneri economici aggiuntivi, derivanti dal mancato rispetto delle disposizioni del presente comma, non possono essere posti a carico del Servizio sanitario nazionale", si riferisce non già alla prescrizione di un farmaco appropriato diverso dai primi tre classificati da parte del medico secondo scienza e coscienza, bensì alla prescrizione di un farmaco inappropriato e, cioè, che sia prescritto dal medico, in modo irragionevole e/o immotivato, rispetto alle tre alternative terapeutiche, una delle quali risulti almeno adeguata a tutelare la salute del singolo paziente. La disposizione rimanda evidentemente, come si è accennato, al concetto di appropriatezza prescrittiva, principio-cardine, ormai, del nostro ordinamento sanitario, e immanente al sistema, per un razionale contenimento della spesa pubblica e un'equilibrata erogazione delle cure a tutti i cittadini senza inutili dispendi, in quanto anche il medico, nel prescrivere il farmaco nella propria autonomia decisionale e secondo scienza e coscienza, deve essere consapevole e viene chiamato dal legislatore ad essere responsabile delle ripercussioni economiche di una scelta non appropriata sull'organizzazione Servizio sanitario nazionale in punto di sostenibilità, laddove il medesimo risultato terapeutico per il paziente possa essere garantito, in condizioni di eguale efficienza e di piena sicurezza, dalla prescrizione di uno dei tre farmaci primi classificati, meno costosi rispetto a detto farmaco, secondo quanto è risultato all'esito di un corretto confronto concorrenziale in sede di gara.
Nell'adozione di questa necessaria linea interpretativa si spiega allora come il legislatore, quando nell'art. 15, comma 11-*quater*, lett. b), d.l. n. 95 del 2012, allude ai farmaci "inclusi" nella procedura di cui alla lett. a), prescrivibili dal medico oltre ai primi tre classificati, non intenda riferirsi ai (soli) farmaci ammessi alla gara e/o classificatisi dopo il terzo, ma a tutti i farmaci che, da un punto di vista scientifico, per medesimo principio attivo, per medesimo dosaggio e per medesima somministrazione, hanno le caratteristiche di biosimilarità per rientrare nello stesso lotto unico, perché, diversamente ragionando e considerando, peraltro in modo antiletterale, l'espressione "inclusi" come sinonimo di "ammessi", l'esclusione dalla gara nei confronti del farmaco più costoso, ma necessario in rapporto al singolo paziente quantomeno per ragioni di continuità terapeutica, costituirebbe un limite irragionevole alla prescrizione del farmaco da parte del medico o alla sua rimborsabilità, nonostante la sua (permanente) insostituibilità per il singolo paziente, e dunque un ostacolo inaccettabile, per mere ragioni di risparmio, al fondamentale diritto alla salute del paziente stesso, con evidente violazione dell'art. 32 Cost..

Il C.g.a., con sentenza 20 luglio 2020, n. 634 ha affermato che nella gara per l'appalto di fornitura di dispositivi medici trova applicazione il giudizio di equivalenza, la quale va

ragguagliata alla funzionalità di quanto richiesto dalla Pubblica amministrazione con quanto offerto in sede gara, non certo alla mera formale descrizione del prodotto.
Ha chiarito il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana che con i commi 1 e 4 dell'art. 68, d.lgs. n. 163 del 2006 il legislatore - allorché le offerte tecniche devono recare per la loro idoneità elementi corrispondenti a specifiche tecniche - ha inteso introdurre, ai fini della valutazione del prodotto offerto dal soggetto concorrente, il criterio dell'equivalenza, nel senso cioè che non vi deve essere una conformità formale, ma sostanziale con le specifiche tecniche nella misura in cui esse vengono in pratica comunque soddisfatte.
Ha precisato la sentenza che la norma, in attuazione del principio comunitario della massima concorrenza, è finalizzata a che la ponderata e fruttuosa scelta del miglior contraente non debba comportare ostacoli non giustificati da reali esigenze tecniche. Il precetto di equivalenza delle specifiche tecniche è un presidio del canone comunitario dell'effettiva concorrenza (come tale vincolante per l'Amministrazione e per il giudice) ed impone che i concorrenti possano sempre dimostrare che la loro proposta ottemperi in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto.
Il comma 4 dell'art. 68, d.lgs. n. 163, laddove prevede che le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi presentati non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, impone quindi che il riscontro delle stesse in una gara sia agganciato non al formale meccanico riscontro della specifica certificazione tecnica, ma al criterio della conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte. Pertanto il criterio dell'equivalenza non può subire una lettura limitativa o formalistica ma deve, al contrario, godere di un particolare favore perché è finalizzato a sodisfare l'esigenza primaria di garantire la massima concorrenza tra gli operatori economici: ovviamente l'equivalenza va ragguagliata alla funzionalità di quanto richiesto dalla Pubblica amministrazione con quanto offerto in sede gara, non certo alla mera formale descrizione del prodotto.
Le specifiche tecniche hanno il compito di rendere intellegibile il bisogno che la stazione appaltante intende soddisfare con la pubblica gara più che quello di descrivere minuziosamente le caratteristiche del prodotto offerto dai concorrenti.
Ha aggiunto il C.g.a. che il principio di equivalenza delle offerte è attuativo del più generale principio del *favor partecipationis*, costituendo dunque espressione della massima concorrenzialità nel settore dei pubblici contratti.
Dalla superiore affermazione la giurisprudenza fa discendere l'esigenza di limitare entro rigorosi limiti applicativi l'area dei requisiti tecnici minimi e di dare spazio – parallelamente ma anche ragionevolmente e proporzionalmente – ai prodotti sostanzialmente analoghi a quelli espressamente richiesti dalla disciplina di gara.
Sul piano più strettamente applicativo deve ribadirsi che un siffatto giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti in gara risulta legato non a formalistici riscontri ma a criteri di conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte: deve in altri termini registrarsi una conformità di tipo meramente funzionale rispetto alle specifiche tecniche indicate dal bando.

Con specifico riguardo ad un appalto attinente al settore sanitario, si è ancora una volta ribadito che "(…) con particolare riferimento all'appalto per la fornitura di medicinali e dispositivi medici, (…) il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, rispondendo al principio del *favor partecipationis* (ampliamento della platea dei concorrenti) ai fini della massima concorrenzialità nel settore dei pubblici contratti e della conseguente individuazione della migliore offerta, secondo i principi di libera iniziativa economica e di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione nel perseguimento delle propri funzioni d'interesse pubblico e nell'impiego delle risorse finanziarie pubbliche, sanciti dagli artt. 41 e 97 Cost." (Cons. St., sez. III, 14 maggio 2020, n. 3081).
L'art. 68, d.lgs. n. 50 del 2016 deve essere interpretato conformemente all'art. 60, paragrafi 3, 4, 5 e 6, della direttiva n. 2014/25/UE. Il precetto di equivalenza delle specifiche tecniche è un presidio del canone comunitario dell'effettiva concorrenza (come tale vincolante per l'Amministrazione e per il giudice) ed impone che i concorrenti possano sempre dimostrare che la loro proposta ottemperi in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto. Sotto il secondo profilo vanno richiamati i principi della giurisprudenza in ordine ai limiti del sindacato giudiziale sul giudizio valutativo della Commissione di gara nel formulare il giudizio di equivalenza tecnica delle offerte formulate dai partecipanti alla gara. Il giudizio di equivalenza costituisce legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione ed il relativo sindacato giurisdizionale deve attestarsi su riscontrati (e prima ancora dimostrati) vizi di manifesta erroneità o di evidente illogicità del giudizio stesso. Il giudizio può essere cassato dal giudice amministrativo solo a fronte di evidenti errori di fatto o riscontrati profili di irragionevolezza ed illogicità. Una volta che l'Amministrazione abbia proceduto in tal senso, la scelta tecnico discrezionale può essere inficiata soltanto qualora se ne dimostri l'erroneità.

19.9. Principio di rotazione.
La sez. V, con sentenza 31 marzo 2020, n. 2182 ha affermato che il principio della rotazione, previsto dall'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, si applica già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara.
Ha chiarito la Sezione che il citato comma 1 dell'art. 36 impone espressamente alle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia il rispetto del "principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti". Detto principio costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata; esso ha l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio.
In questa ottica, non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente

prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro.
Tale principio, comporta perciò, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento, salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi (facendo, in particolare, riferimento, al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato; al particolare, idiosincratico e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento).
Tale motivazione, in base ai principi generali, deve risultare – nel rispetto del qualificato canone di trasparenza che orienta la gestione delle procedure evidenziali (art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016) – già dalla decisione assunta all'atto di procedere all'invito, e non può essere surrogata dalla integrazione postuma, in sede contenziosa.
Sul piano processuale, la sentenza ha chiarito che la violazione del rispetto del principio di rotazione deve essere dedotto unitamente all'impugnazione dell'aggiudicazione e non con il provvedimento di ammissione alla gara, non attenendo ai requisiti di ordine soggettivo, la cui verifica era assoggettata al regime della impugnazione immediata di cui all'art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis*, c.p.a..
Ha affermato la Sezione di non ignorare il difforme orientamento ancora di recente espresso, sul punto, da Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018, n. 2949 e condiviso da id., sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435: nondimeno, osserva che il rito c.d. superspeciale di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a.. – oggi abrogato per effetto dell'art. 1, comma 22, lett. a), d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, ma applicabile ai processi in corso, in virtù della disciplina intertemporale di cui all'art. 1, comma 23 – va considerato applicabile esclusivamente con riguardo ai provvedimenti (di esclusione e di) ammissione degli operatori economici, adottati "all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali" necessari per la partecipazione alla gara.
In particolare, i requisiti soggettivi (o generali o morali) si differenziano dai requisiti tecnici ed economici (c.d. speciali) in quanto attengono esclusivamente a caratteristiche soggettive e/o personali degli operatori economici, essendo sempre identici per ogni procedura evidenziale.
Essi sono individuati in negativo dall'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 (applicabile anche ai settori speciali, in virtù dell'espresso richiamo operato dall'art. 136, nonché ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, in virtù del richiamo di cui all'art. 36, comma 5) attraverso l'elencazione (tassativa: cfr. art. 83, comma 8) di corrispondenti "motivi di esclusione".
Si tratta dei requisiti inerenti la "idoneità professionale" degli operatori economici (cfr. art. comma 1 lettera a) del Codice), che, complessivamente, si sostanziano: a) nella capacità giuridica ad instaurare rapporti contrattuali; b) nella integrità e correttezza professionale; c) nella affidabilità morale.

Orbene, la qualità di precedente affidatario del contratto (in base alla quale – nel caso di procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) – è reso operativo il "principio di rotazione"), non rappresenta un requisito di idoneità professionale, la cui accertata carenza costituirebbe "motivo di esclusione" ai sensi dell'art. 80 cit., ma solo una forma di limitazione (neppure assoluta, essendo possibile giustificarne il superamento con adeguata motivazione) della libertà della stazione appaltante nella individuazione della platea dei soggetti da invitare alla gara.
Ne discende l'inapplicabilità del regime di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, in ragione del carattere speciale, derogatorio e pertanto di stretta interpretazione della disposizione normativa.

19.10. Requisiti di ammissione.
Con sentenza 26 novembre 2020, n. 7436 la sez. V ha chiarito che il fatturato nel settore di attività oggetto di appalto, in linea di principio afferente alla solidità economica dell'impresa, può in ipotesi essere considerato indice di capacità tecnica se diretto ad accertare che la capacità derivi dalla dotazione di risorse aziendali e di esperienze rilevanti.
La Sezione ha ricordato che l'art. 83, d.lgs. n. 50 del 2016 include tra i requisiti di «capacità economica e finanziaria", di cui al comma 1, lett. b), il "fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto", previsto al comma 4, lett. a), accanto al "fatturato minimo annuo". Nella medesima disposizione di legge i requisiti di capacità economica e finanziaria sono contrapposti a quelli concernenti "le capacità tecniche e professionali" enunciati al comma 1, lett. c), che in base al comma 6 sono finalizzati ad accertare che gli operatori economici partecipanti alle procedure di affidamento "possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato *standard* di qualità". Dal confronto tra le norme relative alle due categorie di requisiti di qualificazione in esame si evince che la richiesta di un volume di fatturato nel settore di attività oggetto di appalto, in linea di principio afferente alla solidità economica dell'impresa, può in ipotesi essere considerato dalla stazione appaltante come indice di capacità tecnica se diretto ad accertare che la capacità di produrre ricavi nel settore di attività oggetto dell'appalto sia derivante da una dotazione di risorse aziendali e di esperienza rilevante sul piano della corretta esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto. Diversamente da quanto affermato in alcune pronunce della giurisprudenza amministrativa, a questo scopo non è tuttavia sufficiente la formale qualificazione nel bando di gara del fatturato specifico come requisito di capacità tecnica e professionale. In linea con il combinato disposto dei commi 4 e 6 dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici, a tale qualificazione deve infatti accompagnarsi la richiesta di dimostrare il possesso "di risorse umane e tecniche" e più in generale dell'"esperienza" necessaria ad eseguire l'appalto.
In particolare, la dimostrazione deve essere data attraverso una o più delle prove elencate nell'allegato XVII al Codice dei contratti pubblici, rubricato "Mezzi di prova dei criteri di selezione".
Sulla base di quanto finora affermato, dalla natura di requisito afferente alla solidità economica dell'operatore deve desumersi che in caso di avvalimento non era necessaria la

specificazione dei mezzi aziendali messi a disposizione dall'ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto, ma solo che questa assumesse in via solidale la responsabilità per le obbligazioni da esso derivanti e così mettesse a disposizione della stazione appaltante la propria solidità economica, secondo lo schema dell'avvalimento di garanzia invalso presso la giurisprudenza amministrativa, in contrapposizione a quello operativo.

Con sentenza 9 marzo 2020, n. 1704 la sez. III ha affermato che la definizione della natura del fatturato specifico maturato dall'operatore economico come espressione di capacità tecnica va effettuata in stretta aderenza alle prescrizioni letterali della disciplina di gara ove contenente un'espressa qualificazione in tal senso non riducibile a mera espressione formale priva di significato precettivo. In siffatte evenienze l'avvalimento ha natura di avvalimento c.d. tecnico – operativo occorrendo, dunque, che vi sia stata effettivamente una concreta ed adeguata messa a disposizione di risorse determinate affinché l'impegno dell'ausiliario possa dirsi effettivo ed evitare, così, che l'avvalimento si trasformi in una sorta di "scatola vuota".
Ha ricordato la Sezione che sono state prospettate in dottrina e giurisprudenza tesi contrapposte in ordine al corretto inquadramento dei requisiti di partecipazione concernenti il fatturato pregresso dell'operatore economico, proprio con riguardo ai suoi possibili riflessi sulla disciplina dell'avvalimento.
Da un lato, si è sostenuto che il fatturato serve a dimostrare essenzialmente l'adeguata dimensione economica dell'impresa esecutrice: pertanto, in caso di avvalimento, sarebbe sufficiente dimostrare che l'ausiliaria si sia impegnata a mettere a disposizione dell'appaltatore la propria acquisita capacità finanziaria, in particolare nei casi in cui occorra garantire la stazione appaltante dei possibili rischi collegati ai profili economici dell'appalto. Secondo questo punto di vista, l'ausiliaria non si obbliga a fornire mezzi materiali all'esecutore, ma solo a mettere a disposizione la propria affidabilità economica: il contratto di avvalimento ha per oggetto questo elemento, puntualmente determinato.
Dal lato opposto, si è evidenziato che il fatturato non ha solo una valenza economica, ma delinea la dimensione tecnica dell'impresa e la sua reale presenza sul mercato. In tale ottica, in caso di avvalimento, l'ausiliaria deve obbligarsi a conferire all'appaltatore adeguate risorse del proprio apparato produttivo, precisamente indicate nel contratto di avvalimento.
La giurisprudenza di settore ricostruisce su basi differenti il regime dell'uno e dell'altro contratto: nel caso di avvalimento c.d. "tecnico od operativo", prevale l'esigenza di definire in modo concreto le risorse ed i mezzi messi a disposizioni dall'ausiliaria; viceversa, nel caso dell'avvalimento c.d. "di garanzia", l'impresa ausiliaria si limita a mettere a disposizione il suo valore aggiunto in termini di solidità economico - finanziaria, di talchè non è necessario, in linea di massima, che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale rechi l'indicazione specifica di indici materiali atti a esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale, essendo sufficiente inferire dalla ridetta dichiarazione l'impegno contrattuale a mettere a disposizione dell'ausiliata la propria complessiva solidità finanziaria così garantendo una determinata affidabilità e un

concreto supplemento di responsabilità. Si è poi fatto strada un ulteriore orientamento che ritiene dirimente l'esame degli atti di gara per stabilire le finalità assegnate dalla stazione appaltante al suo possesso: segnatamente, occorrerebbe stabilire se il fatturato specifico sia in funzione di una certa solidità economico – finanziaria dell'operatore economico – per aver, dai pregressi servizi, ottenuto ricavi da porre a garanzia delle obbligazioni da assumere con il contratto d'appalto - ovvero della capacità tecnica, per aver già utilmente impiegato, nelle pregresse esperienze lavorative, la propria organizzazione aziendale e le competenze tecniche a disposizione.

Ancora con riferimento al fatturato specifico la sez. III, con sentenza 5 giugno 2020, n. 3585 ha affermato che tale requisito ottenuto nel triennio precedente alla pubblicazione del bando rileva ai fini dell'ammissione dei concorrenti alla procedura; sicché, dopo l'aggiudicazione, esso può anche venir meno (perché, per esempio, nell'anno successivo il fatturato è calato), senza che l'impresa patisca alcuna conseguenza rispetto all'esecuzione del contratto; ne consegue che non rileva, ai fini dell'aggiudicazione, che l'affitto di ramo d'azienda sia di durata inferiore rispetto alla durata dell'appalto aggiudicato.
Ha affermato la Sezione che qualsiasi ulteriore valutazione in merito al contratto di affitto di ramo di azienda - attinente alla sua eventuale e futura fase esecutiva - non assume valenza ai fini della legittima partecipazione alla procedura di gara. Invero l'unica disposizione dedicata a disciplinare gli effetti del contratto d'affitto d'azienda sulla qualificazione dell'impresa affittuaria stabilisce, chiaramente ed espressamente, che quest'ultima "può avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice se il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni" (art. 76, comma 9, d.P.R. n. 207 del 2010): "la formulazione testuale di tale disposizione impone una sua esegesi coerente con il dato testuale". Essa fissa il punto di equilibrio individuato dal legislatore, nell'intento di coniugare il *favor partecipationis*, cui le direttive sono ispirate, e la tendenziale stabilità del requisito, così consentendo all'offerente di avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice solo se il contratto di affitto ha durata non inferiore a tre anni. Una volta soddisfatto tale requisito, non è consentito indagare oltre circa l'esatta corrispondenza tra durata dei due rapporti contratti (contratto di affitto e contratto di appalto). Del resto, diversamente ragionando, se si desse un rilievo ultratriennale al requisito sol perché trattasi di un requisito mutuato dall'affittuario, allora dovrebbe darsi rilievo anche all'astratta possibilità della risoluzione del contratto d'affitto o altre eventuali e imprevedibili cause di estinzione, ossia a circostanze che, in realtà, il legislatore ha assorbito nella valutazione di sintesi cristallizzata nell'art. 76, d.P.R. n. 207 del 2010.

Con riferimento ai requisiti che deve avere la mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese, il C.g.a., con ordinanza 24 novembre 2020, n. 1106 ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se l'art. 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, osti all'applicazione

della normativa nazionale italiana in materia di "criteri di selezione e soccorso istruttorio" di cui all'inciso contenuto nel penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83, d.lgs. n. 50 del 2016, nel senso che in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento (di cui all'art. 89 dello stesso Codice dei contratti), in ogni caso la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.
Ha ricordato il C.g.a. che l'istituto dell'avvalimento ha una forte valenza nel diritto eurounitario in quanto esso ha un carattere pro-concorrenza e non sono mancate le contestazioni mosse allo Stato Italiano per non aver valorizzato a pieno le potenzialità dell'istituto la cui disciplina (art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016) reca ancora resistenze ben evidenziate nella procedura di infrazione avviata nel 2019 dalla Commissione europea dove un paragrafo è proprio dedicato all'avvalimento.
Su questi presupposti si prospetta l'eventualità che la disciplina di cui al penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 (La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria) potrebbe incidere e condizionare il ricorso all'avvalimento, finendo per disattendere quanto indicato dalla direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 che all'art. 63 paragrafo 1 non sembra porre limitazioni alla possibilità che l'operatore economico faccia affidamento senza restrizioni alle capacità di altri soggetti ricorrendo all'avvalimento.
Il punto di vista del giudice del rinvio è nel senso che gli artt. 89, comma 1, e 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 non darebbero vita ad alcuna antinomia e possono essere interpretate nel senso che: a) l'operatore economico non incontra alcun limite nel ricorrere all'istituto dall'avvalimento al fine di conquistare capacità non possedute; b) il ricorso all'avvalimento non può spingersi fino al punto da sovvertire la regola secondo cui la mandataria deve "in ogni caso" possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.
Il Consiglio di Stato (sez. III, 1° luglio 2020, n. 4206) ha chiarito che la regola di cui al comma 8 dell'art. 83 (secondo cui "La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria") ha lo scopo "di assicurare che l'impresa mandataria, per il ruolo che detiene all'interno del raggruppamento e la posizione di responsabilità che riveste nei confronti della stazione appaltante, assuma una funzione di garanzia della corretta esecuzione dell'appalto, quale il legislatore ha ritenuto che possa riposare solo sul suo concorso principale alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione ed alla esecuzione della prestazione richiesta dalla stazione appaltante".

19.11. Soccorso istruttorio.
La sez. III, con sentenza 26 giugno 2020, n. 410, ha statuito che di fronte ad una vistosa ambiguità o indeterminatezza nel disciplinare di gara è non solo legittimo, ma anzi doveroso il soccorso istruttorio per consentire alle concorrenti di dimostrare l'esistenza dei requisiti, esistenti al momento dell'offerta, e non emergenti dalla documentazione depositata solo per una imprecisione o incertezza nella formulazione del disciplinare. Il grave *vulnus* della *par condicio*, oltre che dello stesso corretto e imparziale agire della Pubblica amministrazione, si sarebbe realizzato, al contrario, se questa non avesse irragionevolmente e formalisticamente esercitato il suo potere-dovere di soccorso istruttorio.

Sul piano del diritto sostanziale, poi, la Sezione ha ricordato che, per il tenore letterale dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, il soccorso istruttorio ha la finalità di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte, in violazione del principio di immodificabilità e segretezza dell'offerta, imparzialità e par condicio delle imprese concorrenti (delibera n. 54 del 1° febbraio 2017 dell'Anac), sicché è pacificamente ammissibile, in tali termini, il soccorso istruttorio in relazione ai requisiti di ordine speciale.

19.12. Esclusione dalla gara pubblica.

Sugli obblighi dichiarativi *ex* art. 80, comma 5, lett. c e b-*bis*, d.lgs. n. 50 del 2016 e false dichiarazioni l'Adunanza plenaria (alla quale la questione era stata rimessa dalla sez. V con ordinanza 9 aprile 2020, n. 2332), con sentenza 28 agosto 2020, n. 16 ha affermato che la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lett. c-*bis*) dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016; in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; la lett. f-*bis*) dell'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lett. c-*bis*) della medesima disposizione.

La questione era stata rimessa all'Adunanza plenaria dalla sez. V con ordinanza 9 aprile 2020, n. 2332.

Ha chiarito l'Alto Consesso che all'ipotesi prevista dalla falsità dichiarativa (o documentale) di cui alla lett. f-*bis*) quella relativa alle "informazioni false o fuorvianti" ha un elemento specializzante, dato dalla loro idoneità a "influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione" della stazione appaltante. Ai fini dell'esclusione non è dunque sufficiente che l'informazione sia falsa ma anche che la stessa sia diretta ed in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara. Coerentemente con tale elemento strutturale, la fattispecie equipara inoltre all'informazione falsa quella fuorviante, ovvero rilevante nella sua "attitudine decettiva, di 'influenza indebita'", secondo la definizione datane dall'ordinanza di rimessione, ovvero di informazione potenzialmente incidente sulle decisioni della stazione appaltante, e che rispetto all'ipotesi della falsità può essere distinta per il maggior grado di aderenza al vero. La ragione della descritta equiparazione si può desumere dalle considerazioni svolte in precedenza e cioè dal fatto che le informazioni sono strumentali

rispetto ai provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativamente alla procedura di gara, i quali sono a loro volta emessi non solo sulla base dell'accertamento di presupposti di fatto ma anche di valutazioni di carattere giuridico, opinabili tanto per quest'ultima quanto per l'operatore economico che le abbia fornite. Ne segue che, in presenza di un margine di apprezzamento discrezionale, la demarcazione tra informazione contraria al vero e informazione ad essa non rispondente ma comunque in grado di sviare la valutazione della stazione appaltante diviene da un lato difficile, con rischi di aggravio della procedura di gara e di proliferazione del contenzioso ad essa relativo, e dall'altro lato irrilevante rispetto al disvalore della fattispecie, consistente nella comune attitudine di entrambe le informazioni a sviare l'operato della medesima amministrazione.

Nella medesima direzione si spiega la circostanza che l'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) d.lgs. n. 50 del 2016 preveda anche "l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione", quale ulteriore fattispecie di grave illecito professionale, a completamento e chiusura di quella precedente, ma rispetto a questa tipizzata in termini più ampi, con il riferimento al «corretto svolgimento della procedura di selezione», ed in cui il disvalore si polarizza sull'"elemento normativo della fattispecie" (così l'ordinanza di rimessione), ovvero sul carattere doveroso dell'informazione.

L'ipotesi presuppone un obbligo il cui assolvimento è necessario perché la competizione in gara possa svolgersi correttamente e il cui inadempimento giustifica invece l'esclusione. Rispetto alle esigenze di trasparenza che si pongono tra i preminenti valori giuridici che presiedono alle procedure di affidamento di contratti pubblici (art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016), l'obbligo dovrebbe essere previsto a livello normativo o dall'amministrazione, attraverso le norme speciali regolatrici della gara. Nondimeno deve darsi atto che è consolidato presso la giurisprudenza il convincimento secondo cui l'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*), è una norma di chiusura in grado di comprendere tutti i fatti anche non predeterminabili *ex ante*, ma in concreto comunque incidenti in modo negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico, donde il carattere esemplificativo delle ipotesi previste nelle linee-guida emanate in materia dall'Anac, ai sensi del comma 13 del medesimo art. 80 (Linee-guida n. 6 del 2016; al riguardo si rinvia al parere reso dalla commissione speciale di questo Consiglio di Stato appositamente costituita sull'ultimo aggiornamento alle più volte richiamate linee-guida: parere del 13 novembre 2018, n. 2616; § 7.1). Sennonché, in tanto una ricostruzione *a posteriori* degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, in quanto si tratti di casi evidentemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono configurabili esclusioni "a sorpresa" a carico dello stesso.

L'elemento comune alle fattispecie dell'omissione dichiarativa ora esaminata con quella relativa alle informazioni false o fuorvianti suscettibili di incidere sulle decisioni dell'amministrazione concernenti l'ammissione, la selezione o l'aggiudicazione, è dato dal fatto che in nessuna di queste fattispecie si ha l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lett. f-*bis*). Infatti, tanto "il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione

o l'aggiudicazione", quanto "l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione" sono considerati dalla lett. c) quali gravi illeciti professionali in grado di incidere sull'integrità o affidabilità dell'operatore economico. E' pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte le altre ipotesi previste dalla medesima lett. c) (ed ora articolate nelle lett. c-*bis*), c-*ter*) e c-*quater*), per effetto delle modifiche da ultimo introdotte dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici).
Nel contesto di questa valutazione l'Amministrazione dovrà pertanto stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni; ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. Del pari dovrà stabilire allo stesso scopo se quest'ultimo ha omesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità.
Qualora sia mancata, una simile valutazione non può essere rimessa al giudice amministrativo. Osta a ciò, nel caso in cui tale valutazione sia mancata, il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, c.p.a. (secondo cui il giudice non può pronunciare "con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"). Laddove invece svolta, operano per essa i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare "il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente" (Cass. civ., S.U., 17 febbraio 2012, n. 2312, che ha annullato per eccesso di potere giurisdizionale una sentenza di questo Consiglio di Stato che aveva a sua volta ritenuto illegittimo il giudizio di affidabilità professionale espresso dall'amministrazione in relazione all'allora vigente art. 38, comma 1, lett. f), dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006); limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai princìpi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione.
Il sistema così descritto ha carattere completo e coerente con la causa di esclusione "facoltativa" prevista a livello sovranazionale, consistente nella commissione di "gravi illeciti professionali" tali da mettere in dubbio l'integrità dell'operatore economico e da dimostrare con "mezzi adeguati", ai sensi dell'art. 57, par. 4, lett. c), della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, poi attuata con il codice dei contratti pubblici attualmente vigente.
Nondimeno, su di esso è intervenuto il sopra menzionato "correttivo", di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, con l'aggiunta all'art. 80, comma 5, del codice della lett. f-*bis*), e dunque della causa di esclusione relativa all'operatore economico che presenti nella pro-

cedura di gara (o negli affidamenti di subappalti; ipotesi che qui non rileva) "documentazione o dichiarazioni non veritiere". Non "informazioni" dunque, come invece previsto dalla lett. c), ma documenti o dichiarazioni.
Al riguardo, è innanzitutto da escludere che i diversi termini impiegati rivestano una rilevanza pratica, poiché documenti e dichiarazioni sono comunque veicolo di informazioni che l'operatore economico è tenuto a dare alla stazione appaltante e che quest'ultima a sua volta deve discrezionalmente valutare per assumere le proprie determinazioni nella procedura di gara. Affermata dunque un'identità di oggetto tra le lett. c) e f-*bis*) in esame, dall'esame dei rispettivi elementi strutturali si ricava anche una parziale sovrapposizione di ambiti di applicazione, derivante dal fatto che entrambe fanno riferimento a ipotesi di falso.
Per dirimere il conflitto di norme potenzialmente concorrenti sovviene allora il criterio di specialità (art. 15 delle preleggi), in applicazione del quale deve attribuirsi prevalenza alla lett. c), sulla base dell'elemento specializzante consistente nel fatto che le informazioni false, al pari di quelle fuorvianti, sono finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante "sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione" e concretamente idonee ad influenzarle. Per effetto di quanto ora considerato, diversamente da quanto finora affermato dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, l'ambito di applicazione della lett. f-*bis*) viene giocoforza a restringersi alle ipotesi - di non agevole verificazione - in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'Amministrazione relativi all'ammissione, la valutazione delle offerte o l'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativa al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lett. c).

La sez. III (sentenza 2 aprile 2020, n. 2245) ha affermato che il sequestro penale preventivo dei conti correnti e crediti *ex* art. 321 c.p. non può ricomprendersi tra le cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, che ricomprende situazioni oggetto di valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante, se sussumibili nella categoria di "gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la (sua) integrità o affidabilità" dell'operatore economico.
Ha chiarito la Sezione che il concetto di "grave illecito professionale" costituisce un tipico concetto giuridico indeterminato e che la norma ha carattere esemplificativo, non descrive la fattispecie astratta in maniera esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, che utilizza allo scopo elementi o criteri extragiuridici.
La norma, in altri termini, rimette alla valutazione discrezionale della stazione appaltante l'individuazione di inadempienze tali da minare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra le parti. Pertanto, è stato affermato, che la stazione appaltante ben può attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità, sia in grado di minare l'integrità morale e professionale del concorrente. Il concetto di "grave illecito professionale" ricomprende, infatti, ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale,

contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa. La Sezione (27 dicembre 2018, n. 7231) ha già ritenuto, ad es., ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), incondizionatamente doverosa la dichiarazione di episodi risolutivi di precedenti rapporti contrattuali, ancorché *sub iudice*, poiché il potere valutativo dell'Amministrazione può estrinsecarsi solo sulla base di dichiarazioni complete degli operatori economici partecipanti alle gare, che devono, dunque dichiarare ogni episodio della vita professionale astrattamente rilevante ai fini della esclusione, pena la impossibilità per la stazione appaltante di verificare l'effettiva rilevanza di tali episodi sul piano della "integrità professionale" dell'operatore economico. Si tratta, evidentemente, di pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, è stata contestata una condotta contraria a norma o, comunque, si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti, non essendo configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare.
Tra questi sono stati fatti rientrare, anche alla luce della direttiva comunitaria, 2014/24/ del 26 febbraio 2014: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Con sentenza 9 luglio 2020, n. 4401 la sez. IV ha precisato che qualora la "stazione appaltante" sia un organismo di diritto pubblico avente la forma della società per azioni, la competenza all'adozione del provvedimento di esclusione dalla gara sussiste, oltre che in capo al Rup, anche in capo all'organo della stazione appaltante che, istituzionalmente, assume la posizione apicale. Sia in base ai principi del diritto societario (qualora la stazione appaltante sia una società per azioni) sia in base ai principi del diritto amministrativo (in caso di organismo di diritto pubblico, altrimenti non sarebbe tenuta al rispetto delle norme sull'evidenza pubblica) competente ad esternare la volontà dell'ente è l'organo di vertice, ossia l'amministratore delegato-organo apicale dell'ente.

19.13. Documento unico di regolarità contributivo.
La sez. III, con sentenza 10 dicembre 2020, n. 7877 ha affermato che al di là della portata innovativa o meno della modifica dell'art. 80, comma 4, quinto periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, introdotta dall'art. 8, comma 5, d.l. n. 76 del 2020, l'accertamento dell'esistenza di un controcredito da portare in compensazione di un Durc irregolare prodotto in sede di gara pubblica va scrutinato sulla base della specifica disciplina di settore; non è quindi utile la compensazione amministrativa o legale tra l'impresa ausiliaria e l'Inps con riferimento al rapporto di debito/credito intercorrente tra i due soggetti", sia in ragione

dell'effetto solutorio del versamento tardivo, che ha estinto l'obbligazione in modo satisfattivo per il creditore pubblico, sia in considerazione del fatto che il "meccanismo della compensazione amministrativa previsto dall'art. 3, comma 2, lett. c), d.m. 30 gennaio 2015 fa riferimento al c.d. Durc interno ossia alla procedura che riguarda i rapporti contributivi tra l'impresa e l'Inps.

Ha ricordato la Sezione che in tema di gare ad evidenza pubblica, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i, d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare le gravi violazioni delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, la nozione di "violazione grave" non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, ed in particolare dal Durc; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con l'Amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto (Cons. St., A.P., 4 maggio 2012, n. 8: tale pronuncia, peraltro, è stata resa in fattispecie nella quale è stato ritenuto legittimo un provvedimento di esclusione basato su di un Durc negativo, ed è stata conseguentemente riformata la sentenza appellata nella parte in cui ha escluso la definitività della violazione alle norme in materia di contributi in ragione della proposizione, davanti al competente Tribunale, di un ricorso finalizzato ad accertare la regolarità della posizione contributiva dell'impresa esclusa perché destinataria del Durc negativo).

In base alla disciplina normativa sopra richiamata la violazione ostativa rispetto alla partecipazione alla gara è quella indicata nel Durc: nondimeno, è stato chiarito (Cons. St., A.P., 25 maggio 2016, n. 10) che in presenza di Durc irregolare che non corrisponde alla reale situazione contributiva dell'operatore economico, e che abbia comportato l'adozione di un provvedimento espulsivo da parte della stazione appaltante, è consentita l'impugnazione delle determinazioni cui è giunta la stazione appaltante dinanzi al giudice amministrativo, il quale ha la possibilità di compiere un accertamento puramente incidentale, ai sensi dell'art. 8 c.p.a., sulla regolarità del rapporto previdenziale.

Il regime delle "violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva" (così il citato comma 2 dell'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006), proprio in quanto individuato mediante rinvio al Durc, è integrato dal regolamento adottato con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015 in attuazione dell'art. 4, d.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito dalla legge 16 maggio 2014, n. 78 (Semplificazioni in materia di Documento unico di regolarità contributiva). Esso stabilisce che la situazione di regolarità dell'impresa sussiste in caso di "crediti in fase amministrativa oggetto di compensazione per la quale sia stato verificato il credito, nelle forme previste dalla legge o dalle disposizioni emanate dagli Enti preposti alla verifica e che sia stata accettata dai medesimi Enti" [art. 3, comma 2, lett. c)]. Tale decreto integra il precetto normativo dell'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006, nella misura in cui concorre a definire la disciplina delle violazioni contributive rilevanti ai fini dell'esclusione dalla procedura di gara relativa all'aggiudicazione di un contratto pubblico (l'art. 4, comma 1, d.l. n. 34 del 2014 rimette infatti a tale disciplina la verifica della regolarità contributiva nei confronti dell'Inps, con la conseguenza che l'accertamento delle "violazioni gravi, definitivamente

accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali", di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006, deve essere operato alla stregua di tale normativa). In altre parole, l'accertamento dell'esistenza di un controcredito da portare in compensazione (in tesi tale da dimostrare la regolarità contributiva dell'impresa) va comunque scrutinato sulla base della specifica disciplina di settore. Quest'ultima richiede la verifica del credito e l'accettazione da parte dell'ente debitore.
A conclusioni non dissimili si giunge se si invoca il diritto comune. La compensazione (legale), quale modalità – satisfattiva - di estinzione dell'obbligazione diversa dall'adempimento, opera - con riferimento a crediti omogenei, liquidi ed esigibili: art. 1243, comma 1, c.c. – dal momento della loro coesistenza, ma solo a seguito di eccezione della parte convenuta in giudizio per l'adempimento del debito (art. 1242, comma 1, c.c.): la *ratio* di tale disposizione è comunemente individuata nella tutela dell'interesse del debitore a valutare l'interesse anche al proprio adempimento (dal che l'esclusione dell'automaticità dell'estinzione: richiedendosi comunque, anche se in via stragiudiziale, un "atto decisionale del debitore").
Si ritiene, in particolare, che il "fatto-coesistenza" non abbia di per sé effetti estintivi (tanto che il creditore, in mancanza dell'eccezione, può chiedere ed ottenere l'adempimento), ma l'effetto modificativo-costitutivo del sorgere del diritto di opporre la compensazione (al cui esercizio soltanto segue l'effetto estintivo *ex tunc*). In disparte la compatibilità strutturale della richiamata disciplina del codice civile (implicante una difesa processuale, o comunque una dialettica sostanziale, diretta a neutralizzare la domanda del creditore) con la fattispecie di sindacato incidentale del Durc in sede di impugnazione del provvedimento espulsivo, ciò che appare ancor più problematico è il coordinamento, sul piano funzionale, con la specificità delle regole in materia di procedimenti di evidenza pubblica.
Perché la compensazione operi nel senso di "correggere" un Durc irregolare, è dunque necessario che il meccanismo legale disciplinato dal codice civile si coordini con le specifiche regole della disciplina del procedimento di gara.
D'altra parte, lo stesso art. 1246, n. 5, c.c. esclude che la compensazione operi nei casi di divieto (espresso o tacito) previsto dalla legge: a tutela dell'interesse creditorio, ma anche di interessi superindividuali presidiati da norme imperative. La dottrina civilistica ha in proposito escluso che le esigenze contabili dell'amministrazione possano supportare l'affermazione di un generale limite alla compensazione operante nei confronti degli enti pubblici: ma ha comunemente osservato che l'operatività dell'istituto rimane subordinata al rispetto delle forme e delle iniziative prescritte dalle normative di settore.

19.14. Qualificazione.
La sentenza 18 novembre 2020, n. 7178 della sez. V ha affermato che l'ultimo giorno di validità dell'attestazione di qualificazione non può considerarsi *dies a quo* del termine di 90 giorni (precedente la scadenza del termine di validità dell'attestazione di qualificazione), previsto dall'art. 76, comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010, per presentare l'istanza di rinnovo e va pertanto conteggiata nel calcolo del termine.

Ha ricordato la Sezione che le attestazioni di qualificazione costituiscono requisito di ammissione alle gare pubbliche che si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso. E' pertanto inconfigurabile la soluzione di continuità in ordine al possesso del requisito: l'operatore economico che partecipa a una gara pubblica deve garantire costantemente il possesso della qualificazione richiesta e la possibilità concreta della sua dimostrazione e verifica, ciò che assicura alla stazione appaltante l'affidabilità e la perdurante idoneità tecnica ed economica del concorrente. Si tratta di un onere non sproporzionato, perché assolvibile in modo agevole, mediante ricorso all'ordinaria diligenza richiesta agli operatori professionali che gareggiano nel mercato concorrenziale degli appalti pubblici. Del resto, per evitare la predetta soluzione di continuità e scongiurare il pericolo che l'operatore economico partecipante alle gare pubbliche incorra nelle conseguenze negative derivanti dalla scadenza dell'attestazione nel periodo sopra indicato, l'ordinamento di settore appronta rimedi specifici.
La giurisprudenza è ferma nel riconoscere che al fine della verifica della continuità del possesso del requisito è sufficiente che l'impresa abbia stipulato con la Soa il relativo contratto, o abbia presentato una istanza di rinnovo idonea a radicare l'obbligo dell'organismo di eseguire le connesse verifiche, nel termine normativamente previsto, cioè nei 90 giorni precedenti la scadenza del termine di validità dell'attestazione, ai sensi dell'art. 76, comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010. In altre parole, nelle gare pubbliche, al fine della verifica della continuità del possesso dei requisiti speciali di partecipazione di cui all'attestazione Soa, è sufficiente che l'impresa abbia presentato, ai sensi dell'art. 76, comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010, istanza di rinnovo nel termine di 90 giorni precedenti la scadenza del termine di validità dell'attestazione: tale condizione, testimoniando la diligenza del concorrente che prima della scadenza dell'attestazione anzidetta si è tempestivamente premurato di richiederne il rinnovo, confidando nella sua tempestiva evasione, rende il concorrente non penalizzabile con l'esclusione, in applicazione del principio del *favor partecipationis* e tenuto conto dell'efficacia retroattiva della verifica positiva, idonea a creare una saldatura con il periodo successivo alla scadenza della precedente attestazione, fino all'esito positivo della domanda di rinnovo, sempre che la stessa sopraggiunga prima della data fissata dal provvedimento di aggiudicazione definitiva per stipula del contratto di appalto. Infatti, il rilascio di una nuova attestazione Soa certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da una data ad un'altra, ma anche che l'impresa non ha mai perso requisiti in passato già valutati e certificati positivamente, ma li ha mantenuti anche nel periodo intercorrente tra la domanda di rinnovo e quella di rilascio della nuova certificazione, senza alcuna soluzione di continuità. Diversamente, il decorso dei predetti 90 giorni non preclude di per sé il rilascio dell'attestazione: essa deve però considerarsi nuova e autonoma rispetto all'attestazione scaduta, e comunque decorrente, quanto a efficacia, dalla data del suo effettivo rilascio, senza, cioè, retroagire al momento di scadenza della precedente, ovvero senza saldarsi con quest'ultima.

Quanto al computo dei 90 giorni, ha affermato la Sezione che l'ultimo giorno di validità dell'attestazione non può considerarsi il *dies a quo* di cui all'art. 76, comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010 e va pertanto conteggiata nel calcolo.
Ove così non fosse, detto ultimo giorno andrebbe (teoricamente) considerato anche il *dies ad quem* per il rilascio della nuova attestazione, ai sensi dell'art. 76, comma 3, d.P.R. n. 207 del 2010, che stabilisce che gli organismi Soa hanno ordinariamente 90 giorni di tempo dalla stipula del contratto per il rilascio della stessa: ma tale conclusione comporterebbe la sovrapposizione tra il primo giorno di validità della nuova attestazione e l'ultimo giorno di validità della precedente, e sottrarrebbe un giorno al periodo di validità quinquennale delle Soa, di cui all'art. 84, comma 11, d.lgs. n. 50 del 2016.
Più in dettaglio, poiché, come visto, nell'ottica del d.P.R. n. 207 del 2010 le attestate in scadenza devono stipulare il contratto per la nuova attestazione almeno 90 giorni prima della scadenza dell'attestazione (art. 76, comma 5) e, a loro volta, come sopra, le Soa, salvo proroga, devono rilasciare il nuovo certificato entro 90 giorni dalla stipula (art. 76, comma 3), considerare l'ultimo giorno utile per la stipula comporterebbe la fissazione del termine di 90 giorni assegnato alla Soa per emettere il certificato alla data del 26 ottobre 2018, con conseguente non coincidenza del *dies a quo* dell'impresa e del *dies ad quem* dell'organismo di attestazione, e scadenza di quest'ultimo prima della scadenza del termine quinquennale della precedente attestazione. Non rileva il fatto che i termini di cui all'art. 76, commi 5 e 3, d.P.R. n. 207 del 2010, abbiano diversa natura (il primo è un termine minimo; il secondo un termine massimo): si tratta in ambedue i casi di un ben preciso *range* nel quale si collocano gli adempimenti dell'operatore economico e dell'organismo di attestazione, che possono pertanto essere legittimamente effettuati in ogni segmento temporale ivi collocato: nessuno di essi, pertanto, può sottrarsi all'esigenza di una interpretazione aderente alla comune finalità delle due previsioni, che è quella di predisporre un sistema di oneri che, laddove rispettato, consente di evitare soluzioni di continuità nell'attestazione dei requisiti.
Infine, non si tratta dell'applicabilità o meno alla materia che occupa degli ordinari criteri di computo dei termini, bensì, più limitatamente, della corretta individuazione del *dies a quo* di cui all'art. 76, comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010.

19.15. Subappalto.
La sez. III, con ordinanza 10 giugno 2020, n. 3702 ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se gli artt. 63 e 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, ostino ad una interpretazione della normativa nazionale italiana in materia di subappalto necessario secondo la quale il concorrente sprovvisto della qualificazione obbligatoria in una o più categorie scorporabili non può integrare il requisito mancante facendo ricorso a più imprese subappaltatrici, ovvero cumulando gli importi per i quali queste ultime risultano qualificate.

Ha ricordato la Sezione che la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sugli artt. 47 e 48 della previgente direttiva 2004/18/CE (per gli aspetti e le disposizioni che qui rilevano non contraddetta dalla successiva direttiva 2014/24/UE) ha ripetutamente affermato: a) il diritto di ciascun operatore di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, "a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi", purché si dimostri all'amministrazione aggiudicatrice l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari per eseguire l'appalto (Corte giust. Ue 10 ottobre 2013, C 94/12, punti 29 - 35; id. 14 gennaio 2016, C-234/14, punti 23 e 28; id. 14 luglio 2016, C 406/14, punto 33); b) la libertà dell'offerente di "..scegliere, da una parte, la natura giuridica dei legami che intende allacciare con gli altri soggetti sulle cui capacità egli fa affidamento ai fini dell'esecuzione di un determinato appalto e, dall'altra, le modalità di prova dell'esistenza di tali legami" (Corte giust. Ue 14 gennaio 2016, C-234/14, punto 28); c) il generale principio di frazionabilità dei requisiti di partecipazione tra più imprese, suscettibile di deroga soltanto in presenza di comprovate circostanze eccezionali, ossia: "lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si può ottenere associando capacità inferiori di più operatori" e per i quali il livello minimo di capacità deve essere raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, da un numero limitato di operatori economici (Corte giust. Ue 10 ottobre 2013, C 94/12; id. 14 luglio 2016, C 406/14).

Ancora più in dettaglio, la Corte di Giustizia: nella sentenza C 94/12 (punto 31), per suffragare la portata generale del diritto dei concorrenti di fare affidamento sulle capacità di più operatori, ha rinviato alle norme sul subappalto, statuendo: "nel medesimo senso, l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva in parola autorizza i raggruppamenti di operatori economici a partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici senza prevedere limitazioni relative al cumulo di capacità, così come l'art. 25 della stessa direttiva considera il ricorso a subappaltatori senza indicare limitazioni in proposito"; nella sentenza C 406/14 (punto 33), resa in materia di subappalto, in maniera ancor più incisiva la Corte ha affermato che "l'art. 48, paragrafo 3, di tale direttiva n. 2004/18 – prevedendo la facoltà per gli offerenti di provare che, facendo affidamento sulle capacità di soggetti terzi, essi soddisfano i livelli minimi di capacità tecniche e professionali stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice, a condizione di dimostrare che, qualora l'appalto venga loro aggiudicato, disporranno effettivamente delle risorse necessarie per la sua esecuzione, risorse che non appartengono loro personalmente – sancisce la possibilità per gli offerenti di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, e ciò, in linea di principio, in modo illimitato"; nella sentenza C 234/14 (punto 28), anche questa resa in materia di subappalto, la Corte ha ulteriormente precisato che "l'offerente rimane libero di scegliere, da una parte, la natura giuridica dei legami che intende allacciare con gli altri soggetti sulle cui capacità egli fa affidamento ai fini dell'esecuzione di un determinato appalto e, dall'altra, le modalità di prova dell'esistenza di tali legami".

L'interpretazione di cui si è dato conto, per espressa affermazione della Corte di Giustizia, risponde all'obiettivo dell'apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non soltanto degli operatori econo-

mici stabiliti negli Stati membri, ed in particolare delle piccole e medie imprese, ma anche delle stesse amministrazioni aggiudicatrici. Si tratta di obiettivi propri della direttiva 2004/18/CE e rafforzati dalla direttiva 2014/24/UE (v. considerando 1, 41, 78, 100 e 105 della direttiva 2014/24).
Il fatto che essi siano stati ribaditi dalla Corte di Giustizia con riferimento a fattispecie riguardanti sia l'istituto dell'avvalimento che quello del subappalto, comprova che le pur obiettive differenze strutturali che intercorrono tra i due istituti (l'avvalimento rileva nella fase di implementazione dei requisiti di partecipazione ad una gara; il subappalto, posto "a valle" del contratto di appalto, attiene alla sua esecuzione) non elidono la loro comune connotazione quali moduli organizzativi alternativamente idonei a garantire l'ampliamento della possibilità di partecipazione alle gare anche a soggetti in apice sforniti dei requisiti di partecipazione (Corte giust. UE 5 aprile 2017, C-298/15, punti 47 e ss.; id. 14 gennaio 2016, C-234/14, punto 28; id. 10 ottobre 2013, C 94/12, punto 31).
La Corte di Giustizia riconosce che il ricorso al subappalto, favorendo l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce, al pari dell'avvalimento, a realizzare l'obiettivo di rendere la concorrenza la più ampia possibile (Corte giust. UE 26 settembre 2019, C-63/18, punto 2; id. 27 novembre 2019, C-402/18, punto 39).
Il confronto con l'istituto dell'avvalimento offre l'occasione, da un lato, per illustrare le possibili obiezioni all'estensione anche al subappalto del principio del frazionamento dei requisiti; e, dall'altro, per accennare alle ragioni che hanno alimentato la linea prudenziale storicamente adottata dal legislatore italiano nel dare ingresso al subappalto nel sistema degli appalti pubblici.
Sotto questo secondo aspetto rileva il fatto che il subappalto, confinato alla fase esecutiva dell'appalto e sottratto ai controlli amministrativi aventi sede nella procedura di gara: a) si presta ad una possibile sostanziale elusione dei principi di aggiudicazione mediante gara e di incedibilità del contratto; b) costituisce un mezzo di possibile infiltrazione negli pubblici appalti della criminalità organizzata, la quale può sfruttare a suo vantaggio l'assenza di verifiche preliminari sull'identità dei subappaltatori proposti e sui requisiti di qualificazione generale e speciale di cui agli artt. 80 e 83, d.lgs. n. 50 del 2016; c) conosce una prassi applicativa talora problematica, poiché la tendenza dell'appaltatore a ricavare il suo maggior lucro sulla parte del contratto affidata al subappaltatore (tendenzialmente estranea ad ingerenze della stazione appaltante) produce riflessi negativi sulla corretta esecuzione dell'appalto, sulla qualità delle prestazioni rese e sul rispetto della normativa imperativa in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro.
Da questa serie di limiti disfunzionali (segnalati nei pareri n. 855/2016 e n. 782/2017 resi da questo Consiglio, rispettivamente, sul progetto di nuovo Codice dei contratti pubblici e sul decreto legislativo di correttivo al Codice) hanno tratto spunto le opzioni restrittive inserite nel vigente codice degli appalti, di recente e sotto diversi profili censurate dalla Corte di Giustizia (26 settembre 2019, C-63/18; 27 novembre 2019, C-402/18).
Il rischio al quale il subappalto sembra esporre l'integrità dei contratti pubblici e la loro immunità da infiltrazioni della criminalità è peraltro accresciuto da una reiterata impo-

stazione normativa che, pur onerando il concorrente in gara della indicazione generalizzata, sin nell'atto dell'offerta, dei lavori o delle parti di opere che egli intende subappaltare (art. 105, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016), per il resto circoscrive a più limitate ipotesi l'obbligo di indicazione, già in sede di formulazione dell'offerta, del nominativo delle imprese subappaltatrici (art. 105, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016)

Le riportate ragioni di cautela (tutte presenti all'attenzione del legislatore comunitario, come chiaramente evincibile dalla lettura del considerando n. 105 della direttiva 2014/24/UE) rilevano in modo particolare nel caso del subappalto "necessario" proprio perché, mentre nell'ipotesi ordinaria del subappalto "facoltativo" l'appaltatore già possiede in proprio tutti i requisiti necessari per l'esecuzione dell'appalto, pur scegliendo, sulla base di una valutazione discrezionale e di mera opportunità economica, di subappaltare talune prestazioni ad un'altra impresa; viceversa, nel caso del subappalto "necessario" l'appaltatore difetta dei requisiti necessari per realizzare una o più prestazioni dell'appalto, motivo per cui è egli obbligato a subappaltarle ad un'impresa in possesso di quegli stessi requisiti. In virtù di tale elemento caratterizzante, l'istituto in esame presenta evidenti similitudini con l'avvalimento. Un significativo tratto differenziale permane, tuttavia, in relazione al fatto che il subappaltatore esegue in proprio le opere affidategli, rispondendone esclusivamente nei confronti dell'impresa subappaltante, unica responsabile nei confronti della stazione appaltante; al contrario, nell'avvalimento l'ausiliario non è esecutore dell'opera (se non nei limiti fissati dall'art. 89, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016) e, tuttavia, consentendo al concorrente di integrare i requisiti mancanti necessari per la partecipazione alla gara, egli diviene parte sostanziale del contratto di appalto, assumendone insieme al concorrente principale la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante (art. 89, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016).

Dunque, divergenze significative tra i due istituti (avvalimento e subappalto) si riscontrano in ordine al regime di responsabilità dell'impresa ausiliaria ed al suo ruolo nella esecuzione dell'appalto. Le stesse si attenuano, come si è visto, nel caso del subappalto "necessario" soggetto all'obbligo della contestuale indicazione in sede di gara sia delle attività per le quali si intende ricorrere al subappalto, sia del nominativo dei subappaltatori e dei relativi requisiti (ai sensi art. 105, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016), tanto da giustificarne la denominazione di "avvalimento sostanziale".

Si è già visto, infatti, che nel caso degli appalti sopra-soglia l'indicazione della terna dei subappaltatori è obbligatoria sin dalla formulazione dell'offerta (art. 105, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016), sicché la stazione appaltante ha modo di poter esperire in fase di gara i necessari controlli circa il possesso delle capacità tecnico - professionali e l'insussistenza delle cause di esclusione (artt. 80 e 83 e ss., d.lgs. n. 50 del 2016). E' lecito chiedersi, a questo punto, se le residuali differenze che pure in questa specifica ipotesi permangono tra i due istituti giustifichino un'impostazione divergente anche con riguardo alla possibilità di frazionamento dei requisiti tra più imprese ausiliarie.

Detta facoltà - non espressamente contemplata in materia di subappalto - è invece prevista dal vigente codice degli appalti in materia di avvalimento, in quanto l'attuale art. 89, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, in linea con gli indirizzi espressi in tema dalla Corte di Giustizia, ammette "l'avvalimento di più imprese ausiliarie".

Come già ricordato, tanto le più risalenti direttive, quanto quelle più attuali, non prevedono l'imposizione di limitazioni aprioristiche ed astratte al subappalto e ne sottolineano la funzione "positiva", ricollegandolo ai già richiamati principi di parità di trattamento e non discriminazione nei confronti degli operatori economici, oltre che ai principi di libertà di stabilimento, libera circolazione delle merci e dei capitali, concorrenza e proporzionalità. A questa impostazione, la direttiva 2014/24/UE ha aggiunto indicazioni di maggior dettaglio, riconoscendo agli Stati membri la possibilità di ampliare i poteri di verifica e di controllo della stazione appaltante sui requisiti dei subappaltatori; e di rendere il subappaltatore direttamente responsabile verso la stazione appaltante, riconoscendogli al contempo il diritto ad essere retribuito direttamente da quest'ultima per le prestazioni rese (si vedano i paragrafi III, VI lett. a) e VII dell'art. 71 della direttiva 2014/24/UE).
Tali innovative disposizioni (solo in parte recepite dai commi 6 e 13 dell'art. 105, d.lgs. n. 50 del 2016) paiono corrispondere alle finalità di maggiore trasparenza e tutela giuslavoristica che in epoca precedente erano rimaste appannaggio specifico della normativa italiana.
In definitiva, la normativa comunitaria ammette la tendenziale completa e incondizionata subappaltabilità delle prestazioni dedotte nel contratto di appalto ed al contempo riconosce il pieno diritto del prestatore privo di determinati requisiti di poter fare ricorso alle capacità di terzi soggetti, ferma restando la speculare esigenza da parte della stazione appaltante di poter valutare la competenza, l'efficienza e l'affidabilità dei subappaltatori.
La decisione della Corte di Giustizia 14 luglio 2016,Wroclawl (causa C-406/14), resa in relazione alla direttiva 2004/18, ha giustappunto ritenuto che la possibilità per gli offerenti di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto è in linea di principio illimitata, ma ha anche specificato che, in via di eccezione, "conformemente all'art. 25, comma 1, della direttiva 2004/18, l'Amministrazione aggiudicatrice ha il diritto, per quanto riguarda l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto, di vietare il ricorso a subappaltatori quando non sia stata in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario" (punto 33).
Al contempo, la decisione del 5 aprile 2017, C-298/15 (punto 55) - nel ribadire la necessità di ancorare proporzionalmente i divieti in materia di subappalto a considerazioni specifiche riferite, di volta in volta, al settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, alla natura dei lavori nonché alle qualifiche dei subappaltatori - ha avversato impostazioni di segno alternativo che dovessero fare ricorso a previsioni limitative di carattere generale e indifferenziato.
La Sezione coglie, dunque, nel contenuto delle direttive, come interpretate dalle richiamate pronunce Corte di Giustizia, una latitudine precettiva apparentemente estensibile ad ogni tipologia di rapporto ausiliario che consenta all'operatore in gara di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, "a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi" ed anche nella forma del frazionamento o del "cumulo di capacità".
Osserva anche che, nell'ipotesi del subappalto "necessario" viene a realizzarsi la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di accertare la disponibilità (in capo al concorrente ed ai suoi subappaltatori) dei mezzi e dei requisiti necessari alla esecuzione

dell'opera; e che, secondo quanto di recente precisato dalla stessa Corte, limitazioni al subappalto, ulteriori rispetto a quelle contemplate nella fonte comunitaria, non possono essere reputate coerenti o proporzionate agli obiettivi delle direttive comunitarie se l'ente aggiudicatore è in grado di verificare le identità e l'idoneità dei subappaltatori interessati e, quindi, è posto nella condizione di scongiurare il rischio di un ingresso opaco e non vigilato di terze imprese nella esecuzione dell'appalto (Corte giust. Ue 26 settembre 2019, C-63/18, punti 29 e 41-44; id. 27 novembre 2019, C-402/18, punti 48 e 49).
Ancora più in generale, la Sezione rinviene negli orientamenti del giudice comunitario l'indicazione sintetica secondo la quale istituti espansivi della concorrenza (quali sono intesi l'avvalimento e il subappalto) possono tollerare limitazioni proporzionate e occasionali, non quindi generali e astratte, ma di volta in volta calibrate dall'amministrazione aggiudicatrice sulle peculiarità della singola gara ed in ragione degli eventuali fattori (il settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, la natura dei lavori, la tipologie di qualifiche richieste) che in essa concorrono a suggerire l'introduzione di specifiche condizioni restrittive.
Appare quindi plausibile concludere che, in applicazione di queste stesse indicazioni ermeneutiche, anche nel caso sin qui delineato (subappalto necessario, implicante l'obbligo di indicazione delle prestazioni da subappaltare e del nominativo dei subappaltatori) debba valere un principio generale di frazionabilità del requisito qualificante, suscettibile di motivata deroga nei casi in cui la stazione appaltante ritenga di individuare casi e limiti ostativi oltre i quali la sicurezza e la qualità dell'opera potrebbero essere messe a rischio dal meccanismo del frazionamento del requisito. In ipotesi siffatte la stessa stazione appaltante potrebbe dunque imporre, nella legge di gara, che il livello minimo della capacità in questione venga raggiunto da un unico operatore economico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici.
È quanto avviene nella parallela materia dell'avvalimento, in presenza di determinati requisiti (cd. "di punta") che si ritiene debbano essere soddisfatti da una singola impresa ausiliaria, in quanto espressione di qualifiche funzionali non frazionabili.

19.16. Avvalimento.

Con sentenza 16 ottobre 2020, n. 22 l'Adunanza plenaria (alla quale la questione era stata rimessa dalla sez. V, 17 marzo 2020, n. 1920) ha affermato che la clausola del disciplinare di gara che subordini l'avvalimento dell'attestazione di una società organismi di attestazione (Soa) alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione Soa anche della stessa impresa ausiliata si pone in contrasto con gli artt. 84 e 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 ed è pertanto nulla ai sensi dell'art. 83, comma 8, ultimo periodo, del medesimo decreto legislativo.
Ha chiarito l'Alto Consesso che il Codice dei contratti pubblici, in linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato divenuta infine prevalente, nel vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, dopo un primo indirizzo che negava l'ammissibilità dell'avvalimento sul presupposto del carattere intrinsecamente e insostituibilmente soggettivo e quasi "personalistico" della certificazione di qualità, ammette ora l'avvalimento delle certificazioni di

qualità e, in particolare, delle attestazioni Soa, poiché riconosce che anche la certificazione di qualità costituisce un requisito speciale di natura tecnico-organizzativa, come tale suscettibile di avvalimento, in quanto il contenuto dell'attestazione concerne il sistema gestionale dell'azienda e l'efficacia del suo processo operativo. Conferma di tale possibilità, coerente con la ratio dell'avvalimento, quale delineata dalla Adunanza plenaria già con la sentenza n. 23 del 4 novembre 2016 in riferimento al d.lgs. n. 163 del 2006, intesa a favorire il principio della massima partecipazione alle procedure di gara, si è avuta non solo nella legge delega per l'emanazione dell'attuale Codice (l. 28 gennaio 2016, n. 11), che, nell'art. 1, comma 1, lett. zz), ha previsto che "il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara", ma nella stessa formulazione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, nella parte in cui si prevede che l'operatore economico possa soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c), d.lgs. n. 50 del 2016, necessari per partecipare ad una procedura di gara - con esclusione dei requisiti di cui all'art. 80 - avvalendosi delle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi.

Per i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, il possesso di detti requisiti di qualificazione avviene esclusivamente, ai sensi dell'art. 84, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, mediante attestazione da parte delle Soa autorizzate dall'Anac. Tuttavia, per evitare che l'avvalimento dell'attestazione Soa, ammissibile in via di principio per il *favor partecipationis* che permea l'istituto dell'avvalimento, divenga in concreto un mezzo per eludere il rigoroso sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte ribadito che l'avvalimento dell'attestazione Soa è consentito ad una duplice condizione: a) che oggetto della messa a disposizione sia l'intero *setting* di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione Soa; b) che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile.

È stato così affermato che, in materia di gare pubbliche, quando oggetto dell'avvalimento sia un'attestazione Soa di cui la concorrente sia priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l'attestazione da mettere a disposizione, sicché è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto e, nel caso di specie, l'attestazione Soa, quale mero requisito astratto e valore cartolare, ma assume la specifica obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità. Tali condizioni, del resto, sono coerenti con la ricostruzione dogmatica dell'istituto dell'avvalimento nelle gare pubbliche,

ricondotto anche di recente dalla Adunanza plenaria (sentenza 9 luglio 2020, n. 13) ai c.d. contratti d'impresa.
In effetti anche le negoziazioni private conoscono tali tipi di collaborazione tra imprese, che hanno lo stesso (o comunque simile) risultato economico a quello che si realizza con l'avvalimento, solamente che per esse si fa ricorso ad istituti e meccanismi propri di quell'ordinamento (noleggio, affitto, consorzio, gruppo societario, subappalto, cessione di ramo d'azienda e così via).
In realtà sia gli strumenti civilistici sia l'avvalimento sono destinati ad amplificare l'effetto c. d. reale proprio del contratto di società, ossia la creazione di una struttura economica che vive oltre il contratto che l'ha generata. Sicché, l'avvalimento serve ad integrare una organizzazione aziendale realmente esistente ed operante nel segmento di mercato proprio dell'appalto posto a gara, ma che, di certo, non consente di creare un concorrente virtuale costituito solo da una segreteria di coordinamento delle attività altrui, né di partecipare alla competizione ad un operatore con vocazione statutaria ed aziendale completamente estranea rispetto alla tipologia di appalto da aggiudicare. Con la conseguenza che è stata ben presto avvertita l'esigenza di evitare il possibile fenomeno del c.d. "avvalificio", in cui cioè potessero operare imprese che si limitassero ad utilizzare la capacità economica di altre imprese, nonché di rendere possibile il controllo su tutte quelle forme di avvalimento che si sono delineate a seguito dell'applicazione pratica dell'istituto, come quello frazionato, quello plurimo e incrociato nonché il c.d. avvalimento 'sovrabbondante', e infine per sanzionare le forme di avvalimento vietate, come quello c.d. 'a cascata' (Cons. St., A.P., n. 13 del 2020, cit.).
Nel delineato quadro normativo, sussistendo il rispetto delle condizioni cui la giurisprudenza del Consiglio di Stato subordina la legittimità del ricorso all'avvalimento dell'attestazione Soa e, per converso, non ricorrendo alcuna delle ipotesi, anche indirette, in cui l'avvalimento risulta vietato, l'obbligo, imposto all'ausiliata dal disciplinare di gara, espressamente a pena di esclusione, di produrre la propria attestazione Soa, quando questa vorrebbe avvalersi dell'attestazione Soa dell'ausiliaria, non solo è contraddittorio rispetto alla previsione dello stesso articolo 20 (il quale consente che "i concorrenti possono soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale richiesti nel disciplinare di gara, avvalendosi dell'attestazione Soa di altro soggetto"), ma si pone in contrasto con gli artt. 84 e 89, d.lgs. n. 50 del 2016, che non escludono la possibilità dell'avvalimento dell'attestazione Soa né, tantomeno, subordinano tale possibilità alla condizione di depositare in sede di gara l'attestazione Soa dell'impresa ausiliata in proprio: come ha ritenuto la sentenza n. 5834 del 23 agosto 2019 della sez. V del Consiglio di Stato, una siffatta previsione si traduce in un vero e proprio divieto di applicare l'istituto dell'avvalimento mediante la previsione di un adempimento apparentemente formale che, in modo surrettizio ma certamente a pena di esclusione per il concorrente, ne comprime l'operatività senza alcuna idonea copertura normativa.
Ha aggiunto l'Alto Consesso che in un contesto normativo ormai mutato e volto a consentire la massima espansione all'avvalimento senza, però, sminuire l'affidabilità econo-

mica e tecnica delle imprese partecipanti alla gara, non si può dare seguito all'orientamento espresso dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1772 del 27 marzo 2013, la quale ha inteso, peraltro, evitare gli effetti distorsivi del sistema, potenzialmente derivanti dall'ammissione dell'avvalimento della Soa in presenza di "mera sommatoria delle attestazioni Soa dell'impresa avvalente e dell'impresa ausiliaria, prescindendo dal fatto che ciascuna di esse sia autonomamente in possesso della qualificazione necessaria alla partecipazione alla gara": nel ben diverso caso di specie, non è contestato che l'impresa ausiliaria sia in possesso dell'attestazione Soa richiesta per lo svolgimento dei lavori.
Neppure si può ritenere che la clausola in questione sia legittima (come sembra prospettare la sezione remittente), sulla base dell'art. 83, comma 8, primo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, laddove prevede che "le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità". Infatti, rileva il principio di tassatività delle cause di esclusione, affermato dallo stesso art. 83, comma 8, sicché la discrezionalità, comunque non illimitata né insindacabile, della Pubblica amministrazione nel disporre ulteriori limitazioni alla partecipazione, integranti speciali requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnica che siano coerenti e proporzionati all'appalto, è potere ben diverso dalla facoltà, non ammessa dalla legge, di imporre adempimenti che in modo generalizzato ostacolino la partecipazione alla gara, come è avvenuto nel presente caso per l'avvalimento dell'attestazione Soa, senza adeguata copertura normativa e in violazione del principio della concorrenza

Ha aggiunto l'Adunanza plenaria n. 22 del 2020 che la nullità *ex* art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 della clausola del disciplinare di gara che subordini l'avvalimento dell'attestazione Soa alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione Soa anche della stessa impresa ausiliata configura un'ipotesi di nullità parziale limitata alla clausola, da considerare non apposta, che non si estende all'intero provvedimento, il quale conserva natura autoritativa.
La giurisprudenza, cui poi si è allineata anche la dottrina, il principio basilare su cui si è retta la teorica dell'atto amministrativo e dei conseguenti rapporti sostanziali e processuali - e che ha operato per decenni alla stregua di una norma positiva - è quello secondo cui lo stato naturale della fattispecie invalida è l'annullabilità. Sicché il sistema relativo all'invalidità si è incentrato sull'unico vizio principale, ossia l'illegittimità. In questo sistema non ha trovato spazio la nullità, così come disciplinata dal codice civile a proposito dell'invalidità del contratto. La giurisprudenza più risalente riteneva che non può aversi nullità se legittimati a chiedere l'annullamento giudiziale o in autotutela sono solo i partecipanti al procedimento, se l'azione va proposta in brevi termini di decadenza, se il vizio non è rilevabile d'ufficio e se infine il provvedimento viziato è sanabile. Anche se, va ricordato, progressivamente sono state introdotte dalla legge ipotesi in cui la violazione di una norma imperativa è stata espressamente qualificata in termini di nullità e come tale riconosciuta in giurisprudenza (si pensi, per esempio, alle assunzioni disposte in violazione di divieti legislativi).
D'altro canto anche nei rapporti civilistici la fattispecie nulla produce effetti, nonostante se ne predicasse l'improduttività degli effetti, l'imprescrittibilità, l'impugnabilità da

chiunque avesse interesse, la rilevabilità d'ufficio. Inoltre vi era la chiara consapevolezza che i termini nullità e annullabilità venivano usati dal legislatore in maniera non rigorosa e che fossero presenti nell'ordinamento casi di nullità relativa e casi di annullabilità assoluta. Gli esempi sono molti e noti: l'uso improprio del vocabolo "validità" nell'art. 1398 c.c., che invece contempla un chiaro caso di inefficacia, la conversione del negozio nullo in cui si producono gli effetti benché di una fattispecie negoziale altra con effetti diversi e più ridotti, l'usucapione e la pubblicità sanante, le nullità in materia di diritto di famiglia e di contratto di lavoro. In coerenza con l'indicato sistema, incentrato sul binomio invalidità/annullabilità, è andata anche la l. 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo sino a quando non è intervenuta la l. 11 febbraio 2005, n.15, che ha inserito, all'interno dell'originario impianto, l'intero capo IV *bis*, che all'art. 21-*septies*, intitolato "Nullità del provvedimento", stabilisce che "E' nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge".
Alla disciplina sostanziale è seguita quella processuale, ossia quella contenuta nell'art. 31 c.p.a., intitolato "Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità", che, al comma 4, stabilisce che "La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di 180 giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'art. 114, comma 4, lett. b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV". L'ultimo rimando si riferisce al procedimento relativo al giudizio di ottemperanza, dove nella lettera indicata si stabilisce: "Dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato". Infine l'art. 133, che, elencando le materie rientranti nella giurisdizione esclusiva, al comma 1, lett. a), n. 5 vi include: "(la) nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato". Dalla normativa indicata si ricava che sono state circoscritte a quattro le ipotesi di nullità ammesse, che diventano le uniche, tranne l'azione dichiarativa e quella della nullità c.d. testuale, visto che la giurisprudenza amministrativa ha escluso che ci fosse spazio per la cosiddetta nullità virtuale o di protezione di cui all'art. 1418, comma 1, c.c., in quanto essa avrebbe avuto l'effetto di minare la stabilità e la continuità dell'azione amministrativa.
Rispetto alla nullità civilistica le più visibili differenze sono costituite dal breve termine di decadenza per proporre l'azione di accertamento della nullità e il fatto che nella classica nullità strutturale (*rectius*: negoziale, attinente alla struttura), ossia quella che deriva dall'assenza degli elementi costitutivi dell'atto, manca una norma che espressamente indichi quali sono, contrariamente all'ipotesi contenuta nell'art. 1418, comma 2, c.c., letto in correlazione con l'art. 1325 del medesimo codice. Invece le ipotesi del difetto assoluto di attribuzione e del provvedimento adottato in violazione del giudicato sono proprie del diritto amministrativo e sconosciute dal diritto civile, dove il problema della violazione del giudicato non si pone, essendo sufficiente per fornire la tutela necessaria l'*actio iudicati*. Infine, la ragione della previsione del termine di decadenza di 180 giorni, per la

cui decorrenza vale quanto statuito dall'art. 41, comma 2, c.p.a., va rinvenuta nella necessità di dare certezza e stabilità ai rapporti amministrativi; ragione che è la stessa per cui, a proposito dell'azione di annullamento è previsto il breve termine di 60 giorni per impugnare, ridotto a 30 negli altri casi espressamente previsti dal codice, tra cui il caso in esame. Peraltro, anche il diritto civile conosce casi di nullità in cui la relativa azione deve essere proposta entro un termine di decadenza, basti pensare alla materia delle nullità matrimoniali, di cui all'art. 117, comma 4, c.c..

Ha ancora affermato l'Alto Consesso che ai fini della presente decisione più che le differenze con la nullità civilistica vanno individuati i punti di contatto, poiché essi consentono di delineare una sorta di quadro unico del sistema delle nullità. Va premesso che al momento in cui la nullità è stata espressamente inserita nella legge generale sul procedimento amministrativo, la giurisprudenza e la dottrina civilistica avevano già da tempo superato l'impostazione derivante dalla tradizione pandettistica e, analizzando le norme del codice civile così come applicate nel diritto vivente, avevano dovuto prendere atto che in materia di invalidità le teorizzazioni generali costituiscono una via metodologicamente non esaustiva. Tant'è che, come osservato negli studi più recenti, nella contrattualistica moderna vi è una continua interferenza tra regole di validità, riferite alla struttura originaria dell'atto, e regole di comportamento, attinenti al profilo funzionale e legate alla responsabilità delle parti. Non a caso si è sempre più assottigliata la differenza tra nullità e annullabilità, a lungo ritenute categorie impermeabili e poi progressivamente sfumate in figure intermedie, quali, ad esempio, le invalidità rilevabili d'ufficio ma sanabili, ovvero sanabili ma non rilevabili d'ufficio. Cosicché è venuta meno anche la distinzione classica originariamente fondata tra rimedi dettati a tutela di interessi generali (nullità) e rimedi volti a proteggere uno solo dei contraenti (annullabilità). Pertanto, di fronte ad una norma che preveda che l'esito conseguente alla sua violazione determini la nullità non significa che la scelta del legislatore abbia fatto esclusivamente riferimento ad un interesse generale o pubblico, ma anche a interessi privati o di categorie di soggetti qualificati. In altri termini la norma presuppone una combinazione di criteri diversi alla luce dei quali il giudice deve valutare, caso per caso, la compatibilità tra le specifiche clausole del contratto e gli interessi o i valori che l'ordinamento intende garantire attraverso la norma imperativa.

La breve rassegna delle posizioni civilistiche intorno all'istituto della nullità si giustifica sia perché esso è nato in quell'ordinamento, sia perché consente di poterlo meglio collocare in un ordinamento, quello amministrativo, che ha funzionato senza mai avvertirne la mancanza.

La nullità dell'atto amministrativo - figura generale, assieme all'annullabilità, dell'invalidità e che può essere riguardata non solo come vizio, ma anche come azione, eccezione in senso tecnico e come sanzione - va analizzata nel contesto ordinamentale specifico, diverso da quello civile.

Essa opera in presenza di un provvedimento amministrativo, che viene emanato nell'ambito di un procedimento rigorosamente disciplinato e che costituisce la forma necessaria dell'azione tendenzialmente unilaterale, ancorché sempre più spesso partecipata, del potere amministrativo. Quest'ultimo si apre, prosegue e si chiude all'insegna

del principio per cui l'amministrazione deve curare l'interesse pubblico datogli in attribuzione dalla legge in maniera da raggiungere il massimo risultato possibile con il minimo mezzo.
Il profilo dell'illegittimità del provvedimento, anche quando ridondi sul procedimento che lo contiene, rileva in maniera efficace solo in sede processuale, a meno che l'amministrazione non ritenga di aprire un procedimento di secondo grado di autotutela.
Pertanto la nullità emerge nel processo, che ha le sue regole. Quindi chi intenda farla valere deve necessariamente proporre l'azione di annullamento dell'atto emanato in esecuzione di un provvedimento che si assume nullo, mentre l'azione di accertamento è ammissibile solo nei pochi casi in cui il soggetto abbia interesse al mero accertamento e non al suo annullamento; ipotesi difficilmente riscontrabile quando l'amministrazione, proseguendo nel suo itinerario procedimentale, emani altri atti, che il primo presuppongano, i quali producono effetti sulla situazione sostanziale o procedimentale del soggetto inciso.
Nel complesso delineato contesto ordinamentale, l'Adunanza Plenaria ritiene che la clausola escludente - che si ponga in violazione dell'art. 83, comma 8, del 'secondo codice' sugli appalti pubblici - non si possa considerare annullabile (e dunque efficace).
Valgano al riguardo le considerazioni che seguono.
Ancor prima dell'entrata in vigore del 'primo codice' dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), per la tradizionale giurisprudenza amministrativa (Adunanza Plenaria, sentenza n. 1 del 2003) l'impresa potenzialmente lesa da una clausola escludente aveva l'onere di proporre subito un ricorso giurisdizionale, sicché si doveva considerare tardiva la sua impugnazione unitamente all'esclusione, se proposta dopo la scadenza del termine di impugnazione del bando.
Tale giurisprudenza è stata ribadita nel vigore del testo originario dell'art. 46 del 'primo codice' sui contratti pubblici, finché il d.l. 13 maggio 2011, n. 70 ha modificato tale art. 46, introducendo il principio della 'tassatività delle cause di esclusione' e disponendo al comma 1-*bis* che 'sono comunque nulle' le 'clausole escludenti' che violano tale principio.
Le finalità di tale riforma sono volte a imporre alla stazione appaltante di emanare gli ulteriori atti del procedimento senza attribuire rilievo alla clausola escludente *contra legem*, nonché a consentire la piena tutela giurisdizionale – senza preclusioni - quando poi sia emanato l'atto di esclusione.
Sul significato di tale nullità si è pronunciata l'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 9 del 2014, per la quale "la sanzione della nullità… è riferita letteralmente alle singole clausole della legge di gara esorbitanti dai casi tipici; si dovrà fare applicazione, pertanto, dei principi in tema di nullità parziale e segnatamente dell'art. 1419, comma 2, c.c. (*vitiatur sed non vitiat*).
Questa sentenza ha aggiunto che "la nullità di tali clausole incide sul regime dei termini di impugnazione …, atteso che la domanda di nullità si propone nel termine di decadenza di centottanta giorni e la nullità può sempre essere eccepita dalla parte resistente

ovvero rilevata dal giudice d'ufficio', e che la clausola escludente nulla è 'priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice".
L'art. 83, comma 9, del vigente Codice dei contratti ha confermato il principio di tassatività delle cause di esclusione e ha ribadito che 'sono comunque nulle' le clausole escludenti in contrasto con tale principio.
Ha ritenuto l'Adunanza Plenaria che la nullità della clausola escludente *contra legem*, ora prevista dall'art. 83, comma 9, del codice, vada intesa anch'essa come nullità in senso tecnico (con la conseguente improduttività dei suoi effetti), similmente a quanto è stato deciso per la corrispondente disposizione del novellato art. 46 del 'primo codice'. In altri termini, la clausola è nulla, ma tale nullità, se da un lato non si estende al provvedimento nel suo complesso (*vitiatur sed non vitiat*), d'altro canto impedisce all'Amministrazione di porre in essere atti ulteriori che si fondino su quella clausola, rendendoli altrimenti illegittimi e quindi, attesa l'autoritatività di tali atti applicativi, annullabili secondo le regole ordinarie. Ritenere che la nullità sancita dal comma 8, ultima parte, dell'art. 83 vada intesa come annullabilità si porrebbe in contrasto con la scelta del legislatore di qualificare come nulla la clausola escludente *contra legem*, e dunque non solo con il tenore testuale della legge, cui occorre attribuire primario rilievo in sede ermeneutica, ma anche con la sua composita ratio, volta a individuare un equilibrio tra radicale invalidità della clausola per contrasto con norma imperativa, ordinaria autoritatività dei provvedimenti amministrativi e interesse del ricorrente a far valere l'invalidità, in termini di nullità, quando essa si traduca in un provvedimento applicativo (esclusione o aggiudicazione) lesivo in concreto della sua situazione soggettiva tutelata.
Ha, infine, affermato l'Adunanza plenaria n. 22 del 2020 che al cospetto della nullità della clausola escludente *contra legem* del bando di gara non sussiste l'onere per l'impresa di proporre alcun ricorso perchè tale clausola – in quanto inefficace e improduttiva di effetti - si deve intendere come 'non apposta', a tutti gli effetti di legge, salvo impugnare nei termini ordinari gli atti successivi che facciano applicazione (anche) della clausola nulla contenuta nell'atto precedente.
Ha chiarito l'Alto Consenso che non si possono considerare applicabili l'art. 21-*septies*, l. n. 241 del 1990 e l'art. 31 c.p.a., i quali si riferiscono ai casi in cui un provvedimento sia nullo ed 'integralmente' improduttivo di effetti: la clausola escludente affetta da nullità, in base al principio vitiatur sed non vitiat già affermato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014, non incide sulla natura autoritativa del bando di gara, quanto alle sue ulteriori determinazioni.
Il legislatore, nel prevedere la nullità della clausola in questione, ha disposto la sua inefficacia, tanto che – se anche il procedimento dura ben più dei sei mesi previsti dall'art. 31 c.p.a. per l'esercizio della azione di nullità – la stazione appaltante comunque non può attribuire ad essa rilievo perché ritenuta "inoppugnabile".
I successivi atti del procedimento, inclusi quelli di esclusione e di aggiudicazione, pur basati sulla clausola nulla, conservano il loro carattere autoritativo e sono soggetti al

termine di impugnazione previsto dall'art. 120 c.p.a., entro il quale si può chiedere l'annullamento dell'atto di esclusione (e degli atti successivi) per aver fatto illegittima applicazione della clausola escludente nulla.
L'art. 120 c.p.a. non prevede alcuna deroga al termine di decadenza di trenta giorni, che sussiste qualsiasi sia il vizio – più o meno grave – dell'atto impugnato. Né può farsi discendere, quanto meno nell'ordinamento amministrativo, la nullità di un atto applicativo di un precedente provvedimento solo parzialmente affetto da una nullità riferita a una sua specifica clausola inidonea a inficiare la validità di quel provvedimento nel suo complesso.
Non vi è dunque alcun onere, in conclusione, per le imprese partecipanti alla gara di impugnare (entro l'ordinario termine di decadenza) la clausola escludente nulla e quindi "inefficace" *ex lege*, ma vi è uno specifico onere di impugnare nei termini ordinari gli atti successivi che facciano applicazione (anche) della clausola nulla contenuta nell'atto precedente.

Con ordinanza 20 marzo 2020, n. 2005 la sez. III ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione se l'art. 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di avvalimento e di esclusione dalle procedure di affidamento, contenuta nell'art. 89, comma 1, quarto periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, secondo la quale nel caso di dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa ausiliaria riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale, la stazione appaltante deve sempre escludere l'operatore economico concorrente in gara, senza imporgli o consentirgli di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima, come stabilito, invece nelle altre ipotesi in cui i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione.
Ha ricordato la Sezione che la giurisprudenza nazionale, ormai consolidata, ritiene che: a) in forza del combinato disposto dei citati artt. 80, comma 5, lett. f-*bis*, e 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, in caso di avvalimento, la dichiarazione mendace presentata dall'impresa ausiliaria comporta l'esclusione dalla procedura di gara dell'operatore economico che si è avvalso della sua capacità per integrare i prescritti requisiti di partecipazione; b) nell'ipotesi di dichiarazione mendace o di attestazione non veritiera dell'impresa ausiliaria sul possesso dei requisiti ex art. 80, l'art. 89, comma 3, non è applicabile e, quindi, l'operatore economico non può sostituire l'impresa ausiliaria.
Si ritiene, infatti, che l'art. 89 prevede espressamente l'esclusione del concorrente in caso di dichiarazioni mendaci provenienti dall'impresa di cui egli si avvale (delibera Anac n. 337 del 2019). La sostituzione dell'impresa ausiliaria è consentita solo nelle altre ipotesi in cui risultano mancanti i pertinenti requisiti di partecipazione.

Questo indirizzo interpretativo risulta ormai consolidato in giurisprudenza e la parte appellata non ha indicato nuovi argomenti idonei a contrastarne la correttezza.
Ha aggiunto la Sezione che: a) la *ratio* dell'istituto dell'avvalimento è quella di favorire la massima partecipazione degli operatori economici al mercato degli appalti pubblici, aprendolo ad imprese di per sé prive di requisiti di carattere economico-finanziario, tecnico-organizzativo e consentendo loro la dimostrazione dei requisiti medesimi *per relationem*, attraverso il concorso di terzi soggetti ausiliari; b) l'istituto dell'avvalimento ha tradizionalmente goduto di ampio favore nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, che lo ha elaborato e ha contrastato prassi interpretative e disposizioni normative nazionali che potessero ostacolarne l'impiego.
Esemplificativa di questo indirizzo è la sentenza del 10 ottobre 2013, in causa C-94/12, SWM Costruzioni, con la quale la Corte di Giustizia UE ha risolto una questione per rinvio pregiudiziale sollevata dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato circa la compatibilità con il diritto UE della normativa nazionale (art. 49, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006) che vietava al concorrente in una pubblica gara di appalto di avvalersi - salvo ipotesi eccezionali - di più di un'impresa ausiliaria.
In quella sede la Corte ha definito la questione coniugando il principio della piena apertura concorrenziale con quello dell'effettività della messa a disposizione dei requisiti necessari. Secondo la Corte, infatti, "la direttiva 2004/18 consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall'Amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che il candidato o l'offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto".
La Corte ha richiamato il generale obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza "nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici" (v., in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009, Conisma, in causa C-305/08).
Nello stesso senso viene in rilievo la sentenza del 7 aprile 2016, in causa C-324/14, Partner Apelski Dariusz, con la quale la Corte ha chiarito che le disposizioni UE in tema di avvalimento riconoscono "il diritto di qualunque operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti (…), purché sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che il candidato o l'offerente disporrà effettivamente delle risorse di tali soggetti che sono necessarie per eseguire detto appalto, e non è escluso che l'esercizio di tale diritto possa essere limitato, in circostanze particolari, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto in questione e delle finalità dello stesso (…)".
La Corte ha tuttavia chiarito che eventuali limiti nazionali all'esercizio del diritto di avvalimento devono essere riguardati con rigore, alla luce dei principi di parità di trattamento e non discriminazione.
Sulla stessa scia si pone, in ambito nazionale, la pronuncia del Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23, la quale afferma, con specifico riferimento all'istituto dell'avvalimento, che "trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento Eurounitario (e sulla base di generali canoni ermeneutici di matrice UE), grava sull'operatore nazionale

l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso conforme ad essi (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno (si tratta di un corollario applicativo dei generali principi di parità di trattamento e di non discriminazione che devono assistere le posizioni giuridiche e gli istituti di matrice Eurounitaria)".

L'Adunanza plenaria (sentenza 9 luglio 2020, n. 13) ha affermato che il progettista *ex* art. 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 non può ricorrere all'istituto dell'avvalimento.
Ha chiarito che il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia dell'art. 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006, va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo; pertanto non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea, con la conseguenza che non può utilizzare l'istituto dell'avvalimento per la doppia ragione che esso è riservato all'operatore economico in senso tecnico e che l'avvalimento cosiddetto "a cascata" era escluso anche nel regime del codice dei contratti pubblici, ora abrogato e sostituito dal d.lgs. n. 50 del 2016, che espressamente lo vieta.
Ha ricordato l'Alto Consesso che la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, ha dettato uno specifico criterio di delega per l'avvalimento (criterio di cui all'art. 1, comma 1, lett. zz), in attuazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE), stabilendo sia l'esclusione della possibilità di fare ricorso al cosiddetto "avvalimento a cascata", sia il divieto che oggetto dell'avvalimento possa essere "il possesso della qualificazione dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare". Le disposizioni sono poi penetrate nell'art. 89 del nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50 del 2016, che, al comma 6, vieta espressamente il cosiddetto avvalimento "a cascata", consentendo invece quello plurimo e frazionato; con possibilità, in via eccezionale, di non consentire l'avvalimento, purché venga indicato nel bando con il rispetto del principio di proporzionalità.
Questo rende nuovamente di attualità la giurisprudenza formatasi nel vigore del precedente codice, secondo cui nelle gare pubbliche non è consentito avvalersi di un soggetto che, a sua volta, utilizza i requisiti di un altro soggetto, sia pure ad esso collegato. Ciò, in quanto una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione è collegata alla possibilità per la stazione appaltante di avere un rapporto diretto e immediato con l'ausiliaria, che non viene assicurato dalla semplice dichiarazione dell'ausiliaria in esecuzione del contratto di avvalimento con l'impresa ausiliata, anche se dal meccanismo ne consegue la responsabilità solidale delle due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare.
In proposito la Sezione ha osservato come il divieto contenuto nel Codice dei contratti pubblici attualmente in vigore, pur non essendo direttamente applicabile alla fattispecie in esame, ha comunque un ruolo di orientamento per l'interprete, che è tenuto a tenere nel debito conto le tendenze evolutive dell'ordinamento.

In sintesi, quanto all'art. 53, comma 3, d.lgs. n 163 del 2006, nonostante non esistesse nel vecchio Codice dei contratti pubblici un divieto espresso del cosiddetto "avvalimento a cascata", la giurisprudenza maggioritaria già propendeva per la non ammissibilità. Era ritenuta decisiva la considerazione che, pur essendo pacifico il carattere generalizzato dell'avvalimento strumentale ai principi comunitari della massima partecipazione nelle gare di appalto e dell'effettività della concorrenza, l'applicazione dell'istituto deve essere comunque contemperato con l'esigenza di assicurare garanzie idonee alla stazione appaltante al fine della corretta esecuzione del contratto.

La questione era stata rimessa all'Adunanza plenaria dalla sez. V, con ordinanza 9 aprile 2020, n. 2331.
Ha ricordato la Sezione che sull'ammissibilità dell'avvalimento in tale situazione, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è pronunciato in modo difforme.
La sentenza della sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4929, ha affermato che, in ordine agli artt. 49, 53 e 90, d.lgs. n. 163 del 2006 e all'art. 92, d.P.R. n. 207 del 2010, l'avvalimento, in conformità alla sentenza della Corte di Giustizia UE 10 ottobre 2013, in causa 94-2012, si applica non ai soli concorrenti, ma a tutti gli operatori economici, tenuti a qualsiasi titolo a dimostrare il possesso dei requisiti in sede di gara.
Per contro, Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072 ha ritenuto che il raggruppamento di professionisti non possa ricorrere all'avvalimento, poiché tale possibilità è riservata dall'art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006 al solo operatore economico che domanda di partecipare alla gara e questo, se intende farvi ricorso, deve dichiarare il possesso dei requisiti da parte del soggetto ausiliario; inoltre, secondo Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2012, n. 5161, per il ricorso all'avvalimento, l'art. 49, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006, si riferisce, facendo parola di "concorrente", al solo operatore economico che domanda di partecipare alla gara, il quale deve dichiarare e allegare il possesso da parte del soggetto avvalso dei requisiti che, sommati ai suoi, integrano la prescrizione del bando.
Per consolidata giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072), pur essendo pacifico il carattere generalizzato dell'avvalimento – strumentale alla massima partecipazione nelle gare di appalto e all'effettività della concorrenza per i principi eurocomuni – si tratta di un istituto deve essere comunque contemperato con l'esigenza di assicurare garanzie idonee alla stazione appaltante al fine della corretta esecuzione del contratto.
Perciò, la questione sostanziale consiste nello stabilire se il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia del citato art. 53, comma 3, possa ricorrere a un progettista terzo, utilizzando a sua propria volta l'avvalimento. In sostanza, se vi possa legittimamente essere, per un'offerta in gara, un duplice e consequenziale avvalimento di professionisti.
Il citato art. 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che "quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto

previsto dal capo IV del presente titolo (progettazione e concorsi di progettazione), e l'ammontare delle spese di progettazione comprese nell'importo a base del contratto".
La giurisprudenza, sopra richiamata, del Consiglio di Stato ha negato che il progettista "indicato" ai sensi di quella previsione possa a sua volta fare uso di avvalimento, regolato dall'art. 49. Infatti: a) vi osta la lettera dell'art. 49, per il quale solo "il concorrente" singolo, consorziato o raggruppato può ricorrere all'avvalimento quale istituto di soccorso al concorrente in gara; sicché va escluso chi si avvale di soggetto ausiliario a sua volta privo del requisito richiesto dal bando; b) il fatto che, se già il progettista indicato non è legato da un vincolo negoziale con la stazione appaltante, a maggior ragione non ne è legato il suo ausiliario, il quale è un terzo che per la sua posizione non può offrire garanzie all'Amministrazione: invero, solo il concorrente che va a stipulare il contratto va ad assumere obblighi contrattuali con l'amministrazione appaltante: e l'ausiliario, per l'art. 49, comma 2, lett. d), si obbliga verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse necessarie che mancano al concorrente, mediante apposita dichiarazione; inoltre l'ausiliario diviene *ex lege* responsabile in solido con il concorrente per le prestazioni oggetto del contratto (art. 49, comma 4) e la responsabilità solidale, che è garanzia di buona esecuzione dell'appalto, può sussistere solo sulla base che l'impresa ausiliaria sia collegata contrattualmente al concorrente, al segno che l'art. 49 prescrive l'allegazione, già con la domanda di partecipazione, del contratto di avvalimento.
Inoltre, dall'art. 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 si evince che la norma statuisce che il progettista qualificato, del quale l'impresa concorrente intenda "avvalersi" in alternativa alla costituzione di un'A.T.I., va solo indicato, senza prescrivere che debbano anche prodursi le dichiarazioni dell'art. 49 per l'avvalimento, e imposte all'impresa ausiliaria (dichiarazione dell'impresa avvalente di impegno a mettere a disposizione dell'impresa avvalsa le risorse necessarie all'esecuzione del contratto; dichiarazione dell'impresa avvalente di non partecipare alla gara in proprio o quale associata o consorziata e di non trovarsi in situazioni di controllo *ex* art. 34, comma 2 con altra impresa contestualmente partecipante alla gara, ecc.) o all'impresa partecipante avvalsa (contratto di avvalimento intercorso con l'impresa ausiliaria avvalente).
Da ciò sembra discendere che, nel caso del sistema di selezione costituito dall'appalto integrato, il progettista prescelto dall'impresa partecipante e indicato alla stazione appaltante non assuma la qualità di concorrente: questa spetta solo all'impresa concorrente, e il primo resta solo un collaboratore esterno, la cui posizione non ha diretto rilievo con l'Amministrazione appaltante.
Se poi è lo stesso progettista indicato a ricorrere a sua volta a requisiti posseduti da terzi, si avrebbe in sostanza una catena di avvalimenti di "ausiliari dell'ausiliario": il che non solo amplifica la carenza di rapporto diretto verso l'amministrazione appaltante: ma è anche è di ostacolo, a tutto concedere, a un agevole controllo da parte della stazione appaltante sul possesso dei requisiti dei partecipanti.
Nella stessa prospettiva, è stato affermato che l'avvalimento è già una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara, sicché va permesso solo in ipotesi

delineate rigorosamente, per garantire l'affidabilità, *in executivis*, del soggetto concorrente. Ne segue che sarebbe irrinunciabile la sussistenza di un rapporto diretto e immediato tra l'ausiliario e l'ausiliato, legati da vincolo di responsabilità solidale per l'intera prestazione dedotta nel contratto.
La fattispecie di avvalimento a cascata non sarebbe, perciò, permessa, giacché elide quel necessario rapporto diretto tra ausiliaria e ausiliata, così allungando e indebolendo la catena giuridica che legai vari soggetti, con riflessi effetti evidenti in punto di responsabilità solidale, per il soggetto ausiliato riguardo al soggetto ausiliario munito in via diretta dei requisiti da concedere. Nondimeno, in generale, per la giurisprudenza eurounitaria l'avvalimento si applica non ai soli concorrenti, ma a tutti gli operatori economici, tenuti a qualsiasi titolo a dimostrare il possesso dei requisiti in gara. Il che ha talora indotto ad optare per orientamento più permissivo.

19.17. Offerta di gara.
Le sentenze del giudice di appello hanno affrontato le diverse problematiche legate alle offerte di gara.

La sez. V, con sentenza 6 aprile 2020, n. 2257 ha affermato che il principio di invarianza, di cui all'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016, trova applicazione nel caso in cui il criterio di valutazione delle offerte, quale individuato dal disciplinare di gara, faccia capo al "metodo aggregativo–compensatore di cui alle linee guida Anac approvate con Delibera del consiglio n. 1005 del 21 settembre 2016", in base ad una predeterminata formula; ed invero, pur trattandosi di criterio non automatico, in quanto orientato alla individuazione tecnico-discrezionale dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, lo stesso è destinato ad operare (in virtù del richiamo al metodo aggregativo-compensatore e alla interpolazione lineare) attraverso la quantificazione di medie, condizionate dal numero dei concorrenti e dalle modalità di formulazione dell'offerta; si tratta, perciò, di fattispecie in cui è destinata ad operare, in base alle riassunte premesse, la regola della "cristallizzazione delle medie", non solo ai (meri) fini della determinazione della soglia di anomalia (art. 97 del Codice), ma anche ai (più comprensivi) fini del divieto di regressione procedimentale, che implica l'immodificabilità della graduatoria anche all'esito della estromissione di uno dei concorrenti la cui offerta aveva concorso alla elaborazione dei punteggi.
Ha ricordato la Sezione che l'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 (che riproduce la disposizione dell'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. n. 163 del 2006, inserita dall'art. 39, d.l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114) stabilisce che "ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronunzia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione od esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte".
Siffatto "principio di invarianza", che opera nel senso della "cristallizzazione delle offerte" e della "immodificabilità della graduatoria" ed integra un'espressa eccezione

all'ordinario meccanismo del regresso procedimentale, per positiva irrilevanza delle sopravvenienze, obbedisce alla duplice e concorrente finalità: a) di garantire, per un verso, continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè di quella soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta si presume senz'altro anomala, situazione che ingenererebbe una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche; b) di impedire, o comunque vanificare, in prospettiva antielusiva, la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria, mossi dall'unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest'ultima traendone vantaggio. In correlazione alla evidenziata *ratio*, la regola è destinata a trovare applicazione non soltanto in presenza di criteri di aggiudicazione automatici, come quello del "minor prezzo", per i quali sia previsto, anche ai fini della determinazione della soglia di anomalia, il "calcolo di medie" (art. 97 del Codice), ma anche nelle ipotesi di criteri rimessi alla valutazione discrezionale della commissione valutatrice, come nel caso della "offerta economicamente più vantaggiosa", le quante volte (come nel caso che debba procedersi, in base al disciplinare di gara, secondo il metodo del c.d. confronto a coppie) la formazione della graduatoria sia condizionata dal meccanismo di "normalizzazione" del punteggio conseguito da ciascun concorrente, attraverso il confronto parametrico con quello dell'offerta migliore, che è alterato dalla modifica della platea dei concorrenti da confrontare attraverso la rideterminazione di valori medi.
Per contro, la regola non può operare, anzitutto per un limite di ordine positivo, nei casi in cui "la formula matematica utilizzata per la valutazione e il confronto delle offerte dei partecipanti, nei quali sia i valori iniziali sia il risultato finale corrispondono a valori fissi, non sottende alcuna media di dati o valori, rimanendo per converso insensibile ad eventuali modifiche determinate da provvedimenti giurisdizionali soltanto l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte", e ciò in quanto "in una siffatta eventualità, dovrebbe trovare *ex novo* applicazione la suddetta formula in relazione alle offerte rimaste in gara".

In relazione al criterio di valutazione delle offerte con sentenza 26 novembre 2020, n. 7436 la sez. V ha escluso che siano contrarie a legge o irragionevoli le formule matematiche utilizzate in sede di gara pubblica volte a rendere marginale il peso degli elementi economici attraverso vari elementi correttivi. Al principio secondo cui non sono irragionevoli formule matematiche volte a rendere marginale il peso degli elementi economici si è pervenuti a seguito del "mutato contesto" conseguente all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, in relazione al quale nelle linee-guida n. 2, sull'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Anac ha segnalato la possibilità di impiegare formule matematiche in funzione dissuasiva rispetto ad una competizione eccessiva sul prezzo e dunque in funzione correttiva del metodo tradizionale dell'interpolazione lineare.

La giurisprudenza contraria a questa è riferita a procedure di gara soggette all'abrogato Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), dal quale non era ricavabile alcuna preferenza per criteri legati alla componente prezzo rispetto a quelli di carattere qualitativo, come invece dall'art. 95 del Codice dei contratti pubblici attualmente in vigore. Anche la sentenza della sez. V, 2 agosto 2018, n. 4778, che perviene a diversa conclusione, è in realtà relativa ad una competizione fondata su offerte al rialzo sulla base d'asta per un contratto attivo per la stazione appaltante. In tale ipotesi non si ravvisa pertanto la medesima esigenza di limitare la competizione al ribasso sul prezzo, a scapito degli aspetti qualitativi dell'offerta, ma anzi vi è l'opposta esigenza per la stazione appaltante di massimizzare l'entrata, rispetto alla quale è contraddittorio l'appiattimento derivante da formule matematiche non imperniate su valori percentuali rispetto alla base d'asta ma sui valori assoluti offerti dagli operatori economici.

In ordine alla valutazione dell'offerta ha chiarito la sez. III (sentenza 23 dicembre 2020, n. 8295) che la circostanza che i singoli commissari abbiano espresso tutti lo stesso punteggio o un unico punteggio non è *ex se* indice di illegittimità, per la stringente ragione che essa prova troppo, non essendo nemmeno sufficientemente chiaro il punto di caduta di tale rilievo censoreo ben potendo spiegarsi la detta circostanza come una fisiologica evoluzione del confronto dialettico svoltosi in seno a tale organo.
Come affermato dalla Sezione il giudice amministrativo, nel sindacare la legittimità degli atti di gara, non è chiamato ad esaminare fattispecie di pericolo né a garantire l'osservanza di un precauzionale diritto del sospetto, ma solo a verificare se l'azione amministrativa abbia in effetti violato le regole del procedimento. Ma nel diritto dei contratti pubblici non esiste alcuna regola, men che mai precauzionale, che imponga necessariamente che alla Commissione, nel valutare l'offerta tecnica, di procedere prima all'assegnazione dei punteggi discrezionali e poi a quelli vincolati, salva l'esistenza di elementi che lasciano ritenere simile modus operandi, sul piano dell'eccesso di potere, come indice di parzialità o di favoritismo nella valutazione tecnica della Commissione, censurabile come manifestamente illogica o manifestamente discriminatoria.
Ciò premesso, la Sezione ha affermato che non è *ex se* illegittimo l'operato di una Commissione di gara perché i componenti avrebbero assegnato collegialmente i punteggi, nonostante il disciplinare di gara, per l'esame di tali voci, avesse disposto un vaglio individuale di ciascun commissario con un *range* da 0 a 1, da porre successivamente in media con i coefficienti attribuiti, allo stesso modo, dagli altri commissari. La Sezione ha quindi ribadito che le norme dell'evidenza pubblica non sono poste formalisticamente a presidio di un pericolo astratto, come assume a torto la sentenza impugnata, ma del concreto e regolare svolgimento delle operazioni di gara, che possono essere contestate e annullate solo laddove il ricorrente offra almeno un principio di prova dal quale si desuma in via indiziaria che l'operato della Commissione giudicatrice o abbia violato direttamente la legge o sia affetto da eccesso di potere in una delle sue figure sintomatiche. La circostanza che i singoli commissari abbiano espresso tutti lo stesso punteggio o un unico punteggio non è *ex se* indice di illegittimità, per la stringente ra-

gione che essa prova troppo, ben potendo spiegarsi la detta circostanza come una fisiologica evoluzione del confronto dialettico svoltosi in seno a tale organo. Proprio il deciso ripudio di ogni logica rispondente ad un pericolo astratto, seguita invece dal primo giudice, deve dunque indurre a ritenere che l'espressione di un giudizio identico, singolarmente o complessivamente, da parte di tutti i commissari, sia la conseguenza di un dialettico confronto, in seno alla Commissione giudicatrice, anziché la manifestazione di una evidente parzialità nei confronti di un'offerta rispetto ad un'altra, in assenza di un qualsivoglia principio di prova che lasci ritenere simile giudizio, da parte di tutti i commissari, come una valutazione precostituita, frutto non già del libero convincimento di ciascuno di essi, poi confluito in un unanime complessivo giudizio, ma di un atteggiamento acritico, illogico, ingiusto o, ancor peggio, parziale o preconcetto.

Con riferimento ai costi da inserire nell'offerta di gara l'Adunanza plenaria, con sentenze 2 aprile 2020, nn. 7 e 8 ha affermato che la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione; tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice.
Sulla questione ha pronunciato anche la Corte di Giustizia UE con sentenza della sez. IX 2 maggio 2019, causa C-309/18.
Ha aggiunto l'Adunanza plenaria che in relazione ai rapporti intercorrenti tra giudice nazionale e Corte di giustizia UE a seguito di domanda di pronuncia pregiudiziale proposta ai sensi dell'art. 267 TFUE, che "dopo aver ricevuto la risposta della Corte ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottopostale, o allorché la giurisprudenza della Corte ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione" (Corte di Giustizia Ue, Grande Sezione, 5 aprile 2016, causa C 689/13).
Appare quindi del tutto superfluo procedere a una nuova formulazione del principio di diritto in quanto, stante l'esaustività della decisione pronunciata dalla Corte (come già evidenziato da Cons. Stato, Ad. plen., ord. 28 ottobre 2019, n. 12), si assisterebbe una mera ripetizione di quanto già affermato dal giudice del Lussemburgo.
Per altro verso, la struttura dell'art. 99 c.p.a., che regola il deferimento all'Adunanza plenaria, evidenzia una flessibilità applicativa che consente a questo giudice una pluralità di soluzioni diversificate, che variano dalla decisione dell'intera vicenda (comma 4,

prima parte), alla mera enunciazione del principio di diritto (comma 4, seconda parte) fino alla semplice restituzione degli atti alla Sezione remittente per ragioni di opportunità (comma 1, seconda frase).
Il coordinamento delle dette disposizioni con i principi dell'Unione sopra evidenziati consente pertanto a questa Adunanza di provvedere altresì alla decisione dell'intera causa, secondo il già citato comma 4 dell'art. 99 c.p.a., allorché, come nel caso in esame, il principio di diritto sia stato pronunciato *aliunde*, nell'ambito dei meccanismi del sistema di cooperazione fra gli organi giurisdizionali nazionali e la Corte di giustizia UE, instaurato dall'art. 267 TFUE.

La sez. V, con sentenza 3 novembre 2020, n. 6786 ha affermato che nel costo della manodopera per l'esecuzione del contratto di appalto la cui indicazione è prescritta in offerta dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 non deve essere ricompresa anche la retribuzione dei dipendenti o consulenti esterni (c.d. "costi indiretti della commessa" poiché relativi al personale di supporto all'esecuzione dell'appalto o a servizi esterni), che sono impiegati dall'operatore economico per diversi (o, tutti) gli appalti assunti e non per un singolo e specifico appalto.
Ad avviso della Sezione è preferibile riferire il costo della manodopera di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 ai soli costi diretti della commessa, esclusi, dunque, i costi per le figure professionali coinvolti nella commessa in ausilio e solo in maniera occasionale secondo esigenze non prevenibili.
L'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta – e la correlativa verifica della loro congruità imposta alla stazione appaltante – risponde all'esigenza di tutela del lavoro sotto il profilo della giusta retribuzione (art. 36 Cost.); serve ad evitare, infatti, manovre speculative sulla retribuzione dei dipendenti finalizzate a rendere l'offerta in gara maggiormente competitiva rispetto alle altre.
Tale essendo la *ratio* della citata prescrizione, è gioco forza riconoscere che l'esigenza di tutela è avvertita solo e proprio per quei dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti, il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto.

La sentenza 3 novembre 2020, n. 6786 della sez. V ha affermato che non rientra nella discrezionalità della stazione appaltante imporre o esigere un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro, tanto più qualora una o più tipologie di contratti collettivi possano anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare. Resta fermo, ad avviso della Sezione, che la libertà imprenditoriale non è assoluta, ma incontra il limite logico, ancor prima che giuridico in senso stretto, della necessaria coerenza tra il contratto che in concreto si intende applicare (e in riferimento al quale si formula l'offerta di gara) e l'oggetto dell'appalto; la scelta del contratto collettivo di lavoro applicabile al personale dipendente, che diverge insanabilmente, per coerenza e

adeguatezza, da quanto richiesto dalla stazione appaltante in relazione ai profili professionali ritenuti necessari, è idonea di per sé a determinare una ipotesi di anomalia, riflettendosi sulla possibilità di formulare adeguate offerte sotto il profilo economico incoerenti o incompatibili essendo i profili professionali di riferimento. Ha aggiunto la Sezione che nel caso di specie, l'appellante non ha dimostrato che, per il contenuto delle prestazioni oggetto di affidamento e per i livelli professionali richiesti agli operatori, vi fosse un unico (o solamente due) CCNL applicabile – tanto più che essa stessa, quale gestore uscente del servizio aveva applicato ai lavoratori tre diversi contratti collettivi – ma ha sostenuto che l'applicazione di diversi contratti collettivi ai lavoratori con le stesse mansioni e qualifiche sarebbe indizio di un'offerta inattendibile per le conseguenze che ne potrebbero venire in punto di contrasto tra i lavori e dunque sull'esecuzione del servizio.
Esula, però, dall'accertamento spettante al giudice amministrativo valutare se il diverso trattamento dei lavoratori, che l'appellante assume svolgere le medesime mansioni ed avere la stessa qualifica, siano consentite dalla normativa lavoristica o comportino invece una responsabilità a carico del datore di lavoro; si è infatti affermato, in relazione all'attuazione della clausola sociale, ma con argomenti di portata generale, che avendo la cognizione del giudice amministrativo ad oggetto esclusivamente la fase di scelta del contraente, essa si arresta necessariamente all'accertamento della legittimità dell'affidamento alla luce degli impegni assunti dall'operatore economico nei confronti dei lavoratori nella sua offerta; in che modo, poi, detti impegni siano attuati (*id est*, come siano state rispettate le clausole del bando) attiene, infatti, alla fase di esecuzione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro.

La sentenza della sez. III 30 dicembre 2020, n. 8537 si è soffermata sulla c.d. "offerta migliorativa" affermando che la regola che detta la relativa disciplina, prevista dall'art. 77, r.d. 23 maggio 1924, n. 827 (secondo cui "Quando nelle aste ad offerte segrete due o più concorrenti, presenti all'asta, facciano la stessa offerta ed essa sia accettabile, si procede nella medesima adunanza ad una licitazione fra essi soli, a partiti segreti o ad estinzione di candela vergine, secondo che lo creda più opportuno l'ufficiale incaricato. Colui che risulta migliore offerente è dichiarato aggiudicatario. Ove nessuno di coloro che fecero offerte uguali sia presente, o i presenti non vogliano migliorare l'offerta, ovvero nel caso in cui le offerte debbano essere contenute entro il limite di cui al secondo comma dell'art. 75 e all'ultimo comma dell'art. 76, la sorte decide chi debba essere l'aggiudicatario"), vige anche dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti e deve essere applicata nel rispetto della regola che primariamente governa le procedure aperte in quanto precipitato del principio di *par condicio*. Il citato art. 77, sia pur con riferimento alle "aste", detta una disciplina residuale destinata ad applicarsi nei rari casi in cui via sia un *ex aequo* del prezzo offerto, nelle gare al massimo ribasso. Siffatta disposizione è caratterizzata da un lessico non più in linea con l'attuale disciplina dei contratti pubblici passivi e comunque la stessa inevitabilmente risente della risalente disciplina generale dei contratti in cui essa contestualmente calata. Disciplina ben lontana dalle garanzie procedurali che contraddistinguono l'odierna procedura di evidenza pubblica; detta una

regola residuale utile a colmare una lacuna del codice appalti in ordine ad un'evenienza possibile per quanto rara; regola che ben può considerarsi rispondente ai principi costituzionali ed eurounitari di imparzialità, buon andamento e concorrenza, nella misura in cui, imponendo agli offerenti *ex aequo*, un esperimento migliorativo prima del sorteggio, coniuga il principio di concorrenza con quello dell'oculato utilizzo delle risorse pubbliche.

In materia di calcolo delle offerte da accantonare nel c.d. taglio delle ali il C.g.a., con sentenza 23 dicembre 2020, n. 1177 ha affermato che le offerte con identico ribasso poste all'interno delle ali devono, ai fini dell'accantonamento prodromico al calcolo della media, essere considerare secondo la regola del blocco unitario di cui all'art. 97, d.lgs. n. 50 del 2016.
Ha ricordato il C.g.a. che il tema se nell'effettuare l'accantonamento delle ali - propedeutico al calcolo delle medie e alla determinazione della soglia di anomalia - l'Amministrazione sia tenuta a considerare come unica offerta solo le offerte con uguale ribasso a cavallo delle ali ovvero anche le offerte con uguale ribasso all'interno delle ali si è posta, a livello nazionale, nella vigenza dell'art. 86, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 121, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010.
Detta questione è stata risolta dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (19 settembre 2017, n. 5), che ha aderito al prevalente orientamento secondo cui le offerte di identico ammontare debbono essere accantonate sia nel caso in cui si collochino al margine delle ali che all'interno delle ali (c.d. blocco unitario). Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, benché l'iniziale formulazione letterale dell'art. 97 non fosse identica al previgente combinato disposto di cui all'art. 86, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 e all'art. 121, d.P.R. n. 207 del 2010, la giurisprudenza si è attestata nel ritenere che il principio del c.d. blocco unitario continuasse a trovare applicazione anche nel vigore del codice del 2016, avendo la nuova norma contenuto e ratio del tutto analoghi a quella precedente, sì da non giustificare, in assenza di norma di inequivoco tenore diverso, il ricorso al diverso criterio c.d. assoluto. Successivamente, in seguito alle modifiche intervenute a opera dell'art. 1, comma 20, lett. u), n. 3), d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55 (vigenti *ratione temporis* in base al successivo comma 21), è superata la constatazione dell'Adunanza plenaria (19 settembre 2017, n. 5) circa la diversità di disciplina fra "vecchio" e "nuovo" Codice dei contratti pubblici. In base al vigente art. 97, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016 quando, nell'effettuare il calcolo delle offerte da includere nel taglio delle ali, "siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare", con formulazione analoga a quella contenuta nell'art. 121, d.P.R. n. 207 del 2011, sul quale si è pronunciata l'Adunanza plenaria con la sentenza sopra richiamata del 2017. La mancanza di una restrizione esplicita della fattispecie, riferita genericamente alle "una o più offerte di eguale valore", e la locuzione "da accantonare" - diversamente da "accantonate", che imporrebbe di considerare un elenco già dato di offerte ordinate per valore percentuale, rispetto al quale alla sola estremità potrebbe trovarsi un'offerta identica - manifestano l'intenzione del legislatore di adottare il c.d. blocco unitario per

le offerte con identico ribasso sia poste a cavallo delle ali, sia all'interno delle ali. Non depone in senso contrario la circostanza che l'art. 97, comma 2, lett. a), faccia riferimento a "tutte le offerte ammesse" in quanto l'espressione è riferite alla successiva fase della verifica di anomalia del calcolo della media aritmetica dei ribassi non alla fase dell'accantonamento, oggetto della presente controversia.

Con riferimento al criterio di aggiudicazione della gara del "minor prezzo", la sez. V, con sentenza 19 novembre 2020, n. 7182, ha chiarito che è legittimo il ricorso a tale criterio, ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b), del Codice dei contratti pubblici, in deroga alla generale preferenza accordata al criterio di aggiudicazione costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa, si giustifica in relazione all'affidamento di forniture o di servizi che siano, per loro natura, strettamente vincolati a precisi e inderogabili standard tecnici o contrattuali ovvero caratterizzati da elevata ripetitività e per i quali non vi sia quindi alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate.
A loro volta, le linee guida Anac n. 2 del 2016 e aggiornate nel 2018, chiariscono che: i "servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato" sono quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali; "i servizi e le forniture caratterizzati da elevata ripetitività soddisfano esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale operatività delle stazioni appaltanti, richiedendo approvvigionamenti frequenti al fine di assicurare la continuità della prestazione"; i benefici del confronto concorrenziale basato sul miglior rapporto qualità e prezzo in tali casi "sono nulli o ridotti"; tale ipotesi si rinviene anche laddove la stazione appaltante vanti "una lunga esperienza nell'acquisto di servizi o forniture a causa della ripetitività degli stessi".
Infine, sempre per le linee guida Anac n. 2, l'adeguata motivazione del ricorso al criterio richiesta dall'art. 95, comma 5, del Codice dei contratti pubblici è finalizzata a evidenziare il ricorrere degli elementi alla base della scelta dello stesso e altresì a dimostrare "che attraverso il ricorso al minor prezzo non sia stato avvantaggiato un particolare fornitore, poiché ad esempio si sono considerate come standardizzate le caratteristiche del prodotto offerto dal singolo fornitore e non dall'insieme delle imprese presenti sul mercato".

19.18. Clausola sociale nelle gare di appalto.
Ha affermato la sez. V nella sentenza 2 novembre 2020, n. 6761 che nelle gare di appalto, il regime della clausola sociale richiede un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale, ed anche europeo; ci si riferisce da un lato al rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost, ma anche dall'art. 16 della Carta di Nizza, che riconosce 'la libertà di impresa', conformemente alle legislazioni nazionali; dall'altro lato, in primo luogo al diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Cost, e dall'art. 15 della Carta di Nizza, di analogo contenuto.

La clausola sociale va formulata e intesa in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario, anche perché solo in questi termini la clausola sociale è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va contemperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto.

Il tema delle modalità di attuazione della clausola sociale è stato peraltro affrontato dal Consiglio di Stato in sede consultiva, con il parere già citato reso sulle Linee guida dell'Anac relative all'applicazione dell'art. 50, d.lgs. n. 50 del 2016 (Linee guida n. 13, poi approvate con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019). Al riguardo è stata posta in risalto in particolare l'opportunità di prevedere un "vero e proprio 'piano di compatibilità' o 'progetto di assorbimento', nel senso che [l'offerta] debba illustrare in qual modo concretamente l'offerente, ove aggiudicatario, intenda rispettare la clausola sociale"; il che confluirebbe nella formulazione di "una vera e propria proposta contrattuale […] che contenga gli elementi essenziali del nuovo rapporto in termini di trattamento economico e inquadramento, unitamente all'indicazione di un termine per l'accettazione", con conseguente possibilità per il lavoratore di "previa individuazione degli elementi essenziali del contratto di lavoro" (Cons. Stato, comm. spec., 21 novembre 2018, n. 2703).

Allo stesso modo, la stazione appaltante potrebbe valutare se "inserire tra i criteri di valutazione dell'offerta quello relativo alla valutazione del piano di compatibilità, assegnando tendenzialmente un punteggio maggiore, per tale profilo, all'offerta che maggiormente realizzi i fini cui la clausola tende". Da ciò si ricava chiara conferma che è rimessa al concorrente la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola, incluso l'inquadramento da attribuire al lavoratore, spettando allo stesso operatore formulare eventuale "proposta contrattuale" al riguardo, anche attraverso il c.d. "progetto di assorbimento", effettivamente introdotto dall'art. 3, ultimo comma, delle Linee guida Anac n. 13; il che vale a escludere che dalla clausola sociale possa derivare sic et simpliciter un obbligo in capo al concorrente d'inquadrare il lavoratore con lo stesso livello d'anzianità già posseduto.

La clausola non comporta alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l'imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo"; di guisa che "l'obbligo di garantire ai lavoratori già impiegati le medesime condizioni contrattuali ed economiche non è assoluto né automatico. Per tali ragioni va escluso che la clausola sociale possa implicare la necessaria conservazione dell'inquadramento e dell'anzianità del lavoratore assorbito dall'impresa aggiudicataria.

Va peraltro rilevato, sotto altro profilo, che l'aspetto inerente al modo con cui l'imprenditore subentrante dia seguito all'impegno assunto con la stazione appaltante di riassorbire i lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario (*id est*, come abbia rispettato la clausola sociale) attiene alla fase di esecuzione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro (Linee guida Anac n. 13, che all'art. 5 prevedono: "L'inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l'applicazione dei rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto. Nello schema di contratto le stazioni appaltanti inseriscono clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravità della violazione. Ove ne ricorrano i presupposti, applicano l'art. 108, comma 3, del Codice dei contratti pubblici"). Per contro non vale il richiamare il precedente della Sezione che ha escluso che l'estensione della libertà imprenditoriale possa spingersi sino al punto di vanificare le sottostanti esigenze di tutela dei lavoratori sotto il profilo del mantenimento delle condizioni economiche e contrattuali vigenti, pena la legittimazione di politiche aziendali di dumping sociale in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro.

Con sentenza 7 febbraio 2020, n. 973 la sez. V ha giudicato legittima la disposizione della *lex specialis* di gara concernente l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale su gomma contenente la c.d. clausola sociale, che obbliga il concorrente ad assumere tutti i dipendenti, con la sola eccezione dei dirigenti, della precedente gestione, indifferentemente rispetto alle sue esigenze organizzative e gestionali.
La Sezione ha dato preliminarmente atto di come l'art. 48, comma 7, lett. e), d.l. n. 50 del 2017 (che richiama la direttiva 2001/23/CE, avente ad oggetto il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese) riconosca all'Autorità di regolazione dei trasporti il potere di dettare regole generali in materia di "previsione nei bandi di gara del trasferimento senza soluzione di continuità di tutto il personale dipendente dal gestore uscente al subentrante con l'esclusione dei dirigenti, applicando in ogni caso al personale il contratto collettivo nazionale di settore e il contratto di secondo livello o territoriale applicato dal gestore uscente, nel rispetto delle garanzie minime".
Nel particolare settore del trasporto pubblico la normativa è dunque nel senso di ammettere una clausola sociale particolarmente forte, garantendo in caso di subentro il trasferimento di tutto il personale dipendente (tranne i dirigenti) dal gestore uscente al subentrante, con l'applicazione del CCNL di settore e del contratto di secondo livello applicato dal gestore uscente almeno per un anno dalla data di subentro.

20. Concessioni.
La sez. V, con sentenza 19 agosto 2020, n. 5097 ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questioni di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 41, comma 1, 3, comma 2, e 97, comma 2, Cost., dell'art. 1, comma 1, lett. iii), l. 28 gennaio 2016, n. 11, e dell'art. 177, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui stabiliscono l'obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici,

non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione Europea, di affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale e per la salvaguardia delle professionalità, prevendo che la restante parte possa essere realizzata da società *in house* di cui all'art. 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

Ha chiarito la Sezione che l'obbligo di dismissione totalitaria previsto dalle disposizioni di legge censurate, ancorché finalizzato a sanare l'originaria violazione dei principi comunitari di libera concorrenza consumatasi in occasione dell'affidamento senza gara della concessione, si traduce per un verso in un impedimento assoluto e definitivo di proseguire l'attività economica privata, comunque intrapresa ed esercitata in base ad un titolo amministrativo legittimo sul piano interno, secondo le disposizioni di legge all'epoca vigenti; e per altro verso va a snaturare il ruolo del privato concessionario, ridotto ad articolazione operativa degli enti concedenti, rispetto alla sua funzione di soggetto proposto dall'amministrazione all'esercizio di attività di interesse pubblico.

Nel perseguimento di legittimi obiettivi riconducibili ad imperativi di matrice euro-unitaria il legislatore sembra così avere totalmente pretermesso le contrapposte esigenze di tutela della libertà di impresa ai sensi dell'art. 41 Cost. e di mantenimento della funzionalità complessiva della concessione, altre volte invece considerate in funzione limitatrice degli obblighi di dismissione a carico del concessionario senza gara (si rinvia ai sopra citati artt. 146 e 253, comma 25, del previgente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006).

Le considerazioni ora svolte inducono a ritenere non manifestamente infondate le questioni di costituzionalità degli artt. 1, comma 1, lett. iii), della legge delega e 177, comma 1, del Codice dei contratti pubblici anche con riguardo all'art. 3, comma 2, Cost., sotto il profilo della ragionevolezza.

L'obbligo di dismissione totalitaria dei lavori, servizi e forniture relativi ad una concessione affidata senza gara sembra infatti eccedere i pur ampi limiti con cui la discrezionalità legislativa può essere esercitata in riferimento al sovraordinato parametro di costituzionalità ora richiamato, a causa delle conseguenze sopra descritte. Al medesimo riguardo va aggiunto che rispetto all'integrale esecuzione della concessione è apprezzabile un affidamento del privato affidatario che non può essere ritenuto irragionevole o colpevole, tenuto conto della validità del titolo costitutivo all'epoca della sua formazione e dunque dell'inesistenza di cause – anche occulte – di contrarietà delle stesse all'ordinamento interno (cause che diversamente avrebbero potuto legittimare l'annullamento, la risoluzione o la riduzione della durata della concessione).

La scelta legislativa, pur legittimamente orientata a rimuovere rendite di posizione, non appare pertanto equilibrata rispetto alle contrapposte e altrettanto legittime aspettative dei concessionari di proseguire l'attività economica in corso di svolgimento, con l'inerente realizzazione degli equilibri economico – finanziari su cui erano stati pianificati i

relativi investimenti; e di mantenimento delle conoscenze strategiche, tecniche e tecnologiche acquisite e la professionalità acquisite, rilevanti anche sotto il profilo dell'interesse pubblico.
Ancora sotto il profilo della ragionevolezza può essere evidenziato il fatto che l'obbligo di dismissione di cui si discute riguarda indistintamente i concessionari titolari di affidamento senza gara, indipendentemente dalla effettiva dimensione della struttura imprenditoriale che gestisce la concessione, dall'oggetto e dall'importanza del settore strategico cui si riferisce la concessione, oltre che dal suo valore economico e dal fatto che il contratto di concessione fosse ancora in vigore al momento dell'entrata in vigore dell'art. 177, d.lgs. n. 50 del 2016, ovvero se la concessione fosse scaduta e che versasse in una situazione di proroga, di fatto o meno.
Per le medesime considerazioni le questioni di legittimità costituzionale appaiono non manifestamente infondate in relazione all'art. 97, comma 2, Cost., dal momento che le concessioni cui si riferisce l'obbligo di dismissione totalitaria concernono servizi pubblici essenziali, evidentemente rispondenti a bisogni fondamentali della collettività ed affidati a concessionari privati per l'incapacità strutturale delle amministrazioni pubbliche di gestirli in modo efficiente ed efficace. Ciò posto la norma delegante e delegata non risultano contenere alcuna considerazione circa gli effetti di tale obbligo di dismissione sull'efficiente svolgimento di tali servizi pubblici essenziali e sulle possibili ricadute sull'utenza.

Il C.g.a., con sentenza 16 ottobre 2020, n. 935 si è soffermato sulla natura della concessione di pubblico servizio e sul conseguente riparto di giurisdizione.
Ha premesso che il provvedimento concessorio è un provvedimento amministrativo posto che, come tutti i provvedimenti amministrativi, costituisce il risultato del bilanciamento fra gli interessi coinvolti, fra i quali si rinvengono gli interessi pubblici sottesi alla riserva o comunque alla necessità di assumere l'erogazione del servizio, e si connota per il fatto che attribuisce al privato prerogative che, nell'ordinamento generale, sono proprie soltanto del soggetto pubblico, essendo il portato della posizione di autorità che lo connota, e nel contempo esclude altri da quella posizione.
Il connubio che, a seguito della concessione, si instaura fra soggetto pubblico e privato è tale da coinvolgere quest'ultimo nel programma pubblico facendolo partecipe della posizione, a volte anche autoritativa, che lo connota e comunque utilizzando proprio quella posizione per implicarlo.
La concessione, pertanto, instaura un rapporto di diritto pubblico fra Amministrazione concedente e concessionario, che rivestono (la prima) una posizione autoritativa che si compendia in una situazione di interesse legittimo (del secondo). Tale rapporto si connota anche di profili patrimoniali, che sono regolati nell'ambito della convenzione stipulata fra i due enti. Per lungo tempo si è parlato di concessioni-contratto. La suddetta connotazione, e quindi la sottostante riserva, da intendersi nel senso sopra delineato, costituisce anche il limite dell'istituto di diritto pubblico, nel senso che, in mancanza dei suddetti requisiti, si è al di fuori della categoria pubblicistica della concessione amministrativa. In tale prospettiva la concessione, dal punto di vista dell'ordinamento italiano,

non esaurisce la sua funzione pubblica nel momento in cui, attraverso il provvedimento amministrativo, a seguito di una procedura, viene individuato il concessionario e affidato al medesimo il servizio. Essa, infatti, affondando le proprie radici in una riserva di amministrazione (quindi in un settore di interesse pubblico) è tesa alla regolamentazione e al controllo dell'esercizio della prerogativa concessa. La sua missione pubblicistica è proprio quella di garantire l'implementazione di quella prerogativa e, nel caso di concessione di servizio pubblico, l'esercizio del servizio. Non fa venir meno la connotazione pubblicistica del rapporto concessorio, quando essa è presente nei termini sopra delineati, la circostanza che debba applicarsi la procedura a evidenza pubblica per addivenire alla scelta del concessionario.

I contratti a evidenza pubblica, infatti, sono una categoria procedimentale, che dal punto di vista sostanziale può essere applicata a contratti diversi, ordinari, speciali e a oggetto pubblico.

L'aspetto procedimentale, e l'imposizione di regole che garantiscano concorrenza fra gli aspiranti, trova il proprio ancoraggio, nell'ambito dell'ordinamento italiano, nel principio di uguaglianza e di libertà economica e, nell'ambito del diritto UE, nei principi del mercato comune e di libera prestazione dei servizi, oltre che nelle direttive di settore (direttiva 89/440/CEE; direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e direttive n. 2014/23, 2014/24 e 2014/25/UE, attuate con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

L'imposizione di regole procedimentali ai fini della stipulazione della concessione (di servizi) trova storicamente e sistematicamente la propria ragion d'essere nella distinzione che intercorre rispetto al contratto d'appalto. Quest'ultimo è un contratto di diritto civile, con annessi alcuni elementi di specialità. Esso è disciplinato da norme di diritto pubblico quanto alla scelta del contraente al fine di garantire quella concorrenza per il mercato di ascendenza eurounitaria.

In tale prospettiva la fase pubblicistica si esaurisce nella procedura di aggiudicazione, cioè nella gara di scelta del contraente. Ciò in quanto le norme di diritto pubblico sono volte a garantire l'uguaglianza (concorrenziale) fra gli aspiranti al contratto in ragione della rilevanza della risorsa pubblica nella creazione del mercato unico e anche quale strumento di superamento dei cicli economici avversi.

L'oggetto del contratto che si va a stipulare infatti non viene regolamentato dal diritto eurounitario se non per alcune norme di esecuzione, volte principalmente a declinare in maniera uniforme il rapporto esecutivo nell'ambito degli Stati membri, spesso declinazione di tipiche facoltà civilistiche.

Nell'impostazione dell'Unione europea è stato importante distinguere l'appalto dalla concessione, rispetto alla quale mancava in origine una regolamentazione della disciplina procedimentale e per la quale anche oggi è prevista una regolamentazione in parte differente.

La diversità fra appalto e concessione è stata individuata ed è individuata, nell'ottica di un ordinamento, quello dell'UE, fortemente improntato, specie all'inizio, all'implementazione delle libertà economiche nel mercato comune, nella diversa allocazione dei rischi. Nel senso che vi è concessione, nell'ottica europea, allorquando il concessionario

assume su di sé il rischio operativo che controbilancia la posizione particolare che esso assume in seguito all'ottenimento della concessione.
Nondimeno la distanza tra le figure dell'appalto e della concessione, nella prospettiva del diritto europeo, si è andata riducendo. Tale riduzione della distanza si misura peraltro soprattutto in relazione all'oggetto specifico della disciplina UE, cioè la fase della gara, che, per entrambi gli istituti, diventa la ragione prima dell'imposizione di regole imperative (di diritto pubblico, per differenza rispetto alla libertà precontrattuale di stampo privatistico, e quale portato della scarsità e rilevanza della risorsa pubblica nel mercato unico europeo) per la scelta del contraente.
Tale circostanza si specchia in una previsione di giurisdizione esclusiva limitata alla fase procedurale dell'affidamento, in sintonia con la funzione della regolamentazione, concentrata, come si è detto, sulla gara, e estesa, solo in minima parte, anche alla fase esecutiva.
L'istituto della concessione, così come concepito e costruito nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, non soffre smentita da parte del diritto UE, che si pone nella diversa ottica di garantire, nella fase precontrattuale, la concorrenza fra gli operatori e, nella fase esecutiva, le posizioni, specie economiche, dei contraenti.
Ciò non esclude che il rapporto che integra la fattispecie concessoria di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 possa rivestire i connotati dell'istituto pubblicistico italiano, con le relative conseguenze nella regolamentazione della fase esecutiva. Del resto, lo stesso legislatore Ue non sembra ignorare la funzione pubblicistica che può svolgere la concessione allorquando si preoccupa di assicurare l'equilibrio economico finanziario del concessionario nel corso del tempo attraverso il PEF, che consente all'Amministrazione di valutare la sostenibilità dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione.
Potrebbe peraltro anche verificarsi il contrario, cioè che un rapporto contrattuale che si qualifica, sulla base del trasferimento del rischio operativo, in termini di concessione per le finalità del d.lgs. n. 50 del 2016, e quindi nella prospettiva del diritto UE, non assuma i connotati dell'istituto pubblicistico italiano.
Ha ancora chiarito il C.g.a. che a fronte della duplice prospettiva nella quale può interpretarsi la fattispecie della concessione la regola processuale relativa all'ampiezza della giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. si riferisce, proprio in ragione della sopra illustrata *ratio* dell'istituto concessorio di diritto pubblico, che comprende la fase esecutiva, a quell'istituto laddove la disciplina della concessione di servizi di derivazione UE esaurisce la propria missione nella procedura di aggiudicazione, non meritando quindi di essere ricompreso nella giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. e rientrando così nel più limitato ambito di applicazione della successiva lett. e).
Nel caso all'esame del Consiglio di Giustizia per la Regione siciliana la qualificazione di "concessione di servizio pubblico" è stata effettuata in termini generali, basandola sul concetto di servizio pubblico, non sui parametri economici del rischio operativo che connotano la nozione di concessione di servizi pubblici di origine eurounitaria. Pertanto essa si sostanzia nell'attribuzione del connotato concessorio tipico della tradizione italiana. Quanto sopra potrebbe rivelarsi sufficiente a affermare la giurisdizione esclusiva

del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., che comprende tutta la fase esecutiva del rapporto, ad eccezione soltanto delle controversie di contenuto meramente patrimoniale, senza alcuna implicazione sul contenuto della concessione la estende. Del resto le ragioni dell'individuazione di materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si rinvengono nella difficoltà intrinseca di distinguere i due tipi di situazione giuridiche soggettive, diritti e interessi legittimi. Negli ambiti devoluti alla giurisdizione esclusiva, pertanto, non ponendosi in discussione la diversità di relazioni intercorrenti tra singolo e amministrazione che interesse legittimo e diritto soggettivo esprimono si prescinde, quanto meno ai fini di individuare il giudice dotato di giurisdizione, dall'indagine sulla natura degli atti che le fronteggiano.
L'introduzione della giurisdizione esclusiva risale, infatti, al r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840 – nel quale furono inserite anche normative più antiche e successivamente venne trasfuso nel testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con il r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 – e riguardava originariamente, in modo particolare, le controversie di pubblico impiego, settore in cui venivano in rilievo "figure" nelle quali tali situazioni giuridiche apparivano così connesse e di tanta incerta qualificazione da rendere difficile identificarne la natura . Il legislatore dell'epoca decise, pertanto, di attribuire in blocco al giudice amministrativo tutte le controversie ricadenti in tale ambito, incluse quelle, quali quelle relative all'adempimento delle obbligazioni patrimoniali del datore di lavoro, che, secondo la regola del riparto fondata sulle situazioni soggettive del richiedente giustizia, sarebbero rientrate nella giurisdizione del giudice ordinario. Le materie devolute alla giurisdizione esclusiva si caratterizzano, quindi, per la compresenza di interessi legittimi e diritti soggettivi strettamente connessi tra loro, cioè per "la inscindibilità delle questioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, e per la prevalenza delle prime" (Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204). E, anzi, la compatibilità costituzionale delle norme di legge devolutive di controversie alla detta giurisdizione richiede proprio che vi siano coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse (Corte cost. 15 luglio 2016, n. 179). Ciò in quanto i poteri che connotano l'autorità amministrativa possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia mediante comportamenti, così interagendo con variegate e sovrapponibili situazioni giuridiche soggettive.
Ne deriva che non è la natura dell'atto a delimitare l'ambito della giurisdizione esclusiva, appunto in quanto essa si configura anche rispetto ad atti paritetici, ma la circostanza che l'Amministrazione spenda un potere pubblico.
La giurisprudenza della Corte costituzionale, che si è misurata in particolare con l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in vasti settori dell'agire pubblico a opera degli artt. 33 e ss., d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituiti dall'art. 7, l. 21 luglio 2000, n. 205, identifica, infatti, i criteri che legittimano tale giurisdizione in riferimento esclusivo alle materie prescelte dal legislatore e all'esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, di un potere pubblico (Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191), così escludendo i "meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio" (Corte cost. 15 luglio 2016, n. 179).

Ha aggiunto il C.g.a. che l'orientamento in base al quale la giurisdizione amministrativa esclusiva riguarda tendenzialmente tutta la fase esecutiva del rapporto sarebbe stato, infatti, "superato" secondo quanto argomentato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con ordinanza 8 luglio 2019, n. 18267.
La giurisprudenza più recente ha ripartito la giurisdizione sulle controversie relative alla fase esecutiva di una concessione di servizio nel senso di attribuirla al giudice ordinario quando hanno a oggetto l'adempimento e la correlata determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, nonché la valutazione "in via incidentale, [del]la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione del corrispettivo" e al giudice amministrativo nei casi in cui l'amministrazione, successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenga con atti autoritativi incidenti direttamente sulla procedura di affidamento, mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio, o comunque adotti atti autoritativi in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. n. 241 del 1990, oltre che nei casi previsti dalla legge (Cass. civ., ss. uu., 8 luglio 2019, n. 18267 e 18 dicembre 2018, n. 32728). Ciò in quanto il potere autoritativo "non è ravvisabile in linea di principio quando, esaurita la fase pubblicistica della scelta del concessionario, sia sorto il "vincolo" contrattuale e siano in contestazione la delimitazione del contenuto del rapporto, gli adempimenti delle obbligazioni contrattuali e i relativi effetti sul piano del rapporto, salvo che l'amministrazione intervenga con atti autoritativi che incidono direttamente, seppure successivamente all'aggiudicazione, sulla procedura di affidamento mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio o comunque nella fase esecutiva mediante altri poteri riconosciuti dalla legge" (Cass. civ., ss. uu., 8 luglio 2019, n. 18267 e 18 dicembre 2018, n. 32728).
Anche la giurisprudenza amministrativa è orientata nel senso che la giurisdizione del giudice ordinario è ancorata alle questioni inerenti l'adempimento e l'inadempimento della concessione stessa, nonché alle conseguenze risarcitorie, relativi ai rapporti paritetici, ferma restando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei casi in cui l'amministrazione eserciti poteri autoritativi tipizzati dalla legge (Cons. St., sez. V, 9 aprile 2020, n. 2348, emessa proprio in materia di giurisdizione sulla determina di un Ente territoriale di risoluzione per grave inadempimento di un contratto di affidamento del servizio di gestione parcheggi).
Si tratta quindi di esaminare il caso di specie al fine di valutare se i provvedimenti impugnati costituiscano esercizio di pubblico potere nel senso di cui alla giurisprudenza della Corte costituzionale ("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", Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204).
Il C.g.a. ha ritenuto che, al di là della specifica definizione del potere esercitato (che attiene alla successiva fase di merito) l'Amministrazione abbia fatto uso di potere autoritativo, che si giustifica ed è finalizzato ad assicurare la continuità nell'espletamento del servizio pubblico e quindi del pubblico interesse, con la conseguenza che non vi sono motivi per ritenere che non operi l'ipotesi di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. Infatti, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, possono residuare in capo all'autorità procedente poteri pubblici riferibili, tra l'altro, a

specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva (Corte cost. n. 43 del 2011), in relazione ai quali è prevista la giurisdizione esclusiva, a norma dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., sempre che detti poteri (in particolare, di autotutela) siano tipizzati dalla legge nazionale in senso compatibile con la legislazione eurounitaria.
Del resto la giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di specificare, in relazione alla diversa fattispecie di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a., che non contempla la fase esecutiva del rapporto, che la risoluzione anticipata del contratto disposta autoritativamente è di competenza del giudice ordinario solo se incide su un rapporto di natura privatistica in cui le parti sono in condizione di parità, come nel caso dell'inadempimento delle obbligazioni poste a carico dell'appaltatore, non implicando l'esercizio di poteri discrezionali dell'Amministrazione (Cass. civ., ss. uu., 10 gennaio 2019, n. 489). Invece, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo allorché, come nella fattispecie, venga esercitato un potere autoritativo di risoluzione contrattuale che implichi o valutazioni di carattere discrezionale circa la convenienza per l'Amministrazione di proseguire nel rapporto già in essere, o la rilevazione in autotutela dell'esistenza di una causa di nullità dell'aggiudicazione, anche successivamente alla stipula del contratto.

La sez. VI, con sentenza 12 maggio 2020, n. 2984 ha affermato che laddove la legge di gara richieda che il personale impiegato per lo svolgimento della concessione di un servizio debba essere provvisto di adeguata qualificazione professionale e regolarmente inquadrato nei livelli professionali previsti dal CCNL di riferimento, non è ammissibile il ricorso allo strumento dell'apprendistato, quale contratto a causa mista finalizzato al conseguimento di una qualificazione professionale attraverso la formazione sul lavoro, in termini di acquisizione di competenze di base, trasversali e tecnico-professionali. In tale ambito, infatti, il datore di lavoro è obbligato ad impartire un addestramento necessario a far conseguire all'apprendista la relativa qualifica professionale; tale contratto a causa mista, di formazione e lavoro, assume rilievo solo se l'aspetto formativo si sia effettivamente realizzato; ai fini di gara ciò rileva anche ai fini della verifica di sostenibilità dell'offerta, in quanto le retribuzioni sono quelle dovute al personale dotato di adeguata qualificazione, ed ai fini degli oneri di riassunzione.
Ha chiarito la Sezione che il contratto di apprendistato si configura come rapporto di lavoro a tempo indeterminato a struttura bifasica, nel quale la prima fase è contraddistinta da una causa mista (al normale scambio tra prestazione di lavoro e retribuzione si aggiunge l'elemento specializzante costituito dallo scambio tra attività lavorativa e formazione professionale), mentre, la seconda, soltanto residuale, perché condizionata al mancato recesso *ex* art. 2118 c.c., vede la trasformazione del rapporto in tipico rapporto di lavoro subordinato. Ne consegue che, in caso di licenziamento intervenuto nel corso del periodo di formazione, è inapplicabile la disciplina relativa al licenziamento *ante tempus* nel rapporto di lavoro a tempo determinato. Il contratto di apprendistato professionalizzante è finalizzato al conseguimento di una qualificazione professionale attraverso la formazione sul lavoro, in termini di acquisizione di competenze di base, trasversali e tecnico-professionali ed il datore di lavoro è obbligato ad impartire un addestramento

necessario a far conseguire all'apprendista la relativa qualifica professionale; tale contratto è a causa mista, di formazione e lavoro che assume rilievo solo se l'aspetto formativo si sia effettivamente realizzato.
Inoltre, la stessa modalità di svolgimento del rapporto di apprendistato si differenzia da quella ordinaria sotto diversi profili concreti, come a titolo esemplificativo attraverso l'onere della compresenza di un tutore nell'ordinario svolgimento dell'attività lavorativa. Ciò trova conferma dall'analisi del vigente CCNL in materia che, in relazione ad uno specifico livello (VI super) esclude il ricorso all'apprendistato. A fronte di tali peculiarità del contratto di apprendistato non può pertanto ritenersi garantita la necessaria ed adeguata qualificazione professionale, richiesta dalla *lex specialis*. Le peculiarità dell'apprendistato trovano conferma nel particolare regime di favore economico, evidenziato da risparmi rilevanti per l'impresa, sia in termini di retribuzione sia soprattutto in sede contributiva (dove il risparmio ammonta ordinariamente al 20 per cento della retribuzione). Un tale regime di favore si ricollega direttamente alla funzione formativa del contratto, sopra ricordata.

21. Cooperative di produzione e lavoro.
Con ordinanza 20 ottobre 2020, n. 6358 la sez. III ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata – per violazione degli artt. 45 (principio di mutualità), 3 (principio di uguaglianza), 41 (principio di libertà della iniziativa economica) e 76 (eccesso di delega legislativa) Cost. - la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 2, lett. e), d.lgs. n. 276 del 2003, nella parte in cui prevede che le cooperative di produzione e lavoro per poter esercitare l'attività di somministrazione di lavoro devono soddisfare, oltre ai requisiti indicati al comma 1 e al comma 2 del predetto art. 5, anche quello concernente la presenza, come socio sovventore/finanziatore, di almeno un fondo mutualistico per la promozione e lo sviluppo della cooperazione, di cui agli artt. 11 e 12, l. 31 gennaio 1992, n. 59 e s.m.i..
Ha chiarito la Sezione che imposizione dell'obbligo di assumere una forma che preveda la necessaria compresenza di soci cooperatori e soci sovventori, introdotta dall'art. 5, comma 2, lett. e), d.lgs. n. 276 del 2003, impone alle società cooperativa (in particolare a quelle attive nel settore della somministrazione di lavoro) un assetto costitutivo non compatibile con lo spirito mutualistico e, quindi, violativo dell'art. 45 Cost., in quanto implicante, tra i contenuti essenziali e vincolati del contratto associativo, la presenza di una figura (quella del socio sovventore) rispondente ad una logica antitetica a quella del socio cooperatore.
Come noto, lo scopo mutualistico differenzia l'impresa cooperativa dall'impresa privata avente scopo di lucro ed implica che la partecipazione del socio cooperatore sia motivata dalla sola finalità di consentirgli di conseguire beni e servizi (socio consumatore), ovvero occasioni di lavoro (socio lavoratore) a condizioni più favorevoli di quelle vigenti nel libero mercato.
Anche ai diversi fini dell'attribuzione di taluni benefici fiscali le cooperative devono svolgere la loro attività prevalentemente in favore dei soci o comunque avvalersi, nello svolgimento dell'attività, delle prevalenti prestazioni lavorative dei soci; ed il carattere di

mutualità si riscontra finanche nella particolare organizzazione dell'impresa cooperativa, la cui *governance* è ispirata al criterio della assoluta equipollenza di tutti i soci (principio "una testa un voto").
L'investitore non trova, dunque, in ambito cooperativo un contesto favorevole al conseguimento dei suoi obiettivi speculativi, che sono orientati, a contrario, alla redditività dell'investimento (in termini di dividendi e patrimonializzazione della partecipazione) e alla possibilità di influire sui destini societari (in proporzione al numero di azioni detenute).
Il sospetto - ingenerato dalla introduzione, ad opera della l. n. 59 del 1992, della figura del socio sovventore - che la causa sociale della cooperativa fosse diventata mista, cioè mutualistica e lucrativa ad un tempo, è stato fugato proprio dalla considerazione che la presenza del socio sovventore era prevista come meramente eventuale e non necessaria. Detta condizione limite è, appunto, saltata nell'assetto legislativo del 2003.
La prescrizione introdotta dall'art. 5, comma 2, lett. e), d.lgs. n. 276 del 2003, oltre ad apportare una significativa forzatura nel modello generale della struttura societaria cooperativa, non pare adeguatamente giustificabile neppure alla luce delle finalità di realizzazione degli scopi della cd. "mutualità esterna" o "di sistema" introiettate nel sistema dalla legge del 1992.
Con questa espressione si fa riferimento ad un fenomeno di dilatazione dello scopo sociale mutualistico verso finalità solidaristiche di carattere più generale, al quale sono funzionali tanto la contribuzione annuale obbligatoria quanto la devoluzione finale del patrimonio residuo, di cui all'art. 11, commi 4, 5 e 6, l. n. 59 del 1992.
Attraverso l'intervento partecipativo dei fondi mutualistici ed il riverbero della contribuzione a beneficio del mondo della cooperazione si intende favorire la nascita di nuove società e il rafforzamento di quelle esistenti, indi, più in generale, lo sviluppo e il miglioramento del sistema cooperativo del quale la singola cooperativa costituisce cellula produttiva e fattore propulsivo.
Ebbene, il rafforzamento solidaristico del 'sistema' della cooperazione *ex* art. 45 Cost. si realizza, nelle intenzioni del legislatore del 1992, non soltanto tramite un'ampia normativa di agevolazione e di sostegno, ma anche attraverso forme di finanziamento dall'interno del sistema stesso e ciò, appunto, tramite vincoli imposti alle singole cooperative per quanto riguarda la destinazione sia di una parte degli utili netti annuali – che nella percentuale stabilita dalla legge devono essere devoluti ai Fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione – sia di una parte del patrimonio per il quale è prevista la stessa sorte in caso di trasformazione e di scioglimento.
Il vincolo di destinazione di tali fondi è inoltre garantito dal fatto che l'oggetto sociale dei fondi mutualistici deve consistere esclusivamente nella promozione e nel finanziamento di nuove imprese o di iniziative di sviluppo della cooperazione.
E' cruciale osservare, tuttavia, ai fini della valutazione di non manifesta infondatezza qui condotta, che la legge del 1992 consente modalità alternative di assolvimento di tali fini di "mutualità esterna", in quanto prevede che la cooperativa non aderente alle associazioni riconosciute, o aderente ad associazioni che non abbiano costituito il fondo, possa

(senza aderire al fondo mutualistico) limitarsi ad effettuare il versamento in favore del fondo appositamente costituito presso il Ministero del Lavoro (art. 11 comma 6).
Analoga filosofia permea la previsione di cui all'art. 4, l. n. 59 del 1992 e la "possibilità", ivi riconosciuta alle società cooperative e ai loro consorzi, di prevedere a livello statutario la figura del socio sovventore così da aprirsi alla contribuzione e al finanziamento esterno.
Sotto un terzo profilo, la necessaria compresenza di soci cooperatori e soci sovventori (e, tramite questi, delle associazioni nazionali di rappresentanza e tutela del movimento cooperativo: v. infra) implica una alterazione delle regole della concorrenza e del mercato, in quanto rende cogente una forma necessaria per l'esercizio dell'impresa cooperativa in materia di somministrazione e intermediazione lavoro, anche laddove i requisiti economico-finanziari richiesti per l'iscrizione all'Albo risultino diversamente soddisfatti dalla società cooperativa.
La ricaduta di tale assetto sul piano dei principi è quella di una sospetta irragionevole compressione della libertà d'iniziativa economica in ambito cooperativo (art. 41 Cost.). Ed, invero, una volta superato (per effetto della riforma Biagi) il regime di monopolio pubblico nel settore del collocamento, l'attività d'intermediazione non sembra rivelare più alcuna specialità che possa giustificarne un trattamento differenziato e più restrittivo rispetto alle altre attività pure generalmente, e senza particolari limitazioni, esercitabili in forma cooperativa.
Onde operare nel settore è certamente opportuno che vengano richieste garanzie di serietà e di solidità finanziaria ed economica agli operatori, dunque anche alle società cooperative. Nondimeno, l'imposizione alle sole società cooperative dedite alla intermediazione lavoro, in aggiunta alle garanzie generalmente richieste a tutti gli altri operatori, della condizione aggiuntiva della necessaria partecipazione di un fondo mutualistico nella compagine sociale, appare frutto di una scelta priva di motivate ragioni ed implicante un'altrettanto immotivata restrizione della libertà d'iniziativa economica (artt. 3 e 45 Cost.).
Sotto un ulteriore ma correlato profilo, è lecito dubitare della legittimità della norma in relazione al parametro di cui all'art. 3 Cost., proprio con riguardo all'effetto scriminante da essa scaturente di rendere obbligatoria l'adesione della società cooperativa a un fondo mutualistico nel solo caso dello svolgimento di attività di somministrazione di lavoro.
Infine, non meno rilevante è la tematica dell'eccesso di delega (art. 76 Cost.).
In proposito occorre considerare che le disposizioni recate dall'art. 5, comma 2, lett. e), d.lgs. n. 276 del 2003, pur incidendo profondamente sui principi fondamentali ed essenziali del regime giuridico cooperativo, sono state emanate in attuazione di una delega concessa per dettare i "principi fondamentali in materia di disciplina dei servizi per l'impiego, con particolare riferimento al sistema del collocamento, pubblico e privato, e di somministrazione di manodopera" (art. 1, l. 14 febbraio 2003, n. 30).
Si può dunque ritenere che il mandato contenuto nella delega potesse consentire, in virtù dei criteri direttivi come in essa specificati, una rimodulazione del regime autorizzatorio in relazione alla natura giuridica dell'intermediario, non anche una rivisitazione e un'alterazione della stessa natura giuridica del soggetto intermediario.

Sotto il profilo dell'art. 76 Cost., rileva, dunque, come profilo di sospetta incostituzionalità, la circostanza che siano stati modificati principi generali e fondamentali del regime giuridico cooperativo, senza che tale possibilità fosse stata considerata come possibile oggetto della delega legislativa.

22. Società mista.

Con ordinanza 11 maggio 2020, n. 2929 la sez. V ha rimesso alla rimesse alla Corte di giustizia UE le questioni pregiudiziali: a) se sia conforme al diritto eurounitario ed alla corretta interpretazione dei considerando 14 e 32, nonché degli artt. 12 e 18 della Direttiva n. 24/2014/UE e 30 della direttiva n. 23/2014/UE, anche con riferimento all'art. 107 TFUE, che, ai fini della individuazione del limite minimo del 30% della partecipazione del socio privato ad una costituenda società mista pubblico – privata, limite ritenuto adeguato dal legislatore nazionale in attuazione dei principi eurounitari fissati in materia dalla giurisprudenza comunitaria, debba tenersi conto esclusivamente della composizione formale/cartolare del predetto socio ovvero se l'amministrazione che indice la gara possa – o anzi debba – tener conto della sua partecipazione indiretta nel socio privato concorrente; b) in caso di soluzione positiva del precedente quesito se sia coerente e conforme con i principi eurounitari, ed in particolare con il principio di concorrenza, proporzionalità e adeguatezza, che l'amministrazione che indice la gara possa escludere dalla gara il socio privato concorrente, la cui effettiva partecipazione alla costituenda società mista pubblico privata, per effetto della accertata partecipazione pubblica diretta o indiretta, sia di fatto inferiore al 30%.

La controversia trae origine dalla gara, bandita da Roma Capitale, a doppio oggetto per la scelta del socio privato e per l'affidamento del servizio scolastico integrato di competenza di Roma Capitale a società per azioni mista pubblico – privata, fissando al 51% la partecipazione di Roma Capitale e al 49% quella del socio privato e stabilendo che a carico di quest'ultimo fosse posto l'intero rischio operativo.

Ha quindi ricordato la Sezione che la scelta di una Pubblica amministrazione di costituire una società mista pubblico - privata è tipica manifestazione della discrezionalità che la legge attribuisce alla stessa amministrazione per il raggiungimento degli interessi pubblici attribuiti alla sua tutela; la legittimità di tale scelta postula il perseguimento di finalità di interesse pubblico o generale una gara a doppio oggetto, la scelta del socio privato a mezzo di gara ad evidenza pubblica. Il socio privato deve essere operativo e non un mero socio di capitale, stante la specificità del ruolo che deve assumere nell'attuazione dell'oggetto sociale: del resto, il coinvolgimento del socio privato per il perseguimento di fini di interessi generali si giustifica proprio per la carenza in seno alla Amministrazione pubblica delle competenze necessarie di cui ha la disponibilità il socio privato.

La partecipazione del socio privato operativo deve essere adeguata, idonea cioè a rendere possibile l'attuazione dell'oggetto sociale; tale adeguatezza è stata fissata dal legislatore nazionale, proprio ai fini del rispetto dei principi eurounitari, nella soglia minima di partecipazione del 30%; con la conseguenza che una partecipazione inferiore a tale soglia, secondo la valutazione insindacabile e non irragionevole del legislatore, è di per sé

inidonea a rendere effettivamente conseguibile il perseguimento dell'oggetto sociale cioè lo scopo che giustifica la stessa costituzione della società mista pubblico - privata; la partecipazione pubblica alla società mista pubblico - privata non deve superare il 70%.
Sotto altro profilo deve osservarsi che la società mista pubblico - privata è destinata a svolgere servizi di interesse generale (*ex* art. 2, comma 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), in realtà un'attività di impresa, da erogare dietro corrispettivo e capace di produrre lucro.
Tuttavia al riguardo occorre (precisare e) distinguere lo scopo (di lucro) della società mista pubblico - privata da quello dall'Amministrazione pubblica che è indiscutibilmente pubblico, con la conseguenza che l'attività della società mista pubblico - privata ed i servizi che essa offre sono sottoposti a condizioni di accessibilità che un soggetto di natura esclusivamente privata riterrebbe non vantaggiose.
Il limite massimo del 70% della partecipazione pubblica alla società mista pubblico - private finisce in definitiva con l'individuare il punto oltre il quale l'attività della predetta società altererebbe la concorrenza sul mercato, poiché non solo renderebbe inappetibile quel determinato settore del mercato, ma consentirebbe al socio privato della società mista pubblico - privata di limitare eccessivamente (al di sotto del 30%) il rischio economico della partecipazione all'impresa stessa.

23. Ambiente.

23.1. Valutazione di impatto ambientale.

La sez. II (7 settembre 2020, n. 5379) ha chiarito che il procedimento di valutazione preliminare (c.d. *screening*) è volto a decidere l'assoggettamento o meno a valutazione di impatto ambientale (V.I.A.) di un determinato intervento. Si tratta di una fase preliminare, ma non necessariamente propedeutica alla valutazione di impatto ambientale, in quanto funzionale proprio ad evitarne l'attivazione, la cui disciplina procedurale è contenuta in dettaglio nell'art. 20, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente).
Il Codice dell'ambiente, dopo aver tracciato nel Titolo I della Parte II le linee generali e definitorie degli istituti della V.I.A., della V.A.S. (valutazione ambientale strategica) e della autorizzazione integrata ambientale (A.I.A.), ne descrive analiticamente il procedimento nelle disposizioni successive.
La V.I.A. è configurata come procedura amministrativa di supporto per l'autorità competente finalizzata ad individuare, descrivere e valutare gli impatti ambientali di un'opera, il cui progetto è sottoposto ad approvazione o autorizzazione. In altri termini, trattasi di un procedimento di valutazione *ex ante* degli effetti prodotti sull'ambiente da determinati interventi progettuali, il cui obiettivo è proteggere la salute umana, migliorare la qualità della vita, provvedere al mantenimento delle specie, conservare la capacità di riproduzione dell'ecosistema, promuovere uno sviluppo economico sostenibile (art. 3, direttiva n. 85/337/CEE e successive modifiche apportate dalla direttiva n. 97/11/CE). Essa mira a stabilire, e conseguentemente governare in termini di soluzioni più idonee al perseguimento di ridetti obiettivi di salvaguardia, gli effetti sull'ambiente di determinate progettualità. Tali effetti, comunemente sussumibili nel concetto di "impatto ambientale", si identificano nella alterazione "qualitativa e/o quantitativa, diretta ed indiretta, a breve e a lungo termine, permanente e temporanea, singola e cumulativa,

positiva e negativa" che viene a prodursi sull'ambiente, laddove quest'ultimo a sua volta è identificato in un ampio contenitore, costituito dal "sistema di relazioni fra i fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici, in conseguenza dell'attuazione sul territorio di piani o programmi o di progetti nelle diverse fasi della loro realizzazione, gestione e dismissione, nonché di eventuali malfunzionamenti" (art. 5, comma 1, lett. b) e c), d.lgs. n. 152 del 2006).
Anche l'oggetto dello *screening* è, sostanzialmente, ridetto "impatto", ovvero "alterazione" dell'ambiente *lato sensu* inteso: solo che esso svolge una funzione preliminare per così dire di "carotaggio", nel senso che "sonda" la progettualità e solo ove ravvisi effettivamente una significatività della stessa in termini di incidenza negativa sull'ambiente, impone il passaggio alla fase successiva della relativa procedura; diversamente, consente di pretermetterla, con conseguente intuibile risparmio, sia in termini di costi effettivi, che di tempi di attuazione.
Lo *screening*, dunque, data la sua complessità e l'autonomia riconosciutagli dallo stesso Codice dell'ambiente che all'art. 20 (e, più di recente, all'art. art. 9, d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104) ne disciplina lo svolgimento, è esso stesso una procedura di valutazione di impatto ambientale, meno complessa della V.I.A., la cui previsione risponde a motivazioni comprensibilmente diverse. Per questo motivo è spesso definito in maniera impropria come un subprocedimento della V.I.A., pur non essendo necessariamente tale. Esso è qualificato altresì come preliminare alla V.I.A., dizione questa da intendere solo in senso cronologico, stante che è realizzato preventivamente, ma solo con riguardo a determinate tipologie di progetto rispetto alle quali alla valutazione vera e propria si arriva in via eventuale, in base cioè proprio all'esito in tal senso della verifica di assoggettabilità.
Le categorie di progetti, quindi, che possono essere sottoposte alla verifica di assoggettabilità coincidono con quelle rispetto alle quali la V.I.A. è solo eventuale, ovvero, in estrema sintesi: 1) progetti elencati nell'Allegato II al Codice che servono esclusivamente o essenzialmente per lo sviluppo ed il collaudo di nuovi metodi o prodotti e non sono utilizzati per più di due anni (*screening* di competenza statale); 2) modifiche dei progetti elencati nell'Allegato II suscettibili di produrre effetti negativi e significativi per l'ambiente (*screening* di competenza statale); 3) progetti elencati nell'Allegato IV (*screening* di competenza regionale).
La verifica di assoggettabilità, dunque, non può essere considerata una fase costitutiva ed imprescindibile della V.I.A., perché essa non deve essere esperita sempre, ma solo rispetto ai progetti appena elencati; ne costituisce pertanto un elemento aggiuntivo eccezionale rispetto al normale iter, che per gli altri progetti prende avvio con la presentazione della relativa istanza.
La direttiva n. 2011/92/UE che ha armonizzato a livello comunitario la disciplina della V.I.A., specifica che lo *screening* può essere realizzato o mediante un'analisi caso per caso, oppure lasciando agli Stati membri la possibilità di fissare delle soglie dimensionali rispetto alle quali procedere o meno alla verifica di assoggettabilità. Suddetta direttiva è molto chiara nello specificare che, anche qualora si decidesse di fare riferimento ad un indicatore dimensionale, data la rilevanza che riveste lo *screening* (perché in base al suo

esito si decide se procedere o meno ad effettuare la V.I.A.), occorrerebbe fare riferimento comunque anche a specifici criteri di selezione. Pertanto non è possibile escludere un progetto solo facendo riferimento alle sue dimensioni: occorre avere una visione d'insieme. Indicazione questa di innegabile rilevanza ai fini dello scrutinio della legittimità della decisione in termini di assoggettamento.
I criteri in questione sono stati recepiti a livello nazionale nell'Allegato V, Parte II, del Codice dell'ambiente. Essi sono molteplici, e spaziano dalle intrinseche caratteristiche del progetto (dimensioni, cumulo con altri progetti, produzione di rifiuti, utilizzazione delle risorse naturali, produzione di inquinamento e disturbi acustici, rischio di incidenti concernenti le tecnologie o sostanze utilizzate); alla sua localizzazione (capacità di assorbimento ambientale delle aree geografiche in cui verrà situato l'impianto, effetti su riserve e parchi naturali, zone costiere e montuose, zone a forte densità demografica); alle caratteristiche dell'impatto potenziale (portata dell'impatto, probabilità di accadimento dell'impatto, durata, frequenza e reversibilità dell'impatto).
La *ratio* è evidentemente quella di garantire per quanto possibile il più elevato livello di tutela ambientale, senza tuttavia onerare inutilmente il cittadino richiedente.
Il procedimento ha inizio con una fase introduttiva che consiste nella presentazione dell'istanza di assoggettabilità all'autorità competente del caso, con allegato il progetto preliminare, i cui contenuti saranno ovviamente meno specifici rispetto a quanto richiesto in sede di V.I.A. vera e propria. Segue poi una fase di pubblicità con la quale viene data informazione dell'avvio della procedura, nella quale il soggetto proponente ha l'obbligo di pubblicare un avviso circa l'effettivo deposito dell'istanza, per quanto qui di interesse presso il Bollettino Ufficiale della Regione e presso l'Albo Pretorio del Comune interessato per territorio. Entro un termine prestabilito (all'epoca dei fatti, 45 giorni) dalla pubblicazione, l'autorità competente deve accertare se il progetto sia suscettibile o meno di ripercussioni negative e apprezzabili sull'ambiente, sulla base delle eventuali osservazioni presentate dai soggetti interessati, ma anche, come già ricordato, degli indicatori oggettivi di tollerabilità descritti nell'Allegato V del Codice. Entro il medesimo lasso di tempo, può altresì richiedere, per una sola volta, l'integrazione di documenti utili a formulare un giudizio di esclusione o meno del progetto dalla procedura della V.I.A. Precisazione questa non priva di rilievo per la corretta connotazione del procedimento *de quo*.
La Sezione ha quindi rilevato come i presupposti per la V.I.A. siano oggettivi, e riposino nel ricadere o meno di un certo progetto fra le tipologie per le quali la normativa contenuta nel d.lgs. n. 152 del 2006, o nelle leggi regionali, contempla la verifica ambientale, obbligatoriamente, ovvero facoltativamente, imponendo il legislatore la preliminare verifica di assoggettabilità.
Quanto detto rende evidente la peculiarità dell'autonomia del procedimento di *screening*, che non si conclude mai con un diniego di V.I.A., bensì con un giudizio di necessità di sostanziale approfondimento. In altre parole, il rapporto tra i due procedimenti appare configurabile graficamente in termini di cerchi concentrici caratterizzati da un nucleo comune rappresentato dalla valutazione della progettualità proposta in termini di negativa incidenza sull'ambiente, nel primo caso in via sommaria e, appunto, preliminare,

nel secondo in via definitiva, con conseguente formalizzazione del provvedimento di avallo o meno della stessa. La "verifica di assoggettabilità", come positivamente normata, anticipa sostanzialmente la valutazione di impatto, delibandone l'opportunità, sulla base della ritenuta sussistenza *prima facie* dei relativi presupposti, con la conseguenza che l'attività economica, libera sulla base della nostra Costituzione, non possa che svolgersi nel pieno rispetto delle normative di tutela ambientale.
Quanto detto consente di collocare correttamente i principi europei di precauzione e prevenzione, quali necessario postulato del giudizio, solo ipotetico, di nocività per l'ambiente sotteso alla procedura di assoggettabilità. Se è vero, infatti, che essi non possono essere intesi nel senso della meccanicistica imposizione della V.I.A. ogniqualvolta insorga un - peraltro immotivato - dubbio sulla probabilità di danno all'ambiente, con ciò vanificando la portata della specifica disciplina; lo è egualmente che la logica di tutela dell'ambiente, e non certo di punizione, sottesa all'assoggettamento a V.I.A., non può non orientare verso la stessa in tutti i casi in cui si ritenga necessario un approfondimento progettuale ben più pregnante della mera integrazione e chiarimento richiedibile in fase di *screening*. Disquisire circa la necessità di esplicitare il grado di verificabilità del nocumento ambientale in termini possibilistici, piuttosto che probabilistici, equivale ad introdurre limitazioni alla discrezionalità amministrativa non desumibili dalla norma: è chiaro, infatti, che deve trattarsi di un giudizio di prognosi, intrinseco alla sua effettuazione preventiva; ma lo è altrettanto che laddove per fattori obiettivamente esternati se ne ipotizzi la lesività, appare corretto cautelarsi - *rectius*, più propriamente, cautelare la collettività e quindi, in senso più ampio, l'ambiente - non impedendo la realizzazione dell'intervento, ma semplicemente imponendo l'approfondimento dei suoi esiti finali. Ove, infatti, si aderisse alla tesi opposta, ovvero si pretendesse nella fase di *screening* lo stesso approfondimento di potenziale lesività ambientale che connota la V.I.A. vera e propria, non se ne comprenderebbe la reiterazione in tale fase successiva, ridotta sostanzialmente ad un inutile duplicato di quanto già preliminarmente accertato.
La sottoposizione a V.I.A., dunque, ben può conseguire ad una scelta di cautela, seppur adeguatamente motivata in relazione a fattori di oggettiva pericolosità rivenienti dagli indici di cui all'Allegato V al Codice ambientale, stante che ciò implica solo il rinvio ad un più approfondito scrutinio della progettualità proposta, che dalle ragioni dello stesso non risulta comunque in alcun modo condizionata.
I criteri cui l'Autorità competente deve attenersi nella valutazione di *screening* sono indicizzati nell'allegato V al d.lgs. n. 152 del 2006, cui l'art. 20 fa espresso richiamo, unitamente alle osservazioni che chiunque vi abbia interesse abbia fatto pervenire dopo la pubblicazione della progettualità. Non è chi non veda come manchino indicatori obiettivi sia della negatività, sia del livello di incidenza della stessa sull'ambiente, essendo rimesso alla più ampia discrezionalità del valutatore il giudizio finale circa la potenziale lesività per il contesto di ciascuna progettualità, *ex se* ovvero in relazione allo stesso. Ne emerge tuttavia la necessità che si addivenga ad un giudizio di natura complessiva, di compatibilità ambientale, appunto, all'interno del quale l'impatto sul paesaggio non esaurisce tutte le possibili sfaccettature, ma non per questo soltanto si palesa insufficiente a motivare non una valutazione negativa, bensì la necessità di effettuazione della

stessa. In sintesi, l'accentuata rilevanza data alla tutela del paesaggio quale mera componente dell'ambiente complessivamente inteso, comprensivo delle istanze economiche che confluiscono al suo interno, non inficia di per sé il provvedimento impugnato. Ciò sia perché la stessa nozione di paesaggio cui il parere – e, conseguentemente, il provvedimento finale – fa riferimento è intesa in senso letterale, piuttosto che giuridico, essendosi dato espressamente atto che l'area occupata dall'impianto in oggetto non ricade all'interno di una zona vincolata, ma insiste in un ambito territoriale solo adiacente un'area boscata sottoposta a tutela paesaggistica ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. g), d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggi); sia perché tale parere, e la sottesa salvaguardia del paesaggio rurale, che la zona interessata dall'intervento rischia di incidere negativamente, non costituisce l'unica motivazione della scelta effettuata dalla Regione, ancorché ne rappresenti la parte maggiormente sviluppata.
Vero è che l'Amministrazione, nel formulare il giudizio sull'impatto ambientale, esercita un'amplissima discrezionalità che non si esaurisce in una mera valutazione tecnica, come tale suscettibile di verificazione *tout court* sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta al contempo profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa ed istituzionale in relazione all'apprezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti, con la conseguenza che il sindacato del giudice amministrativo in materia è necessariamente limitato alla manifesta illogicità ed incongruità, al travisamento dei fatti o a macroscopici difetti di istruttoria o quando l'atto sia privo di idonea motivazione, dato che il modello procedimentale vigente nel nostro ordinamento impone all'autorità procedente di esplicitare le ragioni sulla base delle quali è stata effettuata la comparazione tra i benefici dell'opera da un lato e, dall'altro, i potenziali impatti pregiudizievoli per l'ambiente, con riferimento ai contributi istruttori acquisiti nel corso del procedimento. Discrezionalità ancor più rilevante con riferimento alla fase di *screening*, connotata da una sostanziale sommarietà, e, conseguentemente, doverosamente ispirata a più rigorose esigenze di cautela: in pratica, la soglia di negatività ed incisività dell'impatto può paradossalmente essere ritenuta travalicabile con margini più ampi in sede di delibazione preliminare, proprio perché di per sé non preclusiva degli esiti della successiva V.I.A..

Con sentenza 11 dicembre 2020, n. 7917 la sez. IV ha affermato che è legittima una valutazione di impatto ambientale (V.I.A.) che dichiari la compatibilità ambientale di un progetto subordinatamente al rispetto di specifiche prescrizioni e condizioni, da verificare all'atto del successivo rilascio dei titoli autorizzatori necessari per la concreta entrata in funzione dell'*opus*, nulla ostando in linea di principio a che l'Amministrazione attesti che, a seguito dell'adozione futura di ben precisi accorgimenti, l'opera possa risultare compatibile con le esigenze di tutela ambientale.
Ha chiarito la Sezione che i limiti alla legittimità di tale *modus procedendi* attengono al grado di dettaglio e di specificità delle prescrizioni, nonché al numero ed alla complessiva incidenza delle stesse sui caratteri dell'opera, in quanto la formulazione di prescrizioni eccessivamente generiche, ovvero relative a pressoché tutti i profili di possibile criticità ambientale dell'*opus*, potrebbe risolversi in una sostanziale pretermissione del giudizio. Una simile evenienza, da accertarsi nel caso concreto, ha carattere patologico

e lumeggia l'illegittimità dell'azione amministrativa, che, in casi siffatti, rinviene non dalla presenza di prescrizioni in sé e per sé considerate, ma dal fatto che il carattere abnorme (qualitativamente, tipologicamente o numericamente) di tali prescrizioni disvela, a monte, l'assenza di un'effettiva, concreta ed attuale valutazione di impatto ambientale, ossia il sostanziale rifiuto dell'esercizio del potere, pur nella formale spendita dello stesso.
Ha aggiunto la Sezione che la situazione soggettiva comunemente nota come potestà, di cui è investita l'Amministrazione nell'esercizio di poteri discrezionali, presenta, oltre all'aspetto del "potere" (ossia della capacità di modificare unilateralmente ed autoritativamente la sfera giuridica degli amministrati), il contestuale e parallelo tratto del "dovere" (da intendersi tanto come dovere dell'esercizio, posto che tale situazione è indisponibile, quanto come dovere della finalizzazione teleologica di tale esercizio, che deve essere volto a conseguire gli scopi indicati dalla legge).

24. Urbanistica.
Molte le decisioni del Consiglio di Stato nella materia della urbanistica.

24.1. Piano urbanistico comunale.
La sez. IV, con sentenza 13 novembre 2020, n. 7027 ha affermato che con specifico riferimento all'obbligo di ripubblicazione del piano urbanistico comunale a seguito delle modificazioni che possono essere introdotte dalla Regione al momento dell'approvazione, occorre distinguere tra modifiche "obbligatorie" (in quanto indispensabili per assicurare il rispetto delle previsioni del piano territoriale di coordinamento, la razionale sistemazione delle opere e degli impianti di interesse dello Stato, la tutela del paesaggio e dei complessi storici, monumentali, ambientali e archeologici, l'adozione di *standard* urbanistici minimi), modifiche "facoltative" (consistenti in innovazioni non sostanziali) e modifiche "concordate" (conseguenti all'accoglimento di osservazioni presentate al piano ed accettate dal Comune). Mentre per le modifiche "facoltative" e "concordate", ove superino il limite di rispetto dei canoni guida del piano adottato, sussiste l'obbligo della ripubblicazione da parte del Comune, diversamente, per le modifiche "obbligatorie" tale obbligo non sorge, poiché proprio il carattere dovuto dell'intervento regionale rende superfluo l'apporto collaborativo del privato, superato e ricompreso nelle scelte pianificatorie operate in sede regionale e comunale, come risulta essersi verificato nella fattispecie in esame.
La Sezione ha quindi concluso che la necessità di ripubblicazione del piano viene, dunque, ritenuta sussistere allorché, in un qualunque momento della procedura che porta alla sua approvazione, vi sia stata una sua rielaborazione complessiva, cioè un mutamento delle sue caratteristiche essenziali e dei criteri che alla sua impostazione presiedono.
La Sezione ha, infine, rilevato che deve escludersi che si possa parlare di rielaborazione complessiva del piano quando, in sede di approvazione, vengano introdotte modifiche che riguardano la disciplina di singole aree o singoli gruppi di aree; in altri termini, l'obbligo *de quo* non sussiste nel caso in cui le modifiche consistano in variazioni di dettaglio

che comunque ne lascino inalterato l'impianto originario, quand'anche queste siano numerose sul piano quantitativo ovvero incidano in modo intenso sulla destinazione di singole aree o gruppi di aree.

24.2. Accoglimento delle osservazioni dei privati presentate nell'*iter* di formazione di un piano urbanistico.

La sez. II (6 agosto 2020, n. 4960) ha affermato che qualora, nel corso dell'*iter* di formazione di un piano urbanistico, il Comune ritenga di accogliere le osservazioni formulate dai proprietari dei suoli interessati, il fatto che queste ultime siano motivate da interessi privati non comporta automaticamente l'illegittimità delle scelte pianificatorie comunali siccome condizionate da tali motivazioni; infatti, le osservazioni dei privati allo strumento urbanistico adottato, pur costituendo pacificamente dei meri apporti collaborativi rispetto alle scelte discrezionali rimesse all'amministrazione comunale, hanno pur sempre la finalità di consentire a quest'ultima il perseguimento dell'interesse pubblico alla miglior pianificazione del territorio con il minor sacrificio possibile delle posizioni dei proprietari interessati.

Ha chiarito la Sezione che le osservazioni di cui si discute possono definirsi lo strumento per perseguire – compatibilmente con il complesso delle scelte urbanistiche da effettuare - l'interesse pubblico con un minor sacrificio dell'interesse privato; e l'accoglimento delle osservazioni dei privati da parte del Consiglio comunale non richiede alcuna specifica motivazione mirata, essendo sufficiente che esse siano state esaminate e comparate con gli interessi e le considerazioni generali poste a base della formazione del piano, la qual cosa si è visto non risultare esclusa nella fattispecie; ed esser stata oggetto di scelta priva di vizi logico-valutativi. Il fatto che le scelte urbanistiche avvantaggino alcuni proprietari rispetto ad altri non può costituire di per sé un profilo di illegittimità delle scelte effettuate, giacché è inevitabile che in relazione alle diverse parti del territorio sussistano diverse possibilità edificatorie, dosate peraltro non solo in relazione a situazioni di carattere obiettivo, ma anche in base a scelte latamente discrezionali. E dalla incontestata natura collaborativa e non remediale delle osservazioni deriva l'assenza di una necessità di argomentare espressamente su ciascuna di esse da parte dell'Amministrazione comunale procedente, nell'esercizio della sua ampia discrezionalità.

24.3. Sistema della pianificazione territoriale urbanistica successivo alla riforma costituzionale del 2001.

Con sentenza 15 ottobre 2020, n. 6263 la sez. II ha chiarito che il sistema della pianificazione territoriale urbanistica successivo alla riforma costituzionale del 2001, caratterizzato dalle leggi regionali c.d. di "seconda generazione", si presenta in maniera ben diversa da quello riveniente dalla legge urbanistica del 1942. Esso risponde, cioè, ad una visione meno "gerarchica" e più armonica, che vede nella leale collaborazione, oltre che nella sussidiarietà, i teorici principi ispiratori delle scelte. La pianificazione sovracomunale, affermatasi sia sul livello regionale che provinciale, si connota pertanto per una natura "mista" relativamente a contenuti - prescrittivi, di indirizzo e di direttiva - e ad

efficacia, nonché per la flessibilità nei rapporti con gli strumenti sottordinati. La pianificazione comunale a sua volta non si esaurisce più nel solo tradizionale piano regolatore generale, ma presenta un'articolazione in atti o parti tendenzialmente distinti tra il profilo strutturale e quello operativo, e si connota per l'intersecarsi di disposizioni volte ad una programmazione generale che abbia come obiettivo lo sviluppo socio-economico dell'intero contesto.

24.4. Rapporto fra la funzione di pianificazione urbanistica ed edilizia, di cui è titolare il Comune, e la disciplina regionale.

La sez. II (20 ottobre 2020, n. 6330) ha affrontato il problema del rapporto tra i diversi livelli di pianificazione territoriale, dall'ottica delle fonti che ne regolamentano l'esercizio, chiarendo come esso non è governato dal principio della gerarchia, ma da quello della competenza, che vede la necessaria valorizzazione della funzione di pianificazione facente capo al Comune nel rispetto del principio di sussidiarietà verticale sancito nell'art. 118 Cost.. Ciò consente di dare rilevanza alle scelte restrittive rispetto ad una disciplina regionale di settore che, mossa da contrapposte esigenze di tutela delle categorie economiche di riferimento pretenderebbe di imporre un criterio di tipo quantitativo nella valutazione della destinazione d'uso compatibile. Al contrario, lo spopolamento degli abitanti il centro storico ben può costituire un'emergenza socio-economica e culturale a cui il Comune pone rimedio con la propria pianificazione urbanistica. Alla non omologia di competenza, infatti, corrisponde l'asimmetria assiologica degli interessi sottostanti in grado finanche di capovolgere il principio di gerarchia delle fonti: l'incremento dell'offerta turistica, avuto di mira dalla normativa regionale, nel "conflitto dei valori", è (se non recessivo certamente) subordinato all'interesse sotteso al (ri-)popolamento abitativo del centro storico, siccome preordinato a preservarne l'originaria morfologia culturale, ancor prima che socio-economica, caratterizzante la "città d'arte". In definitiva, il paradigma quantitativo della prevalenza, lungi dal configurarsi come ostacolo al pieno dispiegarsi della normativa regionale, rende compatibile l'attività di "case e appartamenti per vacanze" con la tutela abitativa del centro storico: riproduce *in nuce* la dialettica (*hegeliana*) dell'*et-et* anziché quella (*kirkegaardiana*) *dell'aut-aut*, più consona al criterio di competenza, disciplinante il rapporto fra le fonti normative di diversa estrazione istituzionale.

D'altro canto il Regolamento edilizio non costituisce la fonte normativa idonea a stabilire la destinazione d'uso degli immobili, in quanto a ciò osta il dettato della legge regionale di riferimento, che ne individua i contenuti in maniera cogente, considerato che il binomio "titolarità di funzioni amministrative – potestà di regolarne in via astratta l'esercizio", ellitticamente condensato nel criterio di competenza, è pur sempre assoggettato al principio di legalità sostanziale. La sua adozione, inoltre, non prevede le necessarie garanzie partecipative, di regola previste in materia urbanistica, a tutela delle categorie economiche interessate dal provvedimento.

24.5. Rapporto tra i vari livelli di pianificazione territoriale.

La sez. II (23 marzo 2020, n. 2012) ha affrontato il problema del rapporto tra i vari livelli di pianificazione territoriale, evidenziando come nella individuazione dei contenuti quelli di maggior dettaglio sono rimessi ai provvedimenti adottati dagli Enti più vicini al territorio, nel rispetto dei principi di sussidiarietà ed efficacia dell'azione amministrativa. Il rapporto intercorrente tra i vari livelli di pianificazione implica uno specifico scrutinio della loro portata e potenzialità immediatamente lesiva della posizione dei singoli, senza attenderne una "specificazione" in ambito territoriale più ristretto. Diversamente, in assenza di indicazioni specifiche nei Piani sottordinati, ovvero, ancor prima, una volta acclarata la correttezza delle stesse, verrebbe meno anche l'interesse all'autonoma impugnativa del Piano sovraordinato.
Ha poi affermato che il disegno urbanistico espresso da uno strumento di pianificazione generale costituisce estrinsecazione del potere pianificatorio connotato da ampia discrezionalità, che rispecchia non soltanto scelte strettamente inerenti all'organizzazione edilizia del territorio, bensì afferenti anche al più vasto e comprensivo quadro delle possibili opzioni inerenti al suo sviluppo socio-economico; esso si articola su vari livelli, secondo i principi di sussidiarietà, così da cercare di assicurare al livello di governo più vicino al contesto cui si riferisce il compito di valorizzare le peculiarità storiche, economiche e culturali locali e insieme il principio di adeguatezza ed efficacia dell'azione amministrativa.

24.6. Rapporto tra strumenti di pianificazione urbanistica e clausole di salvaguardia.

La sez. II, con sentenza 23 marzo 2020, n. 2012 ha affermato che allo scopo di evitare che nel periodo intercorrente tra l'adozione e l'approvazione definitiva di un piano vengano rilasciati provvedimenti che consentono attività edificatorie (o comunque trasformative) del territorio, alla stregua per lo più di norme maggiormente permissive, compromettendo l'assetto per come "progettato" e pensato negli strumenti adottati, in materia urbanistica si utilizzano le "clausole di salvaguardia"; esse si concretizzano nella doverosa sospensione dei procedimenti finalizzati al conseguimento di ridetti titoli, fino all'approvazione del nuovo strumento urbanistico pianificatorio, e in attesa della sua entrata in vigore, alla stregua del quale dovrà assumersi la determinazione definitiva
Sul piano del diritto intertemporale, le cd. "misure di salvaguardia", in una prospettiva esclusivamente cautelare, sono le regole utilizzate in urbanistica allo scopo di evitare che nel periodo intercorrente tra l'adozione e l'approvazione definitiva di un piano, il rilascio di provvedimenti che consentono attività edificatorie (o comunque trasformative) del territorio, alla stregua per lo più di norme maggiormente permissive, possa comprometterne l'assetto per come "progettato" e pensato negli strumenti adottati. Esse si concretizzano nella doverosa sospensione dei procedimenti finalizzati al conseguimento di ridetti titoli, fino all'approvazione del nuovo strumento urbanistico pianificatorio, e in attesa della sua entrata in vigore, alla stregua del quale dovrà assumersi la determinazione definitiva. L'esigenza sottesa alle misure di salvaguardia è dunque di carattere conservativo e si identifica nella necessità che le richieste dei privati – fondate su una pianificazione ritenuta non più attuale, in quanto *in fieri*, e quindi potenzialmente modificata –

finiscano per alterare profondamente la situazione di fatto e, di conseguenza, per pregiudicare definitivamente proprio gli obiettivi generali cui invece è finalizzata la programmazione urbanistica, rendendo estremamente difficile, se non addirittura impossibile, l'attuazione del piano *in itinere*.

24.7. Convenzione urbanistica.

Con sentenza 13 novembre 2020, n. 7024 la sez. IV ha affermato che anche nei casi in cui la convenzione urbanistica non disponga espressamente in ordine a tutti o a singoli termini di adempimento delle obbligazioni, tale termine non deve – sempre e necessariamente – coincidere con il termine finale di efficacia dello strumento urbanistico secondario, ben potendo dipendere dalla natura dell'opera di urbanizzazione e dal suo carattere di strumentalità con quanto venga edificato

Ha chiarito la Sezione che allo stesso tempo, laddove (anche) a fronte di una edificazione non vi sia un contestuale ed altrettanto tempestivo e coerente adempimento delle altre obbligazioni, ben può il Comune sollecitare al privato (o comunque al soggetto che ha sottoscritto la convenzione) l'adempimento delle proprie obbligazioni. E ciò a maggior ragione laddove l'Amministrazione abbia (in tutto o in parte) adempiuto alle proprie per il tramite del rilascio dei titoli autorizzatori edilizi. Occorre, infatti, ricordare che ciò che si definisce, sul piano negoziale della convenzione, in termini di obbligazioni dei contraenti e loro adempimento, costituisce anche, sul piano pubblicistico della pianificazione urbanistica, perseguimento dell'interesse pubblico all'ordinato assetto del territorio; interesse pubblico che non viene soddisfatto laddove, a fronte della realizzazione parziale di un piano attuativo per il tramite dell'edificazione di quanto consentito, non vi sia anche contestuale realizzazione delle opere di urbanizzazione previste.

L'interesse pubblico alla corretta utilizzazione del territorio per il tramite della pianificazione urbanistica, anche secondaria, si cura e persegue per il tramite della completa e contestuale realizzazione di quanto previsto dal piano approvato; proprio per tale ragione il legislatore, fin dalla legge urbanistica del 1942, ha sempre richiesto approvazione contestuale del piano e dello schema di convenzione. D'altra parte, diversamente opinando, l'Amministrazione (a maggior ragione nei casi in cui abbia rilasciato i titoli edilizi), non potrebbe far altro che attendere (laddove non diversamente previsto) che scada il termine di efficacia del piano (e/o della convenzione) a suo tempo approvati, onde verificare l'intervenuto inadempimento delle obbligazioni, e in particolare di quelle connesse agli oneri di urbanizzazione, con la conseguenza di dover supporre – quasi come ipotesi ordinaria in presenza di patologie del rapporto - che opere di urbanizzazione caratterizzanti un determinato strumento urbanistico vengano verosimilmente realizzate oltre il termine di efficacia del medesimo. Né l'interesse pubblico può dirsi realizzato solo applicando eventuali sanzioni previste per l'inadempimento. Pertanto, per un verso, alla luce delle considerazioni innanzi esposte, ben può l'amministrazione sollecitare il privato all'adempimento delle proprie obbligazioni, anche prima della scadenza del termine di efficacia dello strumento urbanistico, a maggior ragione nei casi in cui, per la natura stessa della prestazione, appaia evidente ed inevitabile il superamento del termine di efficacia del piano.

Tale conclusione coincide anche con quanto in generale previsto dagli artt. 1183-1185 c.c., poiché l'inadempimento contrattuale può concretarsi anche prima della scadenza prevista per l'adempimento, qualora il debitore - in violazione dell'obbligo di buona fede - tenga una condotta incompatibile con la volontà di adempiere alla scadenza (Cass. civ., sez. II, 21 dicembre 2012, n. 23823).
Per altro verso – laddove si consideri che il termine finale per l'adempimento è proprio quello di efficacia del piano urbanistico – tale termine costituisce in ogni caso anche il *dies a quo* per l'azione di adempimento o di risarcimento del danno derivante da inadempimento contrattuale, non potendosi ritenere, *ex* art. 2935 c.c., che – in costanza di termine per adempiere – possa correre la prescrizione, non potendo l'amministrazione in tale lasso di tempo, esercitare i propri diritti.

Sempre la sez. IV, con sentenza 16 novembre 2020, n. 7072, ha pronunciato sui poteri del giudice amministrativo a fronte di una condotta oggettivamente ostativa alla realizzazione dell'assetto deciso nella convenzione urbanistica. Ha chiarito che in presenza di una condotta della società promittente alienante, proprietaria di un terreno promesso in vendita ad un Comune - a mezzo di convenzione urbanistica - a fronte del riconoscimento di diritti edificatori, oggettivamente ostativa alla realizzazione dell'assetto degli interessi scolpito, con effetti obbligatori, nella convenzione urbanistica stessa (ove, in particolare, si prevedeva che il prezzo del bene, già fissato nel *quantum*, sarebbe stato corrisposto dal Comune mediante scomputo del relativo ammontare dall'importo dovuto a titolo di oneri di urbanizzazione per gli interventi edificatori contestualmente consentiti), il Giudice amministrativo adito dall'Ente *ex* art. 2932 c.c. ben può disporre, in difformità dalla lettera ma in conformità allo spirito, al senso ed alla finalità dell'accordo, lo scambio cosa - denaro, alla luce sia del risalente diritto del Comune di acquisire quanto *ex adverso* più volte formalmente promesso in cessione (dapprima nella convenzione, quindi con successivo comodato), sia del dovere di eseguire il negozio in buona fede (art. 1375 c.c.), disposizione espressiva di un principio fondamentale "in materia di obbligazioni e contratti" e, come tale, applicabile anche alle convenzioni *lato sensu* urbanistiche (e, in generale, agli accordi pubblico-privato).

24.8. Piani regolatori delle aree e dei nuclei di sviluppo industriale.
La sez. II, con sentenza 15 ottobre 2020, n. 6263 ha chiarito che i piani regolatori delle aree e dei nuclei di sviluppo industriale costituiscono una peculiare e atipica declinazione di strumenti urbanistici sovracomunali, caratterizzati non da una generica esigenza di conferire alla pianificazione un respiro più ampio rispetto a quello della dimensione comunale, bensì anche da finalità di politica economica omogenea. Si tratta, dunque, di un modello di sovraordinazione connotato da una particolare incisività, rispondente a logiche di coordinamento settoriale, ma anche di sviluppo economico, tali da risolversi perfino nell'apposizione di vincoli espropriativi, ben più incisivi rispetto a quelli conformativi di regola rivenienti dal regime di edificabilità dei suoli. Per questa ragione, tale

tipo di pianificazione, nata nel contesto ordinamentale antecedente la riforma costituzionale del 2001, è assimilata dal legislatore a quella territoriale di coordinamento di cui all'art. 5 della legge urbanistica fondamentale.
Lo strumento urbanistico sovracomunale, anche quando caratterizzato da particolare cogenza, come i Piani consortili di sviluppo industriale, non esautora i poteri comunali di governo del territorio; nel caso di specie piuttosto la loro vocazione settoriale li rende mirati ad uno specifico obiettivo, necessitante d'una regolazione dedicata e di tempi certi d'attuazione. Da qui la possibilità di sintesi procedurale attuata da alcune leggi regionali tra i vari livelli di pianificazione che risolva alla radice i problemi di coordinamento, facendo ricorso, ad esempio, al tipico momento di condivisione delle istanze procedimentali distinte costituito dalla conferenza dei servizi. L'affermata sovraordinazione tra due discipline, pertanto, non può risolversi nella sostanziale neutralizzazione dei contenuti degli atti comunali, stante che la illegittimità - non inefficacia - degli stessi ne presuppone comunque la caducazione solo a seguito di azione demolitoria.

24.9. Piani di gestione dello spazio marittimo.
Con la sentenza 2 marzo 2020, n. 1486 la Sezione ha affrontato il problema degli effetti della mancata adozione dei nuovi strumenti di pianificazione dello "spazio marittimo" previsti dal d.lgs. 17 ottobre 2016, n. 201, recante "Attuazione della direttiva 2014/89/UE che istituisce un quadro per la pianificazione dello spazio marittimo" e denominati "Piani di gestione". L'elaborazione dei piani di gestione deve avvenire, entro il 31 dicembre 2020, sulla base di linee guida redatte da un tavolo interministeriale di coordinamento istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, a cura di un Comitato tecnico, allocato invece presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che provvederà avuto riguardo ad ogni area marittima individuata nelle linee guida.
Tali piani regolamentano la gestione dello spazio marittimo, distribuendo in termini spaziali e temporali le pertinenti attività e usi delle acque marine, presenti e futuri, avuto riguardo anche ad impianti ed infrastrutture per la produzione di energie da fonti rinnovabili; l'omessa previsione di una disciplina transitoria, tuttavia, in ossequio al principio generale di continuità dell'azione amministrativa, non può di per sé comportare la sostanziale paralisi di tutti i procedimenti in corso, dovendo al contrario gli stessi essere definiti secondo le regole preesistenti, dovendo gli stessi continuare ad essere esaminati sulla base delle regole vigenti.

24.10. Piano di sviluppo di un aeroporto.
Con sentenza n. 1164 del 13 febbraio 2020 la sez. IV ha chiarito che il Piano di sviluppo di un aeroporto – in quanto strumento complesso che individua le principali caratteristiche di adeguamento e potenziamento di ciascuno scalo, tenendo conto delle prospettive di sviluppo dell'aeroporto, delle infrastrutture, delle condizioni di accessibilità e dei vincoli sul territorio in un ampio orizzonte temporale – non consente di redigere immediatamente la progettazione definitiva di tutti i singoli sottosistemi infrastrutturali e, comunque, tale livello di progettazione non è più richiesto, dopo le modifiche apportate dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104 (cfr. l'attuale testo dell'art. 5, comma 1, lett. g), d.lgs. 3

aprile 2006, n. 152) per la generalità delle opere e degli interventi sottoposti a V.I.A.; tuttavia gli elaborati progettuali debbono consentire una lettura integrata dell'insieme dei sottosistemi collegati ed integrati tra loro in riferimento all'assetto dell'aeroporto, sia nello stato di fatto che in quello futuro riferito all'orizzonte temporale assunto nel progetto di piano di sviluppo aeroportuale.
Ha ricordato la Sezione che sebbene la normativa di settore (art. 1, comma 6, d.l. 28 giugno 1995, n. 251, conv. in l. n. 351 del 3 agosto 1995), non richieda né indichi espressamente che il Masterplan aeroportuale debba essere equiparato ad un progetto definitivo ai sensi della normativa vigente in materia di lavori pubblici, esso deve comunque essere corredato da tutti gli elementi progettuali ed ambientali necessari ad una completa valutazione degli impatti.
Le soluzioni progettuali, relative ad aspetti qualificanti dell'opera e/o intervento sottoposto a valutazione di impatto ambientale, devono essere verificate *ex ante*, e quindi ai fini dell'espressione del giudizio di compatibilità ambientale e non già *ex post* in sede di verifica di ottemperanza alle prescrizioni.
Ha ancora ricordato la Sezione che secondo la Corte di Giustizia UE (sez. II, 7 giugno 2018, Thybaut e a., C –160/17, par. 40; cfr. anche 27 ottobre 2016, D'Oultremont e a., C - 290/15, punto 40), in considerazione della finalità della direttiva V.A.S., consistente nel garantire un livello elevato di protezione dell'ambiente, le disposizioni che delimitano il suo ambito di applicazione e, in particolar modo, quelle che enunciano le definizioni degli atti ivi previsti devono essere interpretate in senso ampio.
Se l'art. 5, paragrafo 3, della direttiva V.A.S. prevede la possibilità di utilizzare le informazioni pertinenti ottenute nell'ambito di altri livelli decisionali o attraverso altre disposizioni della normativa dell'Unione, l'art. 11, paragrafo 1, di tale direttiva precisa che la valutazione ambientale effettuata ai sensi della stessa lascia impregiudicate le disposizioni della direttiva V.I.A.. Pertanto "una valutazione dell'impatto ambientale effettuata a norma della direttiva V.I.A. non può dispensare dall'obbligo di effettuare la valutazione ambientale prescritta dalla direttiva VAS allo scopo di rispondere ad aspetti ambientali ad essa specifici" (Corte Giustizia UE, sez. II, 7 giugno 2018, cit., paragrafi 64 e 65).
Se la localizzazione di un'opera soggetta a V.I.A. comporta una modifica puntuale del "quadro di riferimento" della pianificazione territoriale, l'esenzione dalla V.A.S. disposta dall'art. 6, comma 12, d.lgs. n. 152 del 2006, presuppone, quantomeno sul piano logico, che tale valutazione sia stata già effettuata in sede di pianificazione generale. Ha ancora affermato la Sezione che se è vero che il giudizio di compatibilità ambientale non ha ad oggetto la conformità dell'opera agli strumenti di pianificazione ma la sostenibilità ambientale - e pur potendo convenirsi che, in base all'attuale quadro normativo, interno ed europeo, l'effettuazione di un procedimento di V.A.S. sulla programmazione territoriale o settoriale non è un presupposto di legittimità della V.I.A. (trattandosi di subprocedimenti autonomi e non collegati da vincolo giuridico di presupposizione) - è tuttavia innegabile che l'esistenza di un coerente quadro programmatico costituisca un fattore positivo ai fini della valutazione di impatto ambientale e che, viceversa, l'assenza di una valutazione strategica debba essere ragionevolmente considerata, quantomeno, quale

elemento "critico". In tal senso, la IV Sezione (n. 2569 del 20 maggio 2014) ha già messo in luce che quando il progetto sia conforme alla localizzazione prevista dal Piano già oggetto di V.A.S. "il progetto non dovrebbe, in linea di massima, essere inibito in ragione della sua già vagliata localizzazione". Nel più delicato caso in cui, invece, il progetto comporti variante localizzativa al Piano, la disposizione secondo cui "ferma restando l'applicazione della disciplina in materia di V.I.A., la valutazione ambientale strategica non è necessaria per la localizzazione delle singole opere" (art. 6, comma 12, d.lgs. n. 152 del 2006) deve interpretarsi nel senso che "quando la modifica al Piano, derivante dal progetto, sia di carattere esclusivamente localizzativo, la V.I.A. è sufficiente a garantire il principio di sviluppo sostenibile, non essendo necessaria una preliminare fase strategica che evidenzi altre opzioni localizzative. Logico corollario è che qualora la localizzazione proposta dovesse essere, secondo la V.I.A., pregiudizievole per l'ambiente nonostante ogni cautela, il progetto andrà incontro ad una mera inibizione" (sentenza n. 2569 del 2014, cit.). Ne deriva che modifiche alla pianificazione generale attraverso scelte progettuali non prefigurate dalla prima possono essere legittimate dalla valutazione di impatto ambientale, senza la necessità di rinnovare quella ambientale strategica, solo se dette modifiche abbiano carattere "esclusivamente localizzativo" mentre, per contro, "non è consentito apportare alla pianificazione settoriale alcuna modifica della destinazione di un sito in esso compreso, attraverso il rilascio in sede di esame di singoli progetti di autorizzazioni concernenti attività antropiche estranee al novero di quelle considerate nella prodromica attività di pianificazione. Pur rispondendo alla medesima logica, la valutazione ambientale strategica e quella di impatto ambientale si collocano in snodi differenti dell'esame delle possibili ricadute sull'ecosistema di attività potenzialmente nocive: la prima attiene alla verifica dei possibili impatti derivanti dall'attuazione di piani, mentre la seconda è circoscritta al singolo progetto. Conseguentemente, la prima sarebbe vanificata laddove possano essere apportate variazioni connesse ad attività non considerate" (Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 2015, n. 263).

Nel caso di specie la IV Sezione ha valutato che poiché il Masterplan 2014 – 2029 dell'Aeroporto di Firenze contempla opere di considerevole impatto ambientale – tra cui lo spostamento di un tratto del Fosso Reale, il sotto-attraversamento dell'Autostrada A11 e la rilocalizzazione del Lago di Peretola – l'assenza di una valutazione strategica del piano territoriale che costituisce il "quadro di riferimento" per la relativa approvazione (ai sensi dell'art. 6, l. n. 152 del 2016), doveva essere logicamente considerata non già un fattore neutro, come ritenuto dalla Commissione V.I.A., bensì un fattore obiettivamente critico, se non ostativo, ai fini dell'approvazione del Masterplan.

Il fatto che le prescrizioni e/o condizioni apposte ad un provvedimento di V.I.A. riguardino tutte aspetti non secondari bensì i profili qualificanti di un progetto, espressamente considerati tali dalla stessa Commissione V.I.A., costituisce rilevante sintomo di un difetto di istruttoria o comunque di irragionevolezza di un giudizio positivo espresso nonostante le rilevate carenze del progetto e/o dello studio di impatto ambientale; è del pari sintomo, quantomeno di difetto di istruttoria, l'inserimento di prescrizioni relative

all'effettuazione di studi su temi ambientali che dovrebbero essere oggetto di valutazione *ex ante* da parte della Commissione V.I.A. e non di verifica *ex post* in sede di "ottemperanza".
L'inserimento di prescrizioni che richiedono l'elaborazione di diverse e/o ulteriori soluzioni progettuali relativamente ad aspetti essenziali dell'intervento sottoposto a V.I.A., denota l'insussistenza di elementi adeguati per valutare l'effettiva incidenza sull'ambiente dell'intervento medesimo. Ha infine concluso la Sezione che qualora un progetto sottoposto a V.I.A. preveda interventi di compensazione degli habitat naturali di cui è programmata la soppressione, è necessario che gli studi atti a dimostrare l'efficacia di tali interventi - ovvero la possibilità che le aree di compensazione possano ragionevolmente raggiungere caratteristiche ecologiche, strutturali e funzionali comparabili a quelle delle aree che saranno sottratte - vengano presentati in sede di V.I.A. e non già in sede di ottemperanza alla prescrizioni.

24.11. Servitù di uso pubblico su suolo privato condominiale.
La sez. II (12 maggio 2020, n. 2999) ha affermato che al fine di individuare il contenuto di una servitù pubblica su suolo privato, non può darsi rilevanza prevalente alle prescrizioni contenute nello strumento urbanistico in relazione alle aree aventi destinazione omogenea rispetto alle finalità pubbliche cui la servitù è preordinata, atteso che nella specie non si tratta di definire il regime urbanistico del suolo, ma piuttosto di individuare i limiti posti al diritto di proprietà per il perseguimento dell'interesse pubblico in ragione del quale la servitù è stata imposta. In tale prospettiva, assume rilievo decisivo la volontà delle parti quale risultante dal titolo costitutivo della servitù, che al tempo stesso costituisce la fonte e segna il limite del sacrificio ammissibile del diritto dominicale. Pertanto, non è consentito al Comune, in favore del quale sia stata costituita una servitù di uso pubblico su suolo privato condominiale, di autorizzarne l'uso in via esclusiva in favore di altro soggetto privato prescindendo dal necessario consenso dei proprietari del suolo.
Ha ricordato la Sezione che diritti di uso pubblico si configurano quali diritti reali che spettano allo Stato, alle Province e ai Comuni, come esplicitato dal medesimo art. 825 c.c., "per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli cui servono i beni [demaniali] medesimi", ossia si configurano quale peso imposto su di un bene privato nel pubblico interesse, a favore della collettività, presupponendo in tal senso una publica *utilitas*, ossia l'oggettiva idoneità del bene privato a soddisfare un'esigenza comune ad una collettività indeterminata di cittadini: esigenza, questa, che va intesa in senso ampio, e cioè non come pura e semplice necessità, ma anche come mera comodità.
Detto altrimenti, nelle servitù di uso pubblico, al peso gravante sul fondo servente corrisponde dal lato attivo il conseguimento di fini di pubblico interesse da parte di una comunità di persone considerate *uti cives*, sicché la loro connotazione peculiare è data dalla generalità di un uso indiscriminato da parte dei singoli e dalla oggettiva idoneità del bene privato al soddisfacimento di tale interesse collettivo (Cass. civ., sez. II, 10 gennaio 2011, n. 333).

Tali posizioni giuridiche devono dunque essere riguardate quali diritti reali *sui generis*, incidenti sul contenuto della proprietà privata ma non estintivi della stessa, assoggettati al regime previsto per i beni del demanio pubblico, e, quindi, inalienabili e imprescrittibili.
In dipendenza di ciò, pertanto, se l'assoggettamento di un'area privata a servitù di uso pubblico non comporta per il proprietario la perdita del diritto di proprietà del bene, del quale infatti egli può sempre chiedere la tutela in sede giudiziale, l'ente pubblico - per converso - non essendo titolare del diritto dominicale, bensì di un mero diritto reale parziario su di un bene privato, può, su questo, esercitare unicamente le facoltà dirette a garantire e ad assicurare l'uso pubblico da parte di tutti i cittadini, essendo conseguentemente legittimato a tutelare il diritto parziario medesimo sia in via amministrativa, sia in via giurisdizionale, avvalendosi, in quest'ultima ipotesi, in forza dell'anzidetto rinvio operato dall'art. 825 c.c. nei riguardi dell'art. 823 dello stesso codice, di fronte al giudice ordinario, dei mezzi ordinari a difesa del diritto di servitù e del possesso ivi normati dalla medesima disciplina di diritto comune. Va comunque opportunamente precisato che, oltre all'ente pubblico, a difesa del diritto di uso pubblico può anche agire in giudizio, *uti singulus* e avvalendosi dei mezzi ordinari di tutela, ciascun cittadino appartenente alla collettività cui l'uso pubblico pertiene (Cass. civ., sez. II, 13 giugno 2019, n. 15931).
La prassi contempla la costituzione dei diritti di uso pubblico per usucapione da parte di una collettività indifferenziata di soggetti e imputata nel proprio effetto acquisitivo all'amministrazione pubblica a ciò competente (come ad esempio accade per l'ipotesi dell'usucapione dell'uso pubblico su di una strada privata), per *dicatio ad patriam* (consistente a sua volta nel comportamento del proprietario che, seppure non intenzionalmente diretto a dar vita al diritto di uso pubblico, mette volontariamente, con carattere di continuità e dunque senza precarietà o spirito di tolleranza, un proprio bene a disposizione della collettività, assoggettandolo al correlativo uso, al fine di soddisfare un'esigenza comune ai membri di tale collettività *uti cives*, indipendentemente dai motivi per i quali tale comportamento venga tenuto, dalla sua spontaneità e dallo spirito che lo anima: Cass. civ., sez. I, 11 marzo 2016, n. 4851) nonché per convenzione stipulata tra l'ente pubblico e i privati.
La categoria di diritti demaniali di uso pubblico più importante e di maggiore applicazione pratica è senza dubbio quella dell'uso pubblico di passaggio, che, a sua volta, si distingue in due sottoclassi: quella del predetto passaggio sulle vie vicinali di uso pubblico - e cioè sulle strade private soggette a pubblico transito - e quella del passaggio su spiazzi, vicoli, corti di proprietà privata esistenti nelle città e negli agglomerati urbani.

25. Espropriazione.
L'Adunanza plenaria, con sentenza 5 agosto 2020, n. 15 ha affermato che l'atto di acquisizione sanante, generatore dell'obbligazione (e, quindi, del debito), è attratto nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione, e non rientra quindi nella gestione ordinaria, sia sotto il profilo contabile sia sotto il profilo della competenza ammnistrativa, se detto provvedimento *ex* art. 42-*bis* T.U. espropriazione è pronunciato entro il termine di approvazione del rendiconto della Gestione Liquidatoria e si riferisce a fatti

di occupazione illegittima anteriori al 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato (1).
Ha chiarito l'Alto consenso che è pur vero che l'emanando provvedimento *ex* art. 42-*bis* T.U. espropriazione, che farebbe sorgere il debito oggetto della presente controversia, ha natura costitutiva, come confermato da questa Adunanza con la sentenza 20 gennaio 2020, n. 2, che ha escluso la rilevanza del risarcimento del danno ai fini dell'occupazione acquisitiva.
Il provvedimento dell'amministrazione che dispone la c.d. acquisizione sanante, quindi, non accerta un debito preesistente, ma lo determina *ex novo*, quantificandone altresì l'ammontare e non ha, quindi, carattere ricognitivo, ma costitutivo, determinando, sul piano amministrativo e civilistico, un effetto traslativo *ex nunc*.
Tuttavia, detto provvedimento *ex* art. 42-*bis*, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, ha per presupposto (ai sensi del primo comma della predetta norma) l'utilizzazione "di un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità"; inoltre il provvedimento di acquisizione, ai sensi del successivo comma 4, deve recare "l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio".
Pertanto, il provvedimento risulta certamente correlato, sul piano della stessa attribuzione causale, "ad atti e fatti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato, pur se accertati, anche con provvedimento giurisdizionale, successivamente a tale data", come specifica l'art. 5, comma 2, d.l. n. 80 del 2004 (convertito con l. n. 140 del 2004).
Sul piano dell'interpretazione letterale, quindi, le "circostanze" (ovvero i fatti) che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area costituiscono il presupposto per l'emanazione del provvedimento di acquisizione sanante che l'amministrazione, prima della sua adozione, deve accertare.
Parimenti, anche l'utilizzazione "di un bene immobile per scopi di interesse pubblico" costituisce un fatto che deve esser oggetto di un accertamento da parte dell'amministrazione, prodromico all'adozione del provvedimento in esame.
Si tratta quindi, in entrambi i casi di fatti necessariamente correlati al successivo provvedimento, il cui positivo accertamento costituisce uno dei presupposti di legittimità del medesimo.
Pertanto, sotto il profilo finanziario, se tali fatti sono cronologicamente ricollegabili all'arco temporale anteriore al 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato, il provvedimento successivo (non necessariamente giurisdizionale, come è evidente dalla mera lettura del citato art. 5) che determina l'insorgere del titolo di spesa deve essere imputato alla Gestione Liquidatoria, purché detto provvedimento sia emanato prima dell'approvazione del rendiconto della gestione di cui all'art. 256, comma 11, t.u. n. 267 del 2000.
In questo caso, non solo il debito viene imputato al Bilancio della Gestione Liquidatoria sotto il profilo amministrativo-contabile, e non a quello della gestione ordinaria, ma

anche la competenza amministrativa ad emanare il provvedimento che costituisce il titolo di spesa (nella specie, l'acquisizione sanante) deve essere attribuita al Commissario Liquidatore, in quanto è quest'ultimo soggetto che deve costituire la relativa partita debitoria del bilancio da lui gestito.

Con sentenza 18 febbraio 2020, n. 5 l'Adunanza plenaria ha affermato che l'art. 42 *bis*, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 si applica a tutte le ipotesi in cui un bene immobile altrui sia utilizzato e modificato dall'amministrazione per scopi di interesse pubblico, in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, e dunque quale che sia la ragione che abbia determinato l'assenza di titolo che legittima alla disponibilità del bene.
Ha chiarito a Sezione che la verifica della "compatibilità" del decreto di acquisizione ex art. 42- bis, d.P.R. n. 327 con un giudicato restitutorio, in specie formatosi su sentenza del giudice civile dichiarativa della nullità di un contratto di compravendita (o, se si preferisce, la possibilità di esercizio del potere *ex* art. 42-*bis* pur in presenza di una sentenza passata in giudicato che ordina la restituzione del bene), presuppone la previa risoluzione del problema costituito dall'ambito di applicazione del medesimo art. 42-*bis* (se esso possa, cioè, applicarsi anche in ipotesi diverse da quelle ritenute dalla sentenza impugnata) di modo che: se si considera tale disposizione applicabile (come vuole l'ordinanza) "ad ogni caso in cui – per qualsiasi ragione – un bene immobile altrui sia utilizzato dall'amministrazione per scopi di interesse pubblico", allora (e solo allora) potrà verificarsi se, più specificamente, il potere conferito dall'art. 42 *bis* potrà essere esercitato anche in presenza di un giudicato restitutorio (e, ancor più specificamente, come nel caso di specie, in presenza di una sentenza declaratoria della nullità di un contratto di compravendita); se, invece, si considera l'art. 42 *bis* limitato "solo a vicende in cui la P.A. agisce nella sua veste di autorità" (come sostiene la sentenza impugnata), allora appare evidente come nessuno dei quesiti posti dall'ordinanza di rimessione potrebbe essere esaminato nel merito (e tantomeno ricevere risposta nei sensi prospettati dall'ordinanza).
In definitiva, la prospettazione dei quesiti così come articolata si fonda su un presupposto (l'ambito "ampio" di applicazione dell'art. 42 *bis*), assunto come "acquisito", mentre esso deve essere oggetto di necessaria verifica nella presente sede.
E ciò anche al fine di evitare che – non esaminando tale presupposto logico-giuridico dei quesiti espressamente formulati - si possa pervenire ad una implicita (e dunque non chiara) adesione, da parte della Adunanza plenaria, alla tesi della positiva sussistenza di quello che si è definito l'ambito "ampio" di applicazione dell'art. 42 *bis* (la cui applicabilità potrebbe essere eventualmente esclusa per ragioni specifiche, ma non per una sua propria limitazione ontologica).
In conclusione, occorre, innanzi tutto, definire l'ambito di applicazione dell'art. 42 *bis*, t.u. n. 327 del 2001, anche al fine, come si è detto, di scrutinare il primo motivo di appello (sub lett. a) dell'esposizione in fatto.
Così impostata la questione sottoposta a giudizio, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che l'art. 42 *bis*, t.u. n. 327 del 2001 trovi applicazione in tutti i casi in cui un bene immobile

altrui sia nella disponibilità e sia stato utilizzato dall'amministrazione pubblica per finalità di pubblico interesse, pur in assenza di titolo.
L'Adunanza plenaria 9 febbraio 2016, n. 2 ha già affermato come l'art. 42 *bis* "introduce una norma di natura eccezionale" e che l'acquisizione ivi prevista "costituisce una delle possibili cause legali di estinzione di un fatto illecito".
Tale articolo "configura un procedimento ablatorio sui generis, caratterizzato da una precisa base legale, semplificato nella struttura (*uno actu perficitur*), complesso negli effetti (che si producono sempre e comunque *ex nunc*), il cui scopo non è (e non può essere) quello di sanatoria di un precedente illecito perpetrato dall'Amministrazione (perché altrimenti integrerebbe una espropriazione indiretta per ciò solo vietata), bensì quello autonomo, rispetto alle ragioni che hanno ispirato la pregressa occupazione *contra ius*, consistente nella soddisfazione di imperiose esigenze pubbliche, redimibili esclusivamente attraverso il mantenimento e la gestione di qualsiasi opera dell'infrastruttura realizzata *sine titulo*".
La natura di "norma di chiusura", propria dell'art. 42-*bis* – desumibile anche dai principi (ora riportati) già espressi da questa Adunanza Plenaria - rende evidente la finalità di ricondurre nell'alveo legale del sistema tutte le situazioni in cui l'amministrazione, quale che ne sia la causa, si trovi ad avere utilizzato la proprietà privata per ragioni di pubblico interesse, ma in difetto di un valido titolo legittimante.
Ne consegue che il dato letterale della norma non osta all'applicazione dell'art. 42 *bis* nelle ipotesi in cui il difetto di titolo si manifesti per intervenuta declaratoria di nullità ovvero per annullamento del contratto di compravendita.
La possibilità di consentire l'applicazione dell'art. 42 *bis* (e, quindi, del decreto di acquisizione) in tutte le ipotesi in cui – come sostenuto dall'ordinanza di rimessione - "per qualsiasi ragione un bene immobile altrui sia utilizzato dall'amministrazione per scopi di interesse pubblico", oltre a non essere impedita dal dato letterale della disposizione, risulta coerente anche con un inquadramento logico-sistematico della disposizione medesima, nell'ambito di una più generale riflessione sull'attività amministrativa e sugli strumenti ad essa inerenti.
A fronte del testo dell'art. 42 *bis* che richiede che l'utilizzazione *sine titulo* del bene deve essere comunque intervenuta "per scopi di interesse pubblico", giova ricordare che l'attività della pubblica amministrazione risulta costantemente funzionalizzata alla cura, tutela, perseguimento dell'interesse pubblico, sia che a tali fini vengano esercitati poteri pubblicistici ad essa conferiti – e dei quali l'interesse pubblico costituisce, al tempo stesso, la causa dell'attribuzione e la giustificazione dell'esercizio in concreto – sia che vengano utilizzati strumenti propri del diritto privato, in un contesto generale già delineato attraverso l'esercizio di potestà pubbliche.
Tale affermazione, che può essere ritenuta ormai principio acquisito dall'ordinamento, trova il suo riscontro nell'art. 1, l. 7 agosto 1990 n. 241, che, nell'enunciare i "principi generali dell'attività amministrativa", prevede che la stessa si effettui sia mediante l'esercizio di poteri autoritativi, sia ricorrendo ad istituti di diritto privato ("salvo che la legge non disponga diversamente").

L'azione amministrativa che si concretizza nell'emanazione di provvedimenti amministrativi, ovvero quella che si svolge, in forma paritetica, attraverso la sottoscrizione di accordi con i soggetti privati (art. 11, l. n. 241 del 1990, in particolare attraverso gli accordi sostitutivi di provvedimento), così come la stessa azione che utilizza direttamente strumenti disciplinati dal diritto privato (in specie, contratti), partecipa dell'unica (ed unificante) ragione di interesse pubblico, che la sorregge e giustifica., rappresentandone la causa in senso giuridico.

Con la precisazione che, mentre nelle prime due ipotesi le finalità di pubblico interesse sono implicite nello stesso ricorso ad atti "tipici", quali il provvedimento amministrativo o l'accordo (procedimentale o sostitutivo), nella terza ipotesi il ricorso ad atti di diritto privato (e, segnatamente, contratti tipici e nominati previsti dal codice civile) in tanto può essere ricondotta all'ambito di una azione amministrativa funzionalizzata, in quanto essa si iscriva, anche in ossequio al principio di legalità dell'azione amministrativa, in un contesto di finalità di interesse pubblico, previamente definito mediante l'esercizio dei poteri all'uopo occorrenti e obiettivamente accertabile.

Proprio tale più generale immanenza dell'interesse pubblico, anche in ipotesi ulteriori rispetto a quella di natura provvedimentale, ha già fatto più volte affermare alla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (Cons. St., sez. IV, 15 maggio 2017 n. 2256), la irriducibilità degli accordi di cui all'art. 11, l. n. 241 del 1990 a meri "strumenti di matrice civilistica".

Si è a tal fine osservato che "fermi i casi di contratti di diritto privato (per i quali trovano certamente applicazione le disposizioni del codice civile), nei casi invece di contratto ad oggetto pubblico l'amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia; tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti", sempre "in quanto compatibili" e salvo che "non diversamente previsto".

Orbene, alle ipotesi costituite da accordi tra amministrazione e privati - e specificamente accordi sostitutivi aventi contenuto patrimoniale (cui, secondo una definizione comunemente invalsa, può attribuirsi il *nomen* di "contratti ad oggetto pubblico", in quanto disciplinanti aspetti patrimoniali connessi all'esercizio di potestà: v. Cons. St., sez. IV, n. 2256 del 2017) - ben possono affiancarsi le ipotesi in cui l'amministrazione stipuli contratti di diritto privato in un quadro che – pur non caratterizzato dallo svolgimento di un procedimento amministrativo o in sostituzione di questo – risulta tuttavia già delineato dal precedente esercizio di poteri pubblici, con i quali si è già provveduto ad individuare le finalità di pubblico interesse da perseguire.

Con riguardo ai c.d. contratti ad oggetto pubblico ed ai c.d. contratti ad evidenza pubblica, la giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di osservare (Cons. St., sez. IV, n. 2256 del 2017) come la finalità di pubblico interesse ne determini diversamente il contenuto.

Nei primi (contratti ad oggetto pubblico), la predetta finalità "non costituisce (né lo potrebbe) una "immanenza" esterna alla convenzione/contratto, ma essa – in quanto la Pubblica amministrazione persegue sempre nella sua azione interessi pubblici, in conformità al principio di legalità, quale che sia il modulo utilizzato - conforma il contratto

medesimo, ed in particolare – proprio in ragione delle definizioni che il diritto privato ne offre – gli elementi essenziali della causa e dell'oggetto".
Nei secondi (contratti ad evidenza pubblica) - laddove non è presente una regolazione degli aspetti patrimoniali dell'esercizio della potestà, ma sono presenti solo procedimenti antecedenti al contratto, volti ad individuare il soggetto contraente con la pubblica amministrazione - tuttavia "una volta scelto il contraente, il contratto stipulato successivamente alla fase di evidenza pubblica non rifluisce "immediatamente" nella più generale disciplina del codice civile e delle ulteriori disposizioni che eventualmente regolano il rapporto patrimoniale consensualmente instaurato tra privati. Ciò è a tutta evidenza negato dalla stessa presenza di una (copiosa) disciplina speciale che normalmente assiste il momento genetico e quello funzionale del contratto, e che non può che giustificarsi se non in ragione della "particolare natura" dello stesso; laddove tale "particolare" natura non è costituita dall'esservi la pubblica amministrazione quale soggetto contraente, bensì dall'essere la causa e l'oggetto del contratto differentemente conformati, in ragione delle finalità di interesse pubblico perseguite con il contratto, e dunque con l'adempimento delle obbligazioni assunte per il tramite delle rispettive prestazioni (a seconda dei casi, l'opus o il servizio)".
In definitiva, nei casi in cui la pubblica amministrazione – dopo avere individuato per il tramite di un generale e preventivo atto di esercizio di potestà, anche in ossequio al principio di legalità, la finalità di pubblico interesse – decida di perseguire quest'ultima non già attraverso procedimenti amministrativi tipici ed esercizio di poteri provvedimentali, bensì ricorrendo a ordinari modelli privatistici (nei limiti consentiti dall'ordinamento), la predetta finalità di interesse pubblico resta immanente al contratto ed al rapporto così posto in essere.
Ciò comporta, di conseguenza, che, laddove la finalità di pubblico interesse non risulta (o non risulta più) essere perseguita (o perseguibile) per il tramite del contratto, non può escludersi, in generale, che l'amministrazione possa intervenire sul rapporto insorto (ovvero sulle conseguenze di fatto di un rapporto comunque cessato) per il tramite dell'esercizio di poteri pubblicistici.
Non può, dunque, condividersi la sentenza impugnata laddove essa afferma che sarebbe contrario "ai principi costituzionali e sovranazionali consentire alla P.A. che agisce in veste di contraente privato di mutare in corso di rapporto la natura del potere speso, perché ciò attribuirebbe alla parte pubblica un privilegio confliggente quantomeno con gli artt. 3 e 42 Cost.".

La stessa Adunanza plenaria 18 febbraio 2020, n. 5 ha affermato che il giudicato restitutorio (amministrativo o civile), inerente all'obbligo di restituire un'area al proprietario da parte dell'Amministrazione occupante *sine titulo*, non preclude l'emanazione di un atto di imposizione di una servitù, in esercizio del potere *ex* art. 42 *bis*, comma 6, t.u. n. 327 del 2001, poiché questo presuppone il mantenimento del diritto di proprietà in capo al suo titolare.
Ha chiarito l'Alto consesso che perché possa prodursi l'effetto preclusivo derivante dal giudicato restitutorio, occorre che la sentenza preveda espressamente, in accoglimento

di una specifica domanda avanzata in tal senso dal ricorrente o dall'attore, la condanna dell'amministrazione alla restituzione del bene; per altro verso, l'effetto preclusivo, in quanto derivante, come si è detto, da una espressa condanna alla restituzione del bene, si realizza con riguardo al provvedimento *ex* art. 42 bis, comma 2, comportante l'acquisizione dello stesso alla proprietà pubblica (in particolare, al patrimonio indisponibile della medesima) e non può, quindi, inibire anche l'adozione del diverso provvedimento di imposizione di servitù, di cui al successivo comma 6.
Quanto a questo secondo aspetto, la sentenza coperta da giudicato in senso sostanziale, *ex* art. 2909 c.c., fa stato tra le parti, i loro eredi ed aventi causa, nei limiti oggettivi costituiti dai suoi elementi costitutivi, ovvero il titolo della stessa azione (*causa petendi*) e il bene della vita che ne forma oggetto (c.d. *petitum* mediato).
Appare, dunque, evidente come, se oggetto del *petitum* è il recupero del bene alla piena proprietà e disponibilità del soggetto privato originariamente proprietario, non rientra nell'ambito oggettivo del giudicato, e dunque non si pone in contrasto con lo stesso, un provvedimento che, senza incidere sulla titolarità del bene, imponga sullo stesso *ex novo* (e, quindi, *ex nunc*) una servitù, trattandosi di ipotesi affatto diversa da quella inibita dal giudicato e assolutamente coerente con, e anzi presupponente, il mantenimento della proprietà in capo al privato.

Con sentenza 20 gennaio 2020, n. 2 l'Adunanza plenaria ha affermato che le fattispecie disciplinate dall'art. 42-*bis*, t.u. n. 327 del 2001, l'illecito permanente dell'Autorità viene meno nei casi da esso previsti (l'acquisizione del bene o la sua restituzione), salva la conclusione di un contratto traslativo tra le parti, di natura transattiva e la rinuncia abdicativa non può essere ravvisata.
Ha chiarito l'Adunanza plenaria che per le fattispecie disciplinate dall'art. 42-*bis* una rigorosa applicazione del principio di legalità, in materia affermato dall'art. 42 Cost., e rimarcato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, richiede una base legale certa perché si determini l'effetto dell'acquisto della proprietà in capo all'espropriante. E se la norma non prevede alcun riferimento a un'ipotesi di rinuncia abdicativa – che, peraltro, così delineata, avrebbe tutti i caratteri strutturali e gli effetti di una rinuncia traslativa- è stato per converso introdotto nell'ordinamento una disciplina specifica e articolata che attribuisce all'amministrazione una funzione autoritativa in forza della quale essa può scegliere tra restituzione del bene o acquisizione della proprietà nel rispetto dei requisiti sostanziali e secondo le modalità ivi previsti. Nessuna norma attribuisce per contro al soggetto espropriato, pur a fronte dell'illegittimità del titolo espropriativo, un diritto, sostanzialmente potestativo, di determinare l'attribuzione della proprietà all'amministrazione espropriante previa corresponsione del risarcimento del danno.
Inoltre, poiché l'art. 42-*bis* dispone che il titolo di acquisto possa essere l'atto di acquisizione (espressione di una scelta dell'autorità), si ritiene che non si possa attribuire alcun rilievo a tal fine a un atto diverso, vale a dire al successivo atto di liquidazione del danno, peraltro emanato in esecuzione di una sentenza; in altre parole, né dall'art. 42-*bis* né da altra norma può ricavarsi l'attribuzione dell'effetto giuridico di rinuncia abdicativa alla

fattispecie complessa derivante dalla coesistenza della sentenza di condanna e dell'atto di liquidazione del danno.
Invero, per l'art. 42-*bis* l'autorità può acquisire il bene con un atto discrezionale, in assenza del quale scattano gli ordinari rimedi di tutela, compreso quello restitutorio, non residuando alcuno spazio per giustificare la perdurante inerzia dell'amministrazione, che non solo apprende in modo illecito il bene del privato, ma che attraverso una propria omissione (non esercitando il potere all'uopo previsto dalla legge) finirebbe per ottenere la proprietà del bene stesso ancora una volta al di fuori delle procedure legali previste dall'ordinamento.
La scelta, di acquisizione del bene o della sua restituzione, va effettuata esclusivamente dall'autorità (o dal commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo, all'esito del giudizio di cognizione o del giudizio d'ottemperanza, ai sensi dell'art. 34 o dell'art. 114 c.p.a.): in sede di giurisdizione di legittimità, né il giudice amministrativo né il proprietario possono sostituire le proprie valutazioni a quelle attribuite alla competenza e alle responsabilità dell'autorità individuata dall'art. 42-bis.
Pertanto, il giudice amministrativo, in caso di inerzia dell'Amministrazione e di ricorso avverso il silenzio *ex* art. 117 c.p.a., può nominare già in sede di cognizione il commissario ad acta, che provvederà ad esercitare i poteri di cui all'art. 42-*bis*, d.P.R. n. 327 del 2001 o nel senso della acquisizione o nel senso della restituzione del bene illegittimamente espropriato.
Qualora, invece, sia invocata solo la tutela (restitutoria e risarcitoria) prevista dal codice civile e non si richiami l'art. 42-*bis*, il giudice deve pronunciarsi tenuto conto del quadro normativo sopra delineato e del carattere doveroso della funzione attribuita dall'art. 42-*bis* all'Amministrazione.
Non sarebbe peraltro ammissibile una richiesta solo risarcitoria, in quanto essa si porrebbe al di fuori dello schema legale tipico previsto dalla legge per disciplinare la materia ponendosi anzi in contrasto con lo stesso. Il che non significa che il giudice possa nondimeno, ove ne ricorrano i presupposti fattuali, accogliere la domanda.
A ben vedere, infatti, la domanda risarcitoria, al pari delle altre domande che contestino la validità della procedura espropriativa, consiste essenzialmente nell'accertamento di tale illegittimità e nella scelta del conseguente rimedio tra quelli previsti dalla legge. É infatti la legge speciale, nel caso di espropriazione senza titolo valido, a indicare quali siano gli effetti dell'accertata illegittimità: il trasferimento non avviene per carenza di titolo e il bene va restituito. La restituzione può essere impedita dall'amministrazione, la quale è tenuta, nell'esercizio di una funzione doverosa (e non di una mera facoltà di scelta) a valutare se procedere alla restituzione del bene previa riduzione in pristino o all'acquisizione del bene nel rispetto di tutti i presupposti richiesti dall'art. 42 *bis* e con la corresponsione di un'indennità pari al valore del bene maggiorato del 10 per cento (e quindi con piena e integrale soddisfazione delle pretese dell'espropriato).
Ad ogni modo, l'ordinamento processuale amministrativo offre un adeguato strumentario per evitare, nel corso del giudizio, che le domande proposte in primo grado, congruenti con quello che allora appariva il vigente quadro normativo e l'orientamento giu-

risprudenziale di riferimento assurto a diritto vivente, siano di ostacolo alla formulazione di istanze di tutela adeguate al diverso contesto normativo e giurisprudenziale vigente al momento della decisione della causa in appello, quali la conversione della domanda ove ne ricorrano le condizioni, la rimessione in termini per errore scusabile ai sensi dell'art. 37 c.p.a. o l'invito alla precisazione della domanda in relazione al definito quadro giurisprudenziale, in tutti i casi previa sottoposizione della relativa questione processuale, in ipotesi rilevata d'ufficio, al contraddittorio delle parti *ex* art. 73, comma 3, c.p.a., a garanzia del diritto di difesa di tutte le parti processuali.
Resta poi fermo che la qualificazione delle domande proposte in giudizio passa attraverso l'interpretazione dei relativi atti processuali, rimessa al giudice investito della decisione della controversia nel merito.

Con sentenza 20 gennaio 2020, n. 4 l'Adunanza plenaria ha chiarito che le fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 42-*bis*, d.P.R. n. 327 del 2001 la rinuncia abdicativa del proprietario del bene occupato *sine titulo* dalla Pubblica amministrazione, anche a non voler considerare i profili attinenti alla forma, non costituisce causa di cessazione dell'illecito permanente dell'occupazione senza titolo.
Ha chiarito l'Alto consesso che nel contesto dell'orientamento affermativo dell'ammissibilità della rinuncia abdicativa quale strumento alternativo di tutela del privato leso dall'occupazione illegittima in funzione della domanda risarcitoria per equivalente del danno da perdita della proprietà, non è mai stata fornita una soluzione certa e univoca in ordine all'individuazione del *titulus* e del *modus adquirendi* del diritto di proprietà in capo all'amministrazione occupante obbligata al risarcimento dei danni.
In particolare, in tale contesto, l'effetto acquisitivo in capo all'amministrazione occupante non può essere ricondotto all'art. 827 c.c., il quale prevede l'acquisto – a titolo originario e non *iure successionis*, come nella diversa fattispecie disciplinata dall'art. 586 c.c. – dei beni vacanti da parte dello Stato (segnatamente, al suo patrimonio disponibile; v., su tale ultimo punto, Cass. civ., 14 aprile 1966, n. 942).
Pur in tesi non attribuendo all'art. 827 c.c. una portata meramente transitoria collegata all'entrata in vigore del Codice civile – volta, cioè, a disciplinare la sola situazione giuridica dei beni che, in ragione di discipline pregresse, a tale momento siano stati privi di proprietario –, la sua applicazione alle vicende espropriative quale quella all'esame giammai consentirebbe di sprigionare l'effetto dell'acquisto della proprietà del bene (che, peraltro, secondo le previsioni dell'art. 42-*bis*, d.P.R. n. 327 del 2001, dovrebbe avvenire al patrimonio indisponibile) in capo all'amministrazione occupante diversa dallo Stato, ma ne determinerebbe l'acquisto al patrimonio disponibile di quest'ultimo (o, nelle Regioni a statuto speciale della Sardegna, della Sicilia e del Trentino-Alto Adige, al patrimonio delle rispettive Regioni, in forza degli artt. 14, 34 e 67 dei rispettivi statuti speciali), con la conseguenza che l'ente occupante, pur ad avvenuto versamento della somma liquidata a titolo risarcitorio, non ne diverrebbe proprietario.
Né a risolvere lo iato tra effetto abdicativo della rinuncia ed effetto acquisitivo in capo all'amministrazione occupante, determinato dall'applicazione dell'art. 827 c.c., appare

idonea la tesi, per cui la rinuncia alla titolarità del bene dovrebbe ritenersi risolutivamente condizionata all'inadempimento dell'amministrazione occupante all'obbligo di corrispondere il controvalore monetario liquidato dal giudice al momento della definizione della controversia, sicché la rinuncia, interinalmente efficace, consoliderebbe i propri effetti al momento dell'effettivo ed integrale versamento del risarcimento da parte dell'amministrazione occupante; secondo tale tesi, il relativo provvedimento di liquidazione escluderebbe in via definitiva la verificazione dell'evento (appunto l'inadempimento) dedotto in condizione e sarebbe soggetto a trascrizione ai sensi del combinato disposto degli artt. 2643 n. 5) e 2645 c.c. "anche al fine di conseguire gli effetti della acquisizione del diritto di proprietà in capo all'amministrazione, a far data dal negozio unilaterale di rinuncia" (v., in tal senso, Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2016, n. 4636). Infatti, la tesi si scontra con il rilievo che la trascrizione assolve alla funzione dell'opponibilità a terzi degli atti dispositivi di diritti reali, ma non ne integra la validità o l'efficacia né può assurgere a elemento costitutivo della fattispecie traslativa o acquisitiva, con la conseguenza che, in mancanza di idoneo titolo d'acquisto in capo all'amministrazione occupante, l'ordine di trascrizione in favore di quest'ultima resterebbe privo di base legale.

Neppure appare possibile l'applicazione analogica di altre fattispecie di acquisto a titolo originario per fatti 'occupatori' disciplinate dal Codice civile, quali gli artt. 923, 940 o 942 c.c., in quanto si incorrerebbe nella violazione del principio di legalità delle fattispecie ablative, sancito dalla Costituzione e dalla CEDU.

Ad analoga obiezione si espongono i tentativi di ricostruire in via pretoria fattispecie traslative complesse, mediate da eventuali sentenze costitutive, atteso il principio di tassatività delle sentenze costitutive di effetti traslativi o acquisitivi di diritti reali, né offrendo l'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a. una sufficiente base legale per pronunce di siffatto tenore.

Né, infine, appare configurabile un'ipotesi di formazione tacita di un accordo traslativo tra parte privata e pubblica amministrazione – ad es., ipotizzando un atto di consenso del privato coessenziale alla dismissione della proprietà e la non opposizione all'acquisto da parte dell'amministrazione –, attesa la necessità della forma scritta *ad substantiam* per i contratti traslativi della proprietà immobiliare, tanto più se parte contrattuale è una pubblica amministrazione.

In secondo luogo, s'impone il rilievo che l'evento della perdita della proprietà è un elemento costitutivo del fatto illecito produttivo del danno.

Aderendo alla tesi della rinuncia abdicativa, l'evento dannoso (perdita della proprietà) verrebbe cagionato dallo stesso danneggiato, in contrasto con i principi che presiedono all'illecito aquiliano, che esigono un rapporto di causalità diretta tra evento dannoso e comportamento del soggetto responsabile, nella specie invece interrotto dalla rinuncia dello stesso danneggiato, la quale soltanto – secondo la tesi all'esame – determina l'effetto della perdita.

Né tale rilievo appare superabile con l'obiezione per cui il proprietario verrebbe 'costretto' ad abdicare in quanto con l'occupazione gli sarebbe rimasto un bene totalmente

privo di utilità, sicché sarebbe l'irreversibile trasformazione del fondo da parte dell'amministrazione ad averne causato la perdita: infatti, per un verso, in caso di contestazione s'imporrebbe la necessità di (spesso complessi) accertamenti giudiziari sul grado di trasformazione del fondo idoneo a giustificare l'atto abdicativo, dall'esito per definizione incerto, con la conseguente introduzione, sotto diversa veste, dell'acquisizione giudiziaria già prevista nel pregresso art. 43, d.P.R. n. 327 del 2001 ed espunta dall'ordinamento per le criticità che la connotavano, e, per altro verso, attraverso la riconduzione causale della perdita del bene alla sua occupazione e trasformazione *sine titulo* da parte dell'amministrazione si (re)introdurrebbe una forma di espropriazione indiretta in contrasto con i canoni della CEDU.

Se, invece, la determinazione circa la rinuncia abdicativa fosse rimessa alla libera e insindacabile (sotto il profilo causale) scelta del proprietario – come sotteso alla tesi della sua ammissibilità, quale espressione della libera autodeterminazione del proprietario in ordine al diritto di proprietà sul bene leso dall'occupazione illegittima –, l'applicazione di tale strumento negoziale alle vicende delle occupazioni illegittime contrasterebbe con i richiamati principi civilistici in tema di illecito aquiliano.

Da ultimo, si osserva che la disciplina del procedimento espropriativo speciale *ex* art. 42-bis d.P.R. n. 327 del 2001 regola, in modo tipico, esaustivo e tassativo, il procedimento di (ri)composizione del contrasto tra l'interesse privato del proprietario e l'interesse generale cui è preordinata l'acquisizione del bene alla mano pubblica comportante la cessazione dell'illecito permanente. L'operatività dell'istituto postula, sul piano logico-giuridico, che la formale titolarità della proprietà risulti ancora in capo al privato (e non sia venuta meno, in tesi, con l'eventuale rinuncia implicita nella proposizione della domanda risarcitoria): infatti, l'adozione dell'atto, unitamente alla liquidazione dell'indennizzo, rappresenta il necessario presupposto per il trasferimento del diritto di proprietà in favore dell'amministrazione.

Una volta disciplinata dal legislatore in modo compiuto ed esauriente, la procedura ablativa speciale – presupponente l'occupazione illegittima e la correlativa modificazione del bene da parte dell'amministrazione (in sé prive di riflessi in ordine alla titolarità del bene) – 'tipizza' i poteri dell'amministrazione e 'conforma' la facoltà di autodeterminazione del proprietario in ordine alla sorte del bene rimasto di sua proprietà.

Per quanto riguarda l'amministrazione, essa è titolare di una funzione, a carattere doveroso nell'*an*, consistente nella scelta tra la restituzione del bene previa rimessione in pristino e acquisizione ai sensi dell'art. 42-*bis*; non quindi una mera facoltà di scelta (o di non scegliere) tra opzioni possibili, ma doveroso esercizio di un potere che potrà avere come esito o la restituzione al privato o l'acquisizione alla mano pubblica del bene. Alternative entrambe finalizzate a porre fine allo stato di illegalità in cui versa la situazione presupposta dalla norma.

Quanto al privato – e corrispondentemente all'alternativa posta in termini funzionali all'amministrazione –, la sua facoltà di autodeterminazione resta conformata (sul piano legislativo, *ex* art. 42, secondo e terzo commi, Cost.) nel senso che al medesimo è attribuita la potestà di compulsare la pubblica amministrazione, attraverso una correlativa

istanza/diffida, all'esercizio del potere/dovere di porre comunque termine alla situazione di illecito permanente costituita dall'occupazione senza titolo e ricondurla a legalità secondo la seguente alternativa: o adottando il provvedimento di acquisizione sulla base degli stringenti criteri motivazionali delineati dal comma 4 dell'art. 42-*bis*, verso la corresponsione dell'indennizzo parametrato ai criteri stabiliti nel precedente comma 1; oppure, in mancanza dell'acquisizione, disponendo la restituzione del bene previa rimessione allo stato pristino (con salvezza, in entrambe le ipotesi, del diritto al risarcimento dei danni per il periodo dell'occupazione illegittima e degli eventuali danni ulteriori).

Altre soluzioni, che potevano trovare una spiegazione in presenza di una lacuna legislativa, non sono ipotizzabili, in quanto resterebbe irrisolta la definizione di una base legale certa per l'effetto traslativo della proprietà. Di conseguenza, all'interprete non è consentito più (se mai lo sia stato) di ricorrere all'analogia *iuris* per integrare la fattispecie normativa di diritto amministrativo settoriale in materia espropriativa, quale tassativamente predeterminata dal legislatore, attraverso il ricorso ad un istituto di natura prettamente privatistica, al dichiarato fine di aggiungere un ulteriore strumento di tutela del privato, limitativo e derogatorio all'istituto dell'art. 42-*bis*. Siffatta operazione ermeneutica – oltre a non essere necessaria sotto il profilo della garanzia della effettività della tutela del proprietario leso, in quanto sussistono idonei mezzi coercitivi affinché l'amministrazione occupante provveda a compiere la scelta tra acquisizione o restituzione – comporta, invero, uno stravolgimento dell'assetto d'interessi sotteso e (ri)composto (d)alla particolare procedura ablativa disciplinata dal citato articolo di legge; affida la decisione sulla sorte del bene ad un atto eventuale e unilaterale del proprietario, cui si finirebbe per attribuire una sorta di diritto potestativo direttamente ricadente nella sfera giuridica dell'amministrazione; e si risolve, in definitiva, nell'inammissibile introduzione *praeter legem* di una nuova fattispecie ablativa/traslativa (peraltro, lasciando irrisolta la questione fondamentale circa il *titulus* e il *modus adquirendi* della proprietà del bene in capo all'ente occupante), la cui disciplina è, invece, riservata alla legge e informata alla tassatività e tipicità dei poteri ablatori e delle relative procedure.

Concludendo sul punto, preminenti esigenze di sicurezza giuridica, implicanti la prevedibilità, per tutti i soggetti coinvolti (compresa la parte pubblica), della fattispecie ablativa/acquisitiva, non possono che escludere la rilevanza dell'atto unilaterale di rinuncia abdicativa alla proprietà dell'immobile, ai fini della cessazione dell'illecito permanente costituito dall'occupazione *sine titulo* del bene di proprietà privata e della riconduzione della situazione di fatto a legalità.

Come sopra ripetutamente accennato, l'ordinamento processuale amministrativo appresta uno strumentario processuale efficace per reagire all'eventuale inerzia della pubblica amministrazione con l'azione *ex* artt. 31 e 117 c.p.a., oppure, a seconda della fase in cui pende il processo e del tipo di azione esercitata, attraverso l'assegnazione, nella sentenza cognitoria, di un termine per provvedere in ordine all'acquisizione o (in caso di non acquisizione) alla restituzione del bene illegittimamente occupato, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. b), c.p.a., con eventuale contestuale nomina di un commissario ad acta a norma dell'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a.. per il caso di persistente inottemperanza

all'ordine di provvedere (al fine, appunto, di ricondurre la situazione di occupazione illegittima nell'alveo della legalità attraverso l'esercizio del correlativo potere, di natura vincolata nell'*an* e discrezionale nel *quomodo*). In particolare, l'iniziativa procedimentale e il successivo giudizio sul silenzio costituiscono mezzi con cui il proprietario del bene occupato può far valere l'interesse ad ottenere un ristoro pecuniario in luogo della restituzione del bene, che, per le ragioni sopra esposte, non può più trovare tutela attraverso il meccanismo della rinuncia abdicativa (che rimetterebbe alla determinazione unilaterale del privato la decisione sulla sorte del bene, al contempo lasciando irrisolta la vicenda acquisitiva).

Viene, con ciò, offerta al privato una tutela celere, concentrata e definitiva dell'interesse leso, senza necessità di ricorrere alla costruzione della rinuncia abdicativa. Ricorso, per quanto si è detto, non più consentito in assenza di una lacuna legislativa e anzi in presenza di una disciplina volta a fornire una base legale specifica, certa e prevedibile, all'effetto ablativo della proprietà.

Il carattere assorbente della risposta al quesito precedente rende non rilevante il successivo quesito, che comunque rafforza le criticità della teoria della rinuncia abdicativa.

In primo luogo, la proposizione di una domanda risarcitoria del pregiudizio sofferto rispetto a un bene, attraverso la richiesta di una somma corrispondente al controvalore del bene, nulla esprime realmente in ordine alla volontà di preservarne, o meno, la titolarità.

Infatti, siffatta domanda non è né logicamente né giuridicamente incompatibile con la volontà di permanere titolare del diritto di proprietà, potendo anche il danno da perdita del godimento del bene, in vista della sua proiezione tendenziale all'infinito in ragione di una prospettata radicale e irreversibile trasformazione del bene, finire per equivalere al valore di scambio, sicché la mera richiesta di un risarcimento del danno commisurato al valore del bene appare del tutto neutra sotto il profilo della volontà di rinunciare, o meno, alla proprietà.

Considerata la rilevanza degli effetti dell'atto abdicativo, comportante la perdita del diritto di proprietà su un bene immobile, non appare ammissibile, per ragioni di certezza del traffico giuridico immobiliare, ancorare l'effetto a manifestazioni di volontà enucleabili da atti processuali a contenuto non univoco, in violazione dei principi di accessibilità, precisione e prevedibilità cui deve essere improntata la disciplina delle procedure ablative nonché lo stesso regime giuridico di circolazione dei beni, per di più immobili.

In secondo luogo, occorre rilevare che l'atto di rinuncia al diritto di proprietà su beni immobili è soggetto alla forma scritta *ad substantiam* ai sensi dell'art. 1350, n. 5), c.c., per cui vanno redatti per iscritto "gli atti di rinunzia ai diritti indicati dai numeri precedenti" (nei quali rientra anche il diritto di proprietà).

Ebbene, anche in ipotesi aderendo all'orientamento giurisprudenziale e dottrinario che ritiene ammissibile una manifestazione tacita di volontà nel contesto di un atto per la cui validità è richiesta la forma scritta – con la motivazione che una forma vincolata non significa che la volontà debba essere espressa, essendo sufficiente che la stessa vi sia contenuta, anche in forma tacita, ma in modo da rilevare, per quanto qui interessa, una

volontà incompatibile con il mantenimento del diritto di proprietà –, l'atto formale contenente la volontà tacita di rinuncia deve, in ogni caso, assumere la forma scritta *ad substantiam* (scrittura privata o atto pubblico), ossia essere munita della sottoscrizione personale della parte, autenticata o comunque riconosciuta nelle forme di legge.

La sez. II, con sentenza 9 novembre 2020, n. 6863 ha affermato che la legittimazione ad agire contro una procedura espropriativa spetta sia ai proprietari dei terreni colpiti che a tutti gli altri soggetti titolari di un interesse qualificato ad essi ricollegabile, che deve essere provato sulla base di un titolo giuridico; ai fini della sussistenza della legittimazione attiva all'impugnazione degli atti di una procedura ablativa, cioè, non è ritenuto essenziale che la relazione giuridica col bene immobile sia costituita dal diritto di proprietà, ma è sufficiente l'esistenza di un diritto reale o personale di godimento su cosa altrui, ossia comunque una relazione giuridica qualificata con il bene oggetto del provvedimento ablativo, tale da identificare una posizione giuridica soggettiva individualizzata e specifica che connoti un interesse all'annullamento dell'atto ablativo.
La Sezione ha affrontato il problema della legittimazione attiva dei titolari di un diritto reale o personale di godimento avuto riguardo ad una procedura di esproprio. Ha affermato che anche la titolarità in capo ai ricorrenti di una "concessione livellaria" consente di riconoscere loro una posizione giuridica qualificata azionabile in giudizio parificabile a quella del titolare di un diritto di enfiteusi. Ciò non può non valere anche in caso di azioni meramente risarcitorie o restitutorie, nel limitato ambito di ammissibilità delle stesse innanzi al giudice amministrativo alla luce dei principi affermati di recente dalle pronunce dell'Adunanza plenaria nn. 2, 3, 4 e 5 del 2020. Ciò rende pertanto irrilevante la prova della proprietà piena dei terreni ai fini della riconosciuta legittimazione, impattando la stessa casomai sul *quantum* della richiesta, ma non sull*'an.*
Ha ancora affermato la Sezione che tra i titolari di diritti reali o personali di godimento, solo l'enfiteuta è espressamente preso in considerazione ai fini della corresponsione dell'indennità di esproprio; per contro, agli altri non è riconosciuto il diritto ad indennità aggiuntive, risolvendosi la relativa posizione sul piano dei rapporti con la proprietà, la tutela della pienezza del ristoro della quale è rafforzata dalla riconosciuta possibilità di proporre l'opposizione alla stima, ovvero di partecipare al giudizio già instaurato allo scopo.
Ha ricordato la Sezione che l'art. 42 bis, d.P.R. n. 327 del 2001, pur essendo rubricato in termini generali "utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico", declina alla lettera l'acquisizione al patrimonio indisponibile dello stesso e la corresponsione "al proprietario" dell'indennizzo per il danno subito, quantificato nel 10 % del valore venale del bene. Il combinato disposto di tale disposizione con la previsione della titolarità del diritto all'indennizzo anche per l'enfiteuta - e dunque, *mutatis mutandis*, per il livellario, cui si riferisce il caso di specie- non possa non imporre all'Amministrazione procedente di attivarsi per concludere il procedimento avviato, acquisendo o restituendo il bene, previa rimessione in pristino, all'esito di motivata valutazione comparativa degli interessi in gioco, siccome chiarito dall'Adunanza plenaria nelle decisioni nn. 2, 3, 4 e 5 del 2020.

Nella sentenza 28 gennaio 2020, n. 705 la sez. II ha affermato che la cessione volontaria di beni immobili rientra nel più ampio *genus* dei c.d. contratti ad oggetto pubblico, che si diversifica dai normali contratti di compravendita di diritto privato per una serie di imprescindibili elementi costitutivi, che vanno individuati nell'inserimento del negozio nell'ambito di un procedimento di espropriazione per pubblica utilità, nel cui contesto la cessione assolve alla peculiare funzione dell'acquisizione del bene da parte dell'espropriante, quale strumento alternativo all'ablazione d'autorità mediante decreto di esproprio; nella preesistenza non solo di una dichiarazione di pubblica utilità ancora efficace, ma anche di un subprocedimento di determinazione dell'indennità e delle relative offerte ed accettazione, con la sequenza e le modalità previste dall'art. 12, l. n. 865 del 1971; nel prezzo di trasferimento volontario correlato ai parametri di legge stabiliti, inderogabilmente, per la determinazione dell'indennità di espropriazione.
Ha chiarito la Sezione che la peculiarità di tale tipologia di accordo ha comportato oscillazioni giurisprudenziali rivenienti dall'accentuato valore solo civilistico degli stessi (Cass.civ., SS.UU., 6 dicembre 2010, n. 24687), ovvero, al contrario, sull'enfatizzato rilievo attribuito al potere autoritativo comunque sotteso alla relativa stipula, con conseguente assegnazione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva anche per le controversie che attengono alla loro esecuzione (Cons. St. sez. V, 20 agosto 2013, n. 4179). Il Giudice delle leggi (Corte cost. nn. 204 del 2004 e 191 del 2006), ha chiarito che l'utilizzo dello strumento degli accordi presuppone l'esistenza in capo alla p.a. di un potere autoritativo: l'accordo sostituisce l'atto unilaterale, ma non può essere utilizzato se non in sostituzione di un provvedimento espressione di potere autoritativo. Traendo spunto dalle coordinate offerte dalla Consulta in sede di valutazione della costituzionalità dell'art. 53, d.P.R. n. 327 del 2001, si è dunque affermato che, attratta la cessione volontaria sotto il più duttile ombrello dell'accordo sostitutivo o integrativo di provvedimento, sia pure nei limiti della tipicità dei provvedimenti autoritativi che va a sostituire, le controversie relative alla sua esecuzione, diverse da quelle in tema di indennità, devono essere conosciute dal giudice amministrativo (Cons. St., sez. VI. 14 settembre 2005, n. 4735).
L'inserimento della cessione nell'ambito di un accordo integrativo o sostitutivo di provvedimento ex art. 11, l. n. 241 del 1990 non si palesa dunque neutra rispetto all'individuazione del giudice chiamato a decidere le relative controversie, con ciò dequotando l'accordo a vuoto simulacro formale.
Gli accordi sostitutivi di provvedimento, disciplinati a livello generale nell'art. 11, l. n. 241 del 1990, costituiscono la formale consacrazione della legittimazione negoziale delle pubbliche amministrazioni. Trattasi di un istituto che attinge egualmente alla natura di patto o convenzione, ma anche di fonte di situazioni giuridiche patrimoniali diverse dalle obbligazioni civilistiche, che non esaurisce, come ha evidenziato la dottrina più accorta, il previgente modello del contratto ad oggetto pubblico, proprio in ragione della molteplicità di funzioni cui può assolvere. Esso si connota per la sostanziale equivalenza o sovrapponibilità fra funzione economico sociale e cura dell'interesse pubblico e "sostituisce" il provvedimento anche in senso finalistico, consentendo cioè attraverso il

modulo della negoziazione di ottenere un risultato più conveniente di quello ottenibile con il primo da parte dell'amministrazione.
La previsione, all'interno della disciplina del procedimento amministrativo, di un istituto generale quale l'accordo integrativo o sostitutivo di provvedimento, quest'ultimo originariamente circoscritto ai soli casi previsti dalla legge (v. la novella apportata con la l. 11 febbraio 2005, n. 15, che ha eliminato il relativo inciso dalla norma), ha definitivamente sancito la legittimazione negoziale delle pubbliche amministrazioni. L'istituto, tuttavia, in quanto nel contempo patto o convenzione, ma anche fonte di situazioni giuridiche patrimoniali diverse dalle obbligazioni civilistiche, non esaurisce, come ha evidenziato la dottrina più accorta, il previgente modello del contratto ad oggetto pubblico, proprio in ragione della molteplicità di funzioni cui può assolvere, pur connotandosi per la sostanziale equivalenza o sovrapponibilità fra funzione economico sociale e cura dell'interesse pubblico. L'accordo, dunque, "sostituisce" il provvedimento anche in senso finalistico, consentendo cioè attraverso il modulo della negoziazione di ottenere un risultato più conveniente di quello ottenibile con il primo da parte dell'amministrazione. Laddove, cioè, il responsabile del procedimento valuti che esso costituisce lo strumento più idoneo per la composizione degli interessi coinvolti nell'azione amministrativa, può addivenire alla stipula di un contratto cui l'ordinamento giuridico ricollega determinati effetti, ciascuno dei quali a sua volta conseguibile anche con provvedimenti. La significatività dell'istituto sta pertanto proprio nel suo mutuare aspetti necessariamente civilistici mischiandoli a contenuti tipicamente autoritativi, con ciò realizzando un'efficace sintesi - *rectius*, la miglior sintesi possibile, secondo la valutazione del soggetto pubblico agente - tra l'interesse pubblico sotteso all'intervento, complessivamente inteso, e il necessario incontro tra le volontà, quale metodologia per il suo perseguimento.

26. Edilizia.
Sono molte le sentenze del Consiglio di Stato intervenute nella variegata materia dell'edilizia e della tutela del territorio.

26.1. Legittimazione a chiedere il rilascio del titolo edilizio da parte del comproprietario in regime di comunione legale tra i coniugi.
Con sentenza 12 marzo 2020, n. 1766 la sez. II ha affermato che il soggetto legittimato alla richiesta del titolo abilitativo deve essere colui che abbia la totale disponibilità del bene (pertanto l'intera proprietà dello stesso e non solo una parte o quota di esso), non potendo riconoscersi legittimazione al semplice proprietario pro quota ovvero al comproprietario di un immobile, e ciò per l'evidente ragione che diversamente considerando il contegno tenuto da quest'ultimo potrebbe pregiudicare i diritti e gli interessi qualificati dei soggetti con cui condivida la propria posizione giuridica sul bene oggetto di provvedimento; tali principi, tuttavia, non sono applicabili per gli immobili che ricadono in comunione legale tra i coniugi.
La comunione legale tra i coniugi, infatti, non è una comproprietà in cui ciascun compartecipante è titolare di una quota pari ad 1/2 del bene. Si tratta, invece, di un istituto particolare (c.d. di tipo "germanico") senza quote. In sostanza, si può solo dire che tutti

i soggetti sono comproprietari dell'intero bene. Pertanto, ciascun coniuge deve ritenersi legittimato a presentare anche *uti singuli* l'istanza *ad aedificandum*, avendo la stessa, peraltro, effetti favorevoli anche nei confronti del coniuge rimasto inerte.

26.2. Contrasto tra norma regionale e norma statale sopravvenuta in materia di s.c.i.a..

Con sentenza 17 novembre 2020, n. 1848 la sez. II ha ricordato che in caso di contrasto tra norma regionale e norma statale sopravvenuta in materia di s.c.i.a. - derivante dalla circostanza che nella prima è più ampio il potere dell'Amministrazione di irrogare la misura inibitoria e ripristinatoria pur dopo il decorso del termine di trenta giorni dalla presentazione della s.c.i.a., non soggiacendo il legittimo esercizio dello stesso alla verifica dell'esistenza dei peculiari presupposti dell'annullamento di ufficio – determina l'automatica abrogazione della preesistente norma regionale in contrasto con essa, derivando l'obbligo della Regione di adeguare la propria legislazione.

Ha ricordato la Sezione che l'art. 9, l. 10 febbraio 1953, n. 62 (c.d. "legge Scelba") prevede, al comma 1, che "L'emanazione di norme legislative da parte delle Regioni nelle materie stabilite dall'articolo 117 della Costituzione si svolge nei limiti dei principi fondamentali quali risultano dalle leggi che espressamente li stabiliscono per le singole materie o quali si desumono dalle leggi vigenti". Il successivo art. 10, rubricato "Adeguamento delle leggi regionali alle leggi della Repubblica", dispone, al comma 1, che "Le leggi della Repubblica che modificano i principi fondamentali di cui al primo comma dell'articolo precedente abrogano le norme regionali che siano in contrasto con esse", aggiungendo, al comma 2, che "I Consigli regionali dovranno portare alle leggi regionali le conseguenti necessarie modificazioni entro novanta giorni".

Ad avviso della Sezione alla luce delle richiamate disposizioni, pertanto, la sopravvenienza di una norma statale di principio in materia di legislazione concorrente (quale è quella del governo del territorio) determina l'automatica abrogazione della preesistente norma regionale in contrasto con essa (Corte cost. 25 giugno 2015, n. 117; id. 21 giugno 2007, n. 223; id. 31 dicembre 1993, n. 498), derivando l'obbligo della Regione di adeguare la propria legislazione in modo che la norma statale di principio venga rispettata.

Non vi è dubbio, secondo la Sezione, che l'art. 146, l. reg. Toscana 10 novembre 2014, n. 65 sia in contrasto con la sopravvenuta disposizione recata dal comma 4 dell'art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241, come sostituito dall'art. 6, comma 1, lett. a), l. 7 agosto 2015, n. 124 (in vigore dal 28 agosto 2015). E invero, il suddetto comma 4 prevede che "Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6 *bis*, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'art. 21 *nonies*".

Dunque, a tenore di tale disposizione, l'adozione della misura inibitoria e ripristinatoria è sempre possibile pur dopo il decorso dell'ordinario termine di trenta giorni dalla presentazione della s.c.i.a., ma ciò è consentito solo adottando le forme ed i presupposti normativi previsti per l'esercizio dell'autotutela annullatoria dall'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990. Non si tratta, dunque, di annullamento in senso proprio, in quanto manca un provvedimento amministrativo di primo grado da ritirare, considerandosi che la s.c.i.a.

non è un provvedimento amministrativo in forma tacita e non dà luogo ad un titolo costitutivo provvedimentale, costituendo piuttosto una dichiarazione di volontà privata di intraprendere una determinata attività ammessa direttamente dalla legge.
E' comunque una forma di intervento amministrativo in autotutela, considerandosi che il potere interviene su di un titolo abilitativo ormai formatosi (sia pur per effetto della dichiarazione di volontà del privato ed in assenza di un provvedimento amministrativo) e una volta decorso il termine ordinario di trenta giorni normativamente previsto per l'esercizio dello stesso in via ordinaria; richiedendo, altresì, la disposizione normativa l'esistenza dei presupposti (sostanziali e procedimentali) necessari per l'annullamento di ufficio.
L'art. 146, l. reg. Toscana n. 65 del 2014, invece, prevede che la misura inibitoria e ripristinatoria possa essere adottata comunque pur dopo il decorso dei trenta giorni dalla presentazione della s.c.i.a., in maniera generalizzata per gli interventi di ristrutturazione edilizia e, per gli interventi di minore incidenza urbanistico-edilizia soggetti a s.c.i.a, in presenza di altri presupposti, che non sono comunque quelli relativi all'esercizio dell'autotutela decisoria contemplati dall'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990.
La disposizione regionale, dunque, a differenza di quella statale, non subordina l'intervento inibitorio e ripristinatorio tardivo all'esercizio dell'autotutela. Il contrasto tra norma regionale e norma statale sopravvenuta è, pertanto, evidente, risultando nella prima decisamente più ampio il potere dell'amministrazione di irrogare la misura inibitoria e ripristinatoria pur dopo il decorso del termine di trenta giorni dalla presentazione della s.c.i.a., non soggiacendo il legittimo esercizio dello stesso alla verifica dell'esistenza dei peculiari presupposti dell'annullamento di ufficio; in particolare, la norma regionale consente l'esercizio del potere inibitorio pur dopo il termine di trenta giorni anche in caso di contrasto dell'intervento con la normativa urbanistica, mentre la sopravvenuta norma statale, generalizzando l'obbligo di autotutela, prevede anche per tale ipotesi l'adozione della misura ripristinatoria solo in presenza dei requisiti previsti dall'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990.
Ha osservato la Sezione che a dimostrazione dell'effetto abrogativo determinatosi in virtù dell'art. 10, comma 1, l. n. 62 del 1953, che la sopravvenuta disposizione statale di cui al richiamato comma 4 dell'art. 19, l. n. 241 del 1990 è certamente norma di principio. Valga in proposito richiamare i contenuti della sentenza della Corte cost. n. 49 del 9 marzo 2016, intervenuta in un giudizio di legittimità costituzionale relativo all'art. 84 *bis*, l. reg. Toscana 3 gennaio 2005, n. 1, avente lo stesso contenuto sostanziale dell'art. 146, l. reg. Toscana n. 65 del 2014 della quale in questa sede si discute; giudizio conclusosi con la declaratoria di illegittimità costituzionale del richiamato art. 84 *bis*, comma 2, lett. b), per violazione dell'art. 117, comma 3, Cost., in quanto "la normativa regionale in esame, nell'attribuire all'Amministrazione un potere di intervento, lungi dall'adottare una disciplina di dettaglio, ha introdotto una normativa sostitutiva dei principi fondamentali dettati dal legislatore statale". Le considerazioni espresse dal Giudice delle leggi evidenziano chiaramente come il richiamato comma 4 dell'art. 19, l. n. 241 del 1990, come sostituito dalla l. n. 124 del 2015), nel regolamentare l'esercizio del potere di autotutela in caso di s.c.i.a., costituisca una norma di principio, risultando parte integrante

della disciplina del predetto titolo abilitativo. Sulla base delle argomentazioni tutte sopra esposte, pertanto, la Sezione ha concluso che l'entrata in vigore del comma 4 dell'art. 19, l. n. 241 del 1990, recante una norma di principio della legislazione statale, abbia determinato l'abrogazione della norma regionale previgente di cui all'art. 146, l. reg. Toscana n. 65 del 2014.

26.3. Abbattimento di barriere architettoniche.

Ha chiarito la sez. II, con sentenza 14 gennaio 2020, n. 355, che ai sensi dell'art. 4, l. 9 gennaio 1989, n. 13, l'Amministrazione può negare l'autorizzazione per realizzare opere edilizie volte all'abbattimento di barriere architettoniche in immobili di interesse storico e architettonico nella sola ipotesi in cui le opere in questione arrechino grave e serio pregiudizio all'intero fabbricato.

La Sezione ha premesso che la speciale disciplina di favore contenuta nella l. n. 13 del 1989 si applica anche a beneficio di persone anziane le quali, pur non essendo portatrici di disabilità vere e proprie, soffrano comunque di disagi fisici e di difficoltà motorie (Cass. civ., sez. II, 28 marzo 2017, n. 7938).

Tale legge infatti, in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, esprime il principio secondo il quale i problemi delle persone affette da una qualche specie di invalidità devono essere assunti dall'intera collettività, e in tal senso ha imposto in via generale che nella costruzione di edifici privati e nella ristrutturazione di quelli preesistenti, le barriere architettoniche siano eliminate indipendentemente dalla effettiva utilizzazione degli edifici stessi da parte di persone disabili, trattandosi comunque di garantire diritti fondamentali (Corte cost. 10 maggio 1999, n. 167; Cass. civ., sez. II, 25 ottobre 2012, n. 18334) e non già di accordare diritti personali ed intrasmissibili a titolo di concessione alla persona disabile in quanto tale (Cass. civ., sez. II, 26 febbraio 2016, n. 3858). In conseguenza di ciò, per le disposizioni contenute nella citata l. n. 13 del 1989 si impone una interpretazione estensiva.

La Sezione ha aggiunto che secondo l'art. 4, l. n. 13 del 1989, gli interventi volti ad eliminare le barriere architettoniche previsti dall'art. 2 della stessa legge, ovvero quelli volti a migliorare le condizioni di vita delle persone svantaggiate nel senso descritto, si possono effettuare anche su beni sottoposti a vincolo come beni culturali, e la relativa autorizzazione, come previsto dal comma 4 di tale articolo, "può essere negata solo ove non sia possibile realizzare le opere senza serio pregiudizio del bene tutelato", precisandosi quindi al comma 5 che "il diniego deve essere motivato con la specificazione della natura e della serietà del pregiudizio, della sua rilevanza in rapporto al complesso in cui l'opera si colloca e con riferimento a tutte le alternative eventualmente prospettate dall'interessato".

Si è in tal modo introdotto nell'ordinamento, in ordine ai peculiari valori presidiati dalla legge in esame (tra l'altro non soltanto inerenti all'art. 32 Cost., ma anche di rilievo internazionale, in quanto stabiliti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti per le persone con disabilità adottata dall'Assemblea Generale con risoluzione n. 61/106 del 13 dicembre 2006 e ratificata con l. 3 marzo 2009, n. 18) un onere di motivazione par-

ticolarmente intenso, e ciò in quanto l'interesse alla protezione della persona svantaggiata può soccombere di fronte alla tutela del patrimonio artistico, a sua volta promanante dall'art. 9 Cost., soltanto in casi eccezionali.

26.4. Condizione per l'applicabilità della disciplina sulla distanza dei fabbricati dalle strade.

Con sentenza 17 giugno 2020, n. 3900 la sez. II ha affrontato il problema della disciplina delle fasce di rispetto stradale applicabile nelle costruzioni fuori dal centro abitato, chiarendo la portata della norma transitoria di cui all'art. 234, comma 5, del Codice della Strada. Da tale disposizione, infatti, emerge che l'applicabilità della disciplina recata, per quanto qui di interesse, dal combinato disposto di cui agli artt. 16 del Codice e 26 del relativo regolamento di attuazione, è condizionata al verificarsi del seguente duplice presupposto: a) la delimitazione dei centri abitati prevista dall'art. 4; b) la classificazione delle strade, demandata ad appositi provvedimenti attuativi dall'art. 2, comma 2. Nelle more di tali adempimenti, le norme previgenti, che devono continuare a trovare applicazione, sono appunto quelle contenute nel decreto interministeriale 1° aprile 1968, n. 1404, che detta le distanze minime a protezione del nastro stradale da osservarsi nella edificazione fuori del perimetro dei centri abitati, di cui all'art. 19, l. 6 agosto 1967, n. 765. La distinzione delle strade ivi declinata all'art. 3, comma 1, "in rapporto alla loro natura ed alle loro caratteristiche", non appare affatto sovrapponibile alla assai più articolata prospettazione codicistica, pur potendo casualmente coincidere la riconducibilità di alcune fattispecie concrete alla medesima tipologia nominalistica, con particolare riferimento alla "C", corrispondente a quelle "di media importanza", di sicuro connotata da maggior genericità di inquadramento (tanto da ricomprendere strade statali, provinciali e finanche comunali, purché di dimensioni consistenti). Egualmente la delimitazione del "centro abitato" necessaria quale condizione di applicabilità della nuova normativa è soltanto quella di cui all'art. 4 del Codice della Strada.

Entrambe le discipline (la attuale e la previgente) si preoccupano di salvaguardare l'autonomia programmatoria in materia urbanistica degli enti territoriali, condizionando il rigoroso o più rigoroso regime delle distanze alla esistenza o meno di una disciplina edificatoria. In tale ottica, mentre il comma 3 dell'art. 26, d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495 (Regolamento di esecuzione del Codice), prevede, per quanto di interesse in relazione alle strade di tipologia "C", la minore distanza di m. 10 ove si versi al di fuori dei centri abitati, "ma all'interno delle zone previste come edificabili o trasformabili dallo strumento urbanistico generale, nel caso che detto strumento sia suscettibile di attuazione diretta, ovvero se per tali zone siano già esecutivi gli strumenti urbanistici attuativi"; l'art. 1 del decreto 1° aprile 1968, n. 1404, esclude genericamente dal proprio ambito di applicabilità sia i centri abitati sia gli "insediamenti previsti dai piani regolatori generali e dai programmi di fabbricazione".

Ha ancora chiarito la Sezione che il "centro abitato" come "insieme di edifici, delimitato lungo le vie di accesso dagli appositi segnali di inizio e fine", identificabile in un "raggruppamento continuo, ancorché intervallato da strade, piazze, giardini o simili, costi-

tuito da non meno di venticinque fabbricati e da aree di uso pubblico con accessi veicolari o pedonali sulla strada", è cosa diversa da quello individuato a fini urbanistici, siccome tipico della normativa previgente, a prescindere peraltro dalle esigenze e dalle modalità di coordinamento poste in essere dalle amministrazioni territoriali per cercare di armonizzare in ambito pianificatorio concreto le relative indicazioni. Essere fuori dal centro abitato, quale che sia l'accezione attribuita al relativo termine, è uno dei presupposti di applicabilità del regime delle distanze di cui all'art. 26 del Regolamento di esecuzione del Codice; laddove l'altro è l'estraneità dall'ambito operativo degli strumenti urbanistici, che al contrario possono riferirsi anche ad altre zone, oltre al centro abitato medesimo.

26.5. Contributi concessori per opere edili a destinazione commerciale site nell'ambito di un interporto.

La sez. II, con sentenza 12 marzo 2020, n. 1776 ha affermato che al fine di escludere l'esenzione dal pagamento dei contributi concessori *ex* art. 17, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 non è possibile operare un frazionamento dell'intervento tale da escludere la qualificazione giuridica di opere pubbliche per le strutture che ne rappresentano parte integrante e ne garantiscono la piena funzionalità, come i magazzini.

Ha chiarito la Sezione che la "privatizzazione" degli interporti, attuata con l'art. 6, comma 3, d.l. 1 aprile 1995, n. 98, convertito in l. 30 maggio 1995, n. 204, pur rilevante sul piano della gestione degli stessi, non ha inciso sulla struttura fisica degli interporti medesimi che è evidentemente funzionale a realizzare rilevanti interessi pubblici per la comunità, quali concentrare i flussi di merci e promuovere il trasporto multimodale con particolare riferimento alla modalità ferroviaria (con influssi benefici sull'ambiente), aumentare la competitività e l'efficienza delle imprese di trasporto/logistica e sviluppare reti logistiche nazionali ed internazionali, offrendo servizi migliori al sistema produttivo Pertanto, anche dopo tale innovazione legislativa, non è possibile, ai fini di escludere l'esenzione dal pagamento dei contributi concessori *ex* art. 17, d.P.R. n. 380 del 2001, operare un frazionamento dell'intervento tale da escludere la qualificazione giuridica di opere pubbliche per le strutture che ne rappresentano parte integrante e ne garantiscono la piena funzionalità, come i magazzini. In tale ipotesi, pertanto, oltre al requisito oggettivo richiesto dalla norma citata per il riconoscimento dell'esenzione, sussiste anche quello soggettivo, atteso che l'opera può essere ricondotta pacificamente all'ente istituzionalmente competente anche qualora sia realizzata da un soggetto privato, purché ciò avvenga per conto di un ente pubblico di cui ne rappresenti, in buona sostanza, la *longa manus* (Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2003, n. 5123).

26.6. Esenzione dal contributo di costruzione per la sede di un'associazione sindacale.

Con sentenza 11 luglio 2020, n. 4471 la sez. II ha affermato che la sede di un'associazione sindacale non può essere qualificata come un'opera pubblica o d'interesse generale, ai fini dell'applicazione dell'esonero dal contributo di costruzione ai sensi dell'art. 17, comma 3, lett. c), primo alinea, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ma soltanto come un

bene strumentale, mediante il quale l'associazione persegue i propri compiti statutari. Ha premesso che l'art. 17, comma 3, lett. c), d.P.R. n. 380 del 2001, in forza del quale il contributo di costruzione non è dovuto "per gli impianti, le attrezzature, le opere pubbliche o di interesse generale realizzate dagli enti istituzionalmente competenti", è una disposizione di stretta interpretazione, poiché introduce un'ipotesi derogatoria alla previsione generale di cui all'art. 16, comma 1, del medesimo testo unico, che assoggetta a contributo tutte le opere che comportino trasformazione del territorio. La Sezione ha poi chiarito che il citato art. 17 è una disposizione di stretta interpretazione, poiché introduce un'ipotesi derogatoria alla previsione generale di cui all'art. 16, comma 1, del medesimo, che assoggetta a contributo tutte le opere che comportino trasformazione del territorio. Ciò posto, ha evidenziato che il requisito soggettivo consiste nell'esecuzione delle opere da parte di enti istituzionalmente competenti, ovverosia da parte di soggetti ai quali la realizzazione dell'opera sia demandata in via istituzionale, cosicché, per conseguire il beneficio di cui all'art. 17, comma 3, lett. c), d.P.R. n. 380, l'opera deve essere necessariamente realizzata da un ente pubblico, non competendo la stessa ad opere eseguite da soggetti privati, quale che sia la rilevanza sociale dell'attività dagli stessi esercitata nella o con l'opera edilizia alla quale la concessione si riferisce.
Con riferimento alla sede di un'associazione sindacale la Sezione ha affermato che se è pur vero che all'interno di tale edificio possono svolgersi attività perseguenti scopi di utilità collettiva, è altrettanto vero che dette attività vengono compiute in virtù della destinazione concretamente impressa sull'edificio, o su una parte di esso, dal suo proprietario, e non per le caratteristiche intrinseche dell'opera, che non è geneticamente e strutturalmente destinata direttamente alla fruizione collettiva.

26.7. Annullamento in autotutela o in sede giurisdizionale del titolo edilizio e sanatoria.

Con sentenza 15 dicembre 2020, n. 8032 la sez. II ha affermato che l'annullamento, in via di autotutela o giurisdizionale, del titolo edilizio sfocia nella sanatoria di cui all'art. 38, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 solo ove non sia stato possibile convalidarlo e non si possa effettuare la demolizione dell'opera; l'illiceità, pertanto, sopravviene non tanto all'avvenuta realizzazione dell'intervento, come nell'abuso edilizio "tradizionale", ma alla caducazione del titolo che lo ha consentito; l'istituto in questione non può trovare tuttavia applicazione in caso di utilizzo improprio della d.i.a. (oggi s.c.i.a.) in luogo del permesso di costruire, laddove la tipologia dell'intervento imponeva l'ottenimento di un provvedimento espresso; diversamente opinando ne verrebbe indebitamente ampliato l'ambito di operatività circoscritto ai soli casi di vizi procedurali; la sanatoria, cioè, conseguirebbe non alla valutata impossibilità della convalida del titolo viziato, ma alla "conversione" di quello originariamente utilizzato nell'altro effettivamente necessario, sostituendosi l'Amministrazione al privato nella ricostruzione della sussistenza dei requisiti di assentibilità dell'opera
Ha peraltro affermato la Sezione che le distorsioni applicative di tali istituti di semplificazione, infatti, che vedono troppo spesso un improprio percorso interlocutorio con gli

uffici, per superare, piuttosto che vere o presunte incompletezze, la paura delle responsabilità, nonché, nella stessa logica, l'utilizzo non pieno o non pienamente efficace di quegli importanti momenti di convergenza costituiti dalle Conferenze dei servizi, ne fanno, almeno in linea teorica, terreno fertile per i ripensamenti costruttivi delle Amministrazioni procedenti. Ciò tuttavia non può valere nell'ipotesi in cui siano stati travalicati i limiti della d.i.a. medesima, in quanto riferita ad interventi per i quali è inderogabilmente richiesto il premesso di costruire. La natura sostanzialmente abusiva ab origine dell'intervento effettuato, infatti, fa recedere le esigenze di tutela della buona fede del privato che ha confidato sulla presunzione di legittimità di quanto in precedenza assentito, peraltro sulla base di una sua dichiarazione.

26.8. Interventi edilizi eseguiti in base a permesso annullato.

L'Adunanza plenaria, con sentenza 7 settembre 2020, n. 17 ha pronunciato sull'ambito di applicazione dell'art. 38 del t.u. edilizia (approvato con d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), secondo cui "in caso di annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale. La valutazione dell'agenzia è notificata all'interessato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa." (comma 1). L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'art. 36 (comma 2).

La questione era stata rimessa dalla sez. IV, con ord. 11 marzo 2020, n. 1735, sul rilievo che sulla norma dell'art. 38, d.P.R. n. 380 del 2001 si sono formati, alla luce della giurisprudenza edita, tre distinti orientamenti. La Sezione aveva chiesto alla Adunanza plenaria di stabilire, nel caso di intervento edilizio eseguito in base a permesso di costruire annullato in sede giurisdizionale, quale tipo di vizi consenta la sanatoria che la norma prevede, ovvero l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria il cui pagamento produce, ai sensi del comma 2 dell'articolo in questione, "i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria", istituto che comunemente si chiama "fiscalizzazione dell'abuso".

La Sezione aveva ricordato i tre diversi orientamenti formatisi sul punto.

Un primo orientamento, che si è affermato nella più recente giurisprudenza della sesta Sezione del Consiglio di Stato (19 luglio 2019, n.5089; id. 28 novembre 2018, n. 6753), sostiene dell'art. 38 una interpretazione ampia, di favore per il privato autore dell'abuso. Ritiene infatti, in sintesi estrema, che la fiscalizzazione dell'abuso sarebbe possibile per ogni tipologia dell'abuso stesso, ossia a prescindere dal tipo, formale ovvero sostanziale, dei vizi che hanno portato all'annullamento dell'originario titolo, e quindi considera secondo logica l'istituto come un caso particolare di condono di una costruzione nella sostanza abusiva. Più nel dettaglio, anche in presenza di vizi sostanziali non emendabili del titolo annullato, il Comune prima di ordinare la rimessione in pristino dovrebbe

verificare l'impossibilità a demolire, e ove la ritenesse, dovrebbe limitarsi ad applicare la sanzione pecuniaria; nel far ciò dovrebbe poi considerare rilevante non solo il caso di vera e propria impossibilità o grave difficoltà tecnica, ma anche quello in cui riconoscesse ragioni di equità o al limite anche di opportunità.
Vi è poi un orientamento più restrittivo, secondo il quale la fiscalizzazione dell'abuso sarebbe possibile soltanto nel caso di vizi formali o procedurali non emendabili, mentre in ogni altro caso l'amministrazione dovrebbe senz'altro procedere a ordinare la rimessione in pristino; in altre parole, secondo tale orientamento, lo strumento in esame consente di superare i soli vizi non sostanziali della costruzione, e quindi non può operare con gli effetti di un condono: così in primo luogo la Corte costituzionale con la sentenza 11 giugno 2010, n. 209, nonché nella giurisprudenza del Consiglio di Stato le sentenze sez. VI, 9 maggio 2016, n. 1861 e per implicito della sez. IV, 16 marzo 2010, n. 1535, ove si fa l'esempio pratico di un vizio formale consistito nella mancata predisposizione dello studio planivolumetrico previsto dalle norme tecniche di piano.
Vi è, infine, un orientamento intermedio (Cons. St., sez. VI, 10 settembre 2015, n. 4221; id. 8 maggio 2014, n. 2355; id., sez. IV, 17 settembre 2012, n. 4923), che si discosta da quello restrittivo per ritenere possibile la fiscalizzazione, oltre che nei casi di vizio formale, anche nei casi di vizio sostanziale, però emendabile: anche in tal caso, non vi sarebbe la sanatoria di un abuso, perché esso verrebbe in concreto eliminato con le opportune modifiche del progetto prima del rilascio della sanatoria stessa, la quale si distinguerebbe dall'accertamento di conformità di cui all'art. 36 dello stesso t.u. n. 380 del 2001 per il fatto che qui non sarebbe richiesta la "doppia conformità", ovvero non si richiederebbe il rispetto delle norme edilizie e urbanistiche vigenti sia al momento dell'abuso sia a quello successivo della sanatoria.
Con la citata sentenza n. 17 del 2020 l'Adunanza plenaria ha affermato che i vizi cui fa riferimento l'art. 38, d.P.R. n. 380 del 2001 sono esclusivamente quelli che riguardano forma e procedura che, alla luce di una valutazione in concreto operata dall'Amministrazione, risultino di impossibile rimozione.
Ha ricordato l'Alto Consesso che l'art. 36, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 disciplina l'accertamento di conformità, ovvero la sanatoria degli interventi abusivi in quanto realizzati *ab origine sine titulo*, ma conformi alle norme urbanistico edilizie vigenti, sia al tempo della costruzione che al tempo del rilascio del permesso in sanatoria. Dunque, il pacifico effetto della disposizione in commento è quello di tutelare, al ricorrere di determinati presupposti e condizioni, l'affidamento ingeneratosi in capo al titolare del permesso di costruire circa la legittimità della progettata e compiuta edificazione conseguente al rilascio del titolo, equiparando il pagamento della sanzione pecuniaria al rilascio del permesso in sanatoria.
La composizione degli opposti interessi in rilievo – tutela del legittimo affidamento da una parte e tutela del corretto assetto urbanistico ed edilizio dall'altra – è realizzato dal legislatore per il tramite di una "compensazione" monetaria di valore pari "al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite" (c.d. fiscalizzazione dell'abuso).

Proprio perché costituente eccezionale deroga al principio di necessaria repressione a mezzo della demolizione degli abusi edilizi, la disposizione è presidiata da due condizioni: a) la prima è la motivata valutazione circa l'impossibilità della rimozione dei vizi delle procedure amministrative; b) la seconda è la motivata valutazione circa l'impossibilità di restituzione in pristino.
I quesiti posti dall'ordinanza di rimessione si concentrano sul primo aspetto, avendo la giurisprudenza in alcuni casi sostenuto che nei "vizi della procedura" possano sussumersi tutti quelli potenzialmente in grado di invalidare il provvedimento, siano essi relativi alla forma e al procedimento, siano essi invece relativi alla conformità del provvedimento finale rispetto alle previsioni edilizie e urbanistiche disciplinati l'edificazione.
Secondo il maggioritario orientamento giurisprudenziale, la fiscalizzazione dell'abuso prescinderebbe dalla tipologia del vizio (procedurale o sostanziale), avendo il legislatore affidato l'eccezionale percorribilità della sanatoria pecuniaria alla valutazione discrezionale dell'amministrazione, in esecuzione di un potere che affonda le sue radici e la sua legittimazione nell'esigenza di tutelare l'affidamento del privato. In questa chiave di lettura è la "motivata valutazione" fornita dall'amministrazione l'unico elemento sul quale il sindacato del giudice amministrativo dovrebbe concentrarsi.
L'Adunanza plenaria è di diverso avviso, alla luce delle seguenti considerazioni d'ordine testuale e sistematico.
La disposizione in commento fa specifico riferimento ai vizi "delle procedure", avendo così cura di segmentare le cause di invalidità che possano giustificare l'operatività del temperamento più volte segnalato, in guisa da discernerle dagli altri vizi del provvedimento che, non attenendo al procedimento, involvono profili di compatibilità della costruzione rispetto al quadro programmatorio e regolamentare che disciplina *l'an* e il *quomodo* dell'attività edificatoria.
Il riferimento ad un vizio procedurale astrattamente convalidabile delimita operativamente il campo semantico della successiva e connessa proposizione normativa riferita all'impossibilità di rimozione, dovendo per questa intendersi una impossibilità che attiene pur sempre ad un vizio che, sul piano astratto sarebbe suscettibile di convalida, e che per le motivate valutazioni espressamente fatte dall'amministrazione non risulta esserlo in concreto.

26.9. Annullamento regionale del permesso di costruire *ex* art. 39, t.u. n. 380 del 2001.

Il C.g.a., con sentenza 26 maggio 2020, n. 325 ha chiarito che il potere di annullamento regionale del permesso di costruire, disposto ai sensi *ex* art. 39, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, è una autotutela speciale, riconducibile al paradigma dell'art. 21-*nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, salva la specialità dei termini di esercizio, che sono di perdurante vigenza.
Ad avviso del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, che si tratti di un potere di autotutela è desumibile dai seguenti rilievi: a) l'annullamento dell'atto non è "dovuto" in presenza della riscontrata illegittimità. L'art. 39 t.u. edilizia configura

il potere di annullamento regionale come un potere discrezionale, utilizzando l'espressione "possono essere annullati"; b) l'annullamento non è un atto "coercibile" da parte del privato o da altro organo dell'Amministrazione.
Si tratta dunque di un potere di amministrazione attiva, di secondo grado, coerente con l'art. 21-*novies*, l. n. 241 del 1990 secondo cui il potere di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo può essere esercitato, oltre che dall'Amministrazione che ha autorizzato il provvedimento, da altro organo previsto dalla legge.
Ma anche a voler accedere alla tesi secondo cui il potere regionale è un potere di vigilanza e controllo, questo non giustifica senz'altro la sua sottrazione all'ambito di applicazione dell'art. 21-*novies*, l. n. 241 del 1990; infatti tale norma non reca una delimitazione dell'annullamento di ufficio all'ambito della c.d. autotutela, e fa riferimento a tutti i casi in cui l'annullamento possa essere disposto dalla stessa Amministrazione autrice dell'atto o da "altro organo previsto dalla legge".
É da ritenere quindi che l'art. 21-*novies*, l. n. 241 del 1990 si debba applicare a tutti i casi in cui la legge attribuisca ad un organo di amministrazione attiva il potere di annullamento di atti amministrativi, a prescindere dalla qualificazione della natura del potere esercitato (amministrazione attiva, vigilanza-controllo); la previsione non si applica invece nei casi di controllo affidato alla Corte dei conti o all'annullamento giurisdizionale.
E' stato ancora chiarito che, seppure la norma del t.u. edilizia che attribuisce alla Regione il potere di annullamento straordinario dei titoli edilizi illegittimi non presenta il grado di puntualità, con riferimento ai presupposti che debbono sussistere per l'esercizio corretto del relativo potere, che si riscontra nella lettura della disposizione dell'art. 21-*novies*, l. n. 241 del 1990, che contiene i principi generali in materia di atti amministrativi di ritiro di precedenti provvedimenti, appare inevitabile affermare che, comunque, tali prescrizioni debbono essere osservate anche in caso di esercizio del potere di annullamento straordinario dei titoli edilizi, *ex* art. 39, d.P.R. n. 380 del 2001, per effetto di una doverosa lettura costituzionalmente orientata della relativa disposizione e quindi rispettosa del principio generale di cui all'art. 97 Cost..
Ad avvio del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana l'eccezionalità del potere in questione non può che essere inteso, in conformità ai canoni costituzionali di cui all'art. 97 Cost. e di ragionevolezza, sulla scorta dei medesimi presupposti che disciplinano l'autotutela della Pubblica amministrazione titolare del potere ordinario: sia in termini di interesse pubblico specifico, sia di doverosa valutazione degli interessi e degli eventuali affidamenti, con conseguente necessaria valutazione della situazione di fatto che si viene ad incidere in via straordinaria.
È solo mediante un'articolata e completa motivazione che il provvedimento rispetta i requisiti della legittimità. La motivazione deve essere tanto più congrua quanto più giustificato è il legittimo affidamento dei privati nella stabilità di provvedimenti amministrativi anche in materia di titolo edilizi. La stabilità dei provvedimenti amministrativi costituisce un valore che acquista una rilevanza sempre maggiore in un sistema che vuole l'*agere* della Pubblica amministrazione ispirato al principio di correttezza e buon andamento di matrice costituzionale.

Il principio costituzionale dell'art. 97 Cost. fissa un limite al potere discrezionale autoritativo di ritiro.
Tale limite trova fondamento anche nell'art. 3 Cost., su cui si fonda il principio di ragionevolezza e proporzionalità dell'agire pubblico. Non si tratta di una preclusione del potere ma di un limite all'esercizio del medesimo, di tipo motivazionale e procedurale che si collega al principio di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità, in quanto vieta l'uso scorretto, irragionevole, sproporzionato, del potere pubblico. Tanto maggiore è l'affidamento dei privati tanto più esaustiva deve essere la motivazione da cui possa desumersi la sussistenza del pubblico interesse che non sia il mero richiamo alla violazione delle regole urbanistiche e l'avvenuta ponderazione e comparazione con i contrastanti interessi di cui sono portatori gli stessi. L'obbligo di motivazione è ancora più stringente quando le primigenie scelte che hanno ampliato la sfera giuridica dei privati non sono frutto di comportamenti fraudolenti da parte degli stessi ma maturano in un rapporto con la Pubblica amministrazione caratterizzato, apparentemente, dalla reciproca buona fede.
Quanto ai termini per l'esercizio del potere, l'art. 39, d.P.R. n. 380 del 2001 si pone in rapporto di specialità rispetto all'art. 21-*novies*, l. n. 241 del 1990, ad esso sopravvenuto, e pertanto di prevalenza e non risulta espressamente abrogato; né sussistono i presupposti esegetici per ravvisare una abrogazione tacita, posto che la legge generale successiva non può abrogare tacitamente la legge speciale anteriore.

26.10. Presupposto della doppia conformità urbanistica delle opere oggetto di sanatoria a fronte di plurime opere abusive, ciascuna suscettibile di formare oggetto di un progetto scindibile.
Con sentenza 16 marzo 2020, n. 1848 la sez. VI ha ricordato che il manufatto oggetto di sanatoria essere conforme alla pertinente disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della sua realizzazione, sia al momento del rilascio del titolo in sanatoria (art. 36, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380).
La doppia conformità urbanistica delle opere oggetto di sanatoria presuppone, quindi, la regolarità edilizia e urbanistica dell'intero immobile, altrimenti l'Amministrazione andrebbe a sanare la realizzazione di opere di modifica di un immobile abusivo, in contrasto con la previsione dell'art. 36 cit. e con i generali poteri di vigilanza in materia edilizia.
Nel caso di plurime opere tra loro connesse, funzionalmente strumentali ad una trasformazione tipologica dell'immobile, transitato da residenza bifamiliare a immobile condominiale con venti alloggi, in violazione delle Norme tecniche di attuazione, la doppia conformità non può essere "creata" a seguito di modifiche (es. demolizioni parziali o eliminazione di impianti) apportabili al manufatto realizzato in difformità o in assenza del titolo edilizio, dovendo esistere *ab origine*. Se, infatti, a fronte di plurime opere abusive, ciascuna suscettibile di formare oggetto di un progetto scindibile, l'istante ha la possibilità di chiedere l'accertamento di conformità della singola opera, idonea ad integrare un autonomo intervento, decidendo di provvedere per le rimanenti opere abusive alla demolizione, in ottemperanza all'ordinanza ingiuntiva già emessa; qualora le opere abusive siano tra loro connesse, dando luogo ad un intervento unitario, l'istante è tenuto

a scegliere tra l'integrale ripristino dello stato dei luoghi, mediante la demolizione e rimozione di tutte le opere accertate come abusive dall'Amministrazione, ovvero la presentazione dell'istanza di accertamento di conformità riferita al complessivo intervento abuso, unitariamente considerato, sempre che lo stesso sia conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della sua realizzazione e al momento di presentazione della domanda.
L'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001, del resto, regola la sanatoria avuto riguardo all'intervento abusivo e non alla singola opera abusiva; sicchè, risultando l'intervento, anche alla stregua delle tipologie di intervento definite dall'art. 3, d.P.R. n. 380 del 2001, il risultato edilizio di una singola opera o di plurime opere funzionalmente connesse, la sanatoria dell'intervento non può non avere ad oggetto il complesso delle opere in cui lo stesso si sostanzia. Pertanto, non risulta ammissibile, a fronte di plurime opere abusive tra loro funzionalmente connesse, la parziale ottemperanza all'ordinanza di demolizione e la presentazione di un'istanza di accertamento di conformità per le rimanenti opere in concreto seguite, tenuto conto che l'art. 36 ha la funzione di sanare l'abuso commesso, ragion per cui, ove l'abuso sia unitario, la domanda deve avere ad oggetto il complessivo intervento realizzato e, quindi, l'insieme delle opere in cui esso si sostanzia.

26.11. Sanatoria ordinaria.
La sez. II, con sentenza 28 agosto 2020, n. 5288 ha chiarito che l'istituto del c.d. accertamento di conformità, o sanatoria ordinaria, nella disciplina dell'art. 36, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (ma ancor prima in quella dell'art. 13, l. 28 febbraio 1985, n. 47), concerne la legittimazione postuma dei soli abusi formali, cioè di quelle opere che, pur difformi dal titolo (od eseguite senza alcun titolo), risultino rispettose della disciplina sostanziale sull'utilizzo del territorio, non solo vigente al momento dell'istanza di sanatoria, ma anche all'epoca della loro realizzazione. La sanabilità dell'intervento, in altri termini, presuppone necessariamente che non sia stata commessa alcuna violazione di tipo sostanziale, in presenza della quale, invece, non potrà non scattare la potestà sanzionatorio - repressiva degli abusi edilizi prevista dagli artt. 27 e ss., d.P.R. n. 380 del 2001.
Costituisce *jus receptum* che per il rilascio della sanatoria l'Amministrazione è chiamata a svolgere una valutazione vincolata, priva di contenuti discrezionali e relativa alla realizzazione di un assetto di interessi già prefigurato dalla disciplina urbanistica applicabile. In tale ipotesi, cioè, almeno in linea generale e fatte salve le ipotesi particolari e temporanee di condono che hanno natura eccezionale e che sono state individuate con rigorosa tassatività dalle singole leggi istitutive, senza possibilità di integrazione con diverse fattispecie previste da altri corpi normativi, "l'unico schema applicabile è quello riconducibile all'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001" (Cons. St., A.P., 23 aprile 2009, n. 4), cui non è equiparabile neppure il procedimento della c.d. variante semplificata di cui all'art. 5, d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447, "che è invece orientato ad altra finalità, ovvero quello di semplificare o rendere più celere la modifica dello strumento urbanistico e dunque, da ultimo, favorire l'installazione di strutture produttive, con un meccanismo procedurale analogo a quello previsto dall'art. 19, d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327".

Ha ancora chiarito la Sezione che se l'abuso consegue (anche) alla illegittimità del titolo edilizio originario, la sanatoria non può fungere da convalida dello stesso, consentendo nel contempo di correggere l'errore dell'atto e legittimare *ex post* l'illecito. La convalida, infatti, avendo efficacia *ex tunc*, renderebbe ultronea la sanatoria, che riguarda i fatti, e non gli atti. D'altro canto, la variante in corso d'opera è ontologicamente incompatibile con un abuso non ancora sanato. Essa infatti si caratterizza come una modalità per adeguare un progetto *in itinere* prima della chiusura dei lavori e costituisce "parte integrante del procedimento relativo al permesso di costruzione dell'intervento principale". La relativa categoria concettuale è stata invero prevalentemente ricavata dalla giurisprudenza, laddove ha affermato che le modifiche, sia qualitative che quantitative apportate al progetto originario, possono considerarsi "varianti in senso proprio" soltanto quando quest'ultimo non venga comunque radicalmente mutato nei suoi lineamenti di fondo, sulla base di vari indici quali la superficie coperta, il perimetro, la volumetria nonché le caratteristiche funzionali e strutturali (interne ed esterne) del fabbricato.

26.12. Sanatoria cartolare.

Con sentenza 15 dicembre 2020, n. 8032 la sez. II ha affermato che la struttura a cerchio concentrico che connota il meccanismo della "sanatoria cartolare" implica che la "motivata valutazione" stia alla base dapprima della scelta di convalidare o meno il titolo edilizio annullato; indi della monetizzazione dell'abuso, ove non ne sia possibile o comunque opportuna la demolizione.

Ha chiarito che l'art. 38, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 disciplina una peculiare ipotesi di sanatoria, di tipo per così dire "cartolare", ragionevolmente limitato, proprio perché riconducibile comunque al *genus* delle sanatorie, a vizi che attengono esclusivamente al procedimento autorizzativo, i quali non possono ridondare in danno del privato che ha confidato sulla presunzione di legittimità di quanto in precedenza assentito. L'illiceità, pertanto, sopravviene non tanto all'avvenuta realizzazione dell'intervento, come nell'abuso edilizio "tradizionale", ma alla caducazione del titolo che lo ha consentito. La sanatoria riguarda quindi preferibilmente il provvedimento e solo in seconda battuta e ove ciò non sia possibile entra in gioco la valutazione di impossibilità anche di demolire l'opera, monetizzandone l'importo in maniera ragguagliata al suo valore venale. In sintesi, il primo stadio valutativo deve indulgere sul provvedimento; il procedimento sfocia nella sanatoria, quale alternativa alla convalida dell'atto e, a quel punto, alla demolizione, solo se non vi sono i presupposti per la prima e non convenga, in senso pubblicistico, addivenire alla seconda. La monetizzazione ("fiscalizzazione") dell'abuso implica dunque una ponderazione finale degli interessi in gioco (la "motivata valutazione" che regge tutti i possibili esiti della scelta sintetizzati nella norma), che può consistere anche in - e anzi, di regola, presuppone - un'analisi di fattibilità sul piano tecnico della demolizione dell'abuso senza pregiudizio per l'integrità complessiva dell'immobile; con ciò riecheggiando il modello previsto per i casi di parziale difformità dal permesso di costruire dall'art. 34, d.P.R. n. 380 del 2001, che individua in maniera autonoma anche i criteri cui parametrare l'importo della sanzione pecuniaria alternativa (commisurandola, cioè, al

doppio del costo di produzione, stabilito in base alla l. 27 luglio 1978, n. 392, della parte dell'opera realizzata in difformità).
Alla base della possibilità, comunque rimessa alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione operante, di emendare l'atto dal vizio che lo affligge, si colloca l'esigenza di tutelare l'affidamento del privato che ha realizzato un'opera nella convinzione di averne la prevista legittimazione, essendo peraltro indifferente che il vizio sia stato individuato in via di autotutela, ovvero rilevato all'esito di apposito giudizio. Ove ciò avvenga, solo in via convenzionale si parla di sanatoria, tanto che non può essere irrogata alcuna sanzione, né demolitoria, né pecuniaria. Il normale meccanismo della convalida, quale istituto ispirato a esigenze di economia dei mezzi dell'azione amministrativa e di conservazione dei relativi effetti giuridici, opera infatti retroattivamente, eliminando quindi soltanto la parentesi di illegittimità creatasi *medio tempore* in ragione dell'annullamento del titolo originario. Una volta chiarito, tuttavia, che la valutazione da fare in proposito è propedeutica all'applicazione dell'intero meccanismo, che può arrestarsi alla fase precedente la (eventuale) monetizzazione dell'abuso, risulta evidente la radicale differenza tra gli effetti di quest'ultima e quelli di un normale accertamento di conformità. La vera e propria "sanatoria" scatta, quindi, solo quando e solo perché non si è potuto rimuovere il vizio che affliggeva il titolo edilizio, la cui caducazione ha reso illecito ciò che originariamente non era tale e che tuttavia si decida di mantenere in piedi. Convalida, demolizione o "fiscalizzazione" costituiscono dunque i tre possibili sbocchi del climax ascendente valutativo rimesso all'Amministrazione procedente, purché a monte il titolo edilizio annullato o annullabile sia affetto da un mero vizio "delle procedure amministrative", nell'accezione da ultimo chiarita dall'Adunanza plenaria 7 settembre 2020, n. 17, conforme del resto alla riferibilità del modello più generale di cui all'art. 21 *nonies*, comma 2, l. 7 agosto 1990, n. 241 ai soli vizi non afferenti al contenuto sostanziale dell'atto. Il riferimento ad un vizio procedurale astrattamente convalidabile delimita operativamente il campo semantico della successiva e connessa proposizione normativa riferita all'impossibilità di rimozione, dovendo per questa intendersi una impossibilità che attiene pur sempre ad un vizio che, sul piano astratto sarebbe suscettibile di convalida, e che per le motivate valutazioni espressamente fatte dall'Amministrazione, non risulta esserlo in concreto.
I vizi cui fa riferimento l'art. 38 ai fini della (successiva) sanatoria sono dunque esclusivamente quelli che riguardano forma e procedura che, alla luce di una valutazione in concreto operata dall'amministrazione, risultino di impossibile rimozione per il tramite della convalida. Ha rilevato al riguardo la Sezione come la contrapposta tesi generalista, ove non adeguatamente circoscritta, avrebbe potuto prestarsi a letture pericolosamente strumentali di vere e proprie sanatorie *ex officio* di abusi passando per il tramite dell'annullamento in autotutela del titolo edilizio originario. Tale pericolosa distorsione, peraltro, lambisce anche la proiezione argomentativa del primo giudice, laddove riconduce all'utilizzo dell'art. 38, d.P.R. n. 380 del 2001 il caso di intervento effettuato sulla base di un titolo annullato non solo per vizi formali, ma anche per vizi strutturali del manufatto che comunque possono essere sanati o ricondotti nell'ambito dei parametri edilizi applicabili. Con ciò confondendo la prospettiva dell'atto, con quella del fatto: solo ove

si ragioni del primo, è possibile ricorrere al meccanismo in controversia; ove si discuta invece dell'opera, si versa sempre nel campo dell'accertamento di conformità, purché ne sussistano i presupposti.

26.13. Sanatoria di opere connesse al manufatto oggetto di istanza di sanatoria: tipologia edilizia e concetto di abitazione bi-familiare e tri-familiare.

La sez. VI, con sentenza 16 marzo 2020, n. 1848 ha affermato che la valutazione della sanabilità delle opere incluse in una istanza presentata ai sensi dell'art. 36, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, nel caso in cui nella stessa area di pertinenza coesistano altre opere abusive non considerate dall'interessato nella predetta istanza, ma pur sempre funzionalmente collegate alle prime, non può non includere la verifica circa la sanabilità delle altre opere edilizie abusivamente realizzate, atteso che lo scrutinio sulla "doppia conformità" non può che essere complessivo. Ne deriva, pertanto, che, qualora venga chiesto il rilascio di un permesso di costruire riferito soltanto a talune delle opere realizzate e l'Amministrazione riscontri l'esistenza di altre opere abusive, non scomponibili in progetti scindibili, ma funzionalmente connesse al perseguimento di uno scopo unitario, l'ente procedente non può accogliere una domanda riguardante singole opere, dovendo aversi riguardo al complessivo intervento all'uopo realizzato. In altri termini, a fronte di plurime opere realizzate dall'istante e ritenute dall'Amministrazione procedente funzionalmente connessi per il soddisfacimento di un interesse sostanziale unitario, è necessario procedere ad un esame unitario dell'intervento edilizio così realizzato. Nel caso sottoposto all'esame della Sezione (nel quale era stato riscontrato un incremento del numero degli alloggi dalle due unità assentite alle venti unità), quindi, l'Amministrazione comunale, pertanto, una volta accertata la presenza di plurime opere connesse, legittimamente ha ritenuto impossibile l'accoglimento di un'istanza di sanatoria riferita a singole parti di un intervento considerato unitario.

Ha aggiunto la Sezione che qualora le Norme tecniche di attuazione dello strumento urbanistico ammettano, per una determinata zona, interventi di ampliamento solamente con riguardo alle tipologie "unifamiliare, bifamiliare o trifamiliare o, in alternativa, la tipologia a blocco con un massimo di tre alloggi", nella parte in cui richiama la nozione tecnica di tipo edilizio bi-tri familiare, prende in esame manufatti appartenente alla classe tipologica di casa binata, caratterizzati dalla presenza di due alloggi; è pertanto legittimo il diniego di sanatoria di diniego di sanatoria con la realizzazione di alloggi (venti) superiore all'abitazione trifamiliare consentita (unitamente a quella unifamiliare e bifamiliare) dalle Norme tecniche di attuazione.

Ad avviso della Sezione tale ricostruzione esegetica risulta coerente con la *ratio* sottesa alla disposizione urbanistica, volta a conformare l'uso del territorio, prevedendo per la zona in esame un'edilizia a bassa densità abitativa. Tenuto conto che il numero di alloggi influisce sul carico urbanistico dell'area, risultando correlato alla presenza di nuclei familiari, uno per ciascuno alloggio, al fine di garantire un'edilizia a bassa densità abitativa, il Comune, nell'esercizio del proprio potere pianificatorio, ha previsto in ogni caso, prescindendo dal tipo edilizio concretamente progettato, il numero massimo di tre alloggi. Pertanto, avuto riguardo al tipo "casa isolata" o "casa binata", il numero massimo di

alloggi è stato assicurato mediante la destinazione familiare del manufatto, risultando ammesse soltanto le case unifamiliari, bifamiliari o trifamiliari e, quindi, i soli edifici composti rispettivamente da uno, due o tre alloggi; parimenti, anche per il tipo edilizio a blocco, non può superarsi il numero di tre alloggi. Risulterebbe, quindi, irragionevole una diversa interpretazione, tesa a limitare il numero di alloggi assentibili soltanto per la tipologia a blocco, tenuto conto che l'esigenza di limitare la densità abitativa si pone anche per la tipologia di casa isolata, in relazione alla quale, pertanto, occorre imporre parimenti un numero massimo di alloggi assentibili.
Risulta, in conclusione, corretta l'interpretazione delle Norme tecniche di attuazione sottesa al diniego di sanatoria, tenuto conto che la configurazione di una trasformazione tipologica dell'edificio, con la realizzazione, attraverso un insieme sistematico di opere, di un numero di alloggi superiore a tre (venti) si poneva in contrasto con dette Norme.

26.14. Condono edilizio.
Con sentenza 12 marzo 2020, n. 1766 la sez. II ha ricordato che l'art. 2, comma 37, l. 23 dicembre 1996, n. 662 ha introdotto, tra le cause di improcedibilità e diniego delle domande di condono edilizio *ex* art. 39, comma 4, l. 23 dicembre 1994, n. 724, il tardivo deposito dell'integrazione documentale oltre novanta giorni dalla espressa richiesta notificata dal Comune, termine ritenuto perentorio (Cass. pen., sez. III, 29 maggio 2019, n. 30561). La scadenza di detto termine produce, quindi, l'effetto di rendere definitivamente improcedibile la domanda di sanatoria. Inoltre, tale disciplina è applicabile anche alle domande di condono precedentemente presentate ai sensi della l. 28 febbraio 1985, n. 47, per le quali non fosse maturato il silenzio-assenso a causa della carenza di integrazioni documentali necessarie, come previsto dall'art. 49, comma 7, l. 27 dicembre 1997, n. 449. Tuttavia, l'improcedibilità della domanda deve essere oggetto di una statuizione espressa del Comune, con la conseguenza che finché questa non sopravviene la documentazione tardivamente prodotta dall'istante è sempre esaminabile e suscettibile di portare a determinazioni diverse; ciò in quanto la norma non è strutturata in modo da configurare una sorta di ipotesi di silenzio-rigetto né una consumazione del potere dell'amministrazione comunale.

Con riferimento al condono di opere abusive non ultimate alla data del 1° ottobre 1983 la sez. II, con sentenza 13 novembre 2020, n. 7006 ha ricordato che l'art. 43, comma 5, l. 28 febbraio 1985, n. 47, nel consentire la condonabilità di tali opere, indicata dall'art. 31 della stessa legge, per effetto di provvedimenti amministrativi o giurisdizionali, limitatamente alle strutture realizzate e ai lavori strettamente necessari alla loro funzionalità, si riferisce chiaramente all'ipotesi in cui, contestualmente alla richiesta di sanatoria degli abusi commessi, l'interessato abbia necessità di completare le opere interrotte a causa dei suindicati provvedimenti (ad esempio un sequestro o un ordine di sospensione), per tale evenienza legittimando una nozione di "ultimazione" degli abusi più elastica di quella adottata in via ordinaria; è esclusa però la possibilità che, dopo il rilascio della concessione in sanatoria, il beneficiario di quest'ultima possa vantare, sulla base della

disposizione in esame, una pretesa al rilascio di un ulteriore titolo abilitativo per eseguire altri lavori sul manufatto condonato.

26.15. Inottemperanza all'ingiunzione di demolizione e acquisizione gratuita al patrimonio comunale.

Con sentenza 13 novembre 2020, n. 7008 sez. II ha affermato che affinché un bene immobile abusivo possa formare legittimamente oggetto dell'ulteriore sanzione costituita dall'acquisizione gratuita al patrimonio comunale, ai sensi dell'art. 31, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, occorre che il presupposto ordine di demolizione sia stato notificato a tutti i proprietari.

Ha chiarito la Sezione che risponde ad ovvi principi di tutela del diritto di difesa e di partecipazione procedimentale il non riconoscere idoneità fondativa dell'irrogazione della sanzione dell'acquisizione al patrimonio comunale all'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione da parte dei proprietari che di quest'ultima non abbiano ricevuto regolare notifica, e perché, con la sanzione dell'acquisizione, si viene a pregiudicare definitivamente il soggetto già titolare del diritto di proprietà sui beni confiscati (cioè il fabbricato e le aree circostanti, nella misura indicata dalla legge), per cui necessariamente tale provvedimento ablatorio, a contenuto sanzionatorio, deve essere notificato al proprietario inciso e, se i proprietari siano più di uno, esso deve essere notificato a tutti, atteso che non sarebbe possibile una spoliazione solo pro quota – tuttavia, l'illegittimità del provvedimento di acquisizione per mancanza della notifica del previo ordine di demolizione può essere fatta valere solo dal comproprietario nei cui confronti l'adempimento sia stato omesso, e non anche da colui cui l'ordine di ripristino sia stato regolarmente notificato. Infatti, la mancata formale notificazione dell'ingiunzione di demolizione dell'opera edilizia abusivamente realizzata a tutti i comproprietari della stessa non costituisce vizio di legittimità dell'atto, che rimane quindi valido ed efficace, in quanto la notificazione costituisce una condizione legale di efficacia dell'ordinanza demolitoria (trattandosi di atto recettizio impositivo di obblighi ai sensi dell'art. 21 *bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241), vale a dire un presupposto di operatività dell'atto nei confronti dei suoi diretti destinatari, con la conseguenza che la relativa omissione è censurabile esclusivamente dal soggetto nel cui interesse la comunicazione stessa è posta. Tanto in ragione della funzione assolta dall'istituto, consistente nell'esigenza di portare a conoscenza dell'atto il suo destinatario, onde ottenere la sua personale e soggettiva collaborazione necessaria per il conseguimento del fine. Ne consegue che alcun pregiudizio può discendere in capo a chi ha ricevuto ritualmente la notificazione dell'atto per effetto della mancata notifica del provvedimento agli altri comproprietari del bene.

La sez. IV, con sentenza 26 maggio 2020, n. 3330 ha ricordato che l'accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione è normativamente configurato alla stregua di un atto ad efficacia meramente dichiarativa, che si limita a formalizzare l'effetto (acquisizione gratuita del bene al patrimonio comunale) già verificatosi alla scadenza del termine assegnato con l'ingiunzione stessa; l'acquisizione gratuita al patrimonio comu-

nale delle opere edilizie abusivamente realizzate è, infatti, una misura di carattere sanzionatorio che consegue automaticamente all'inottemperanza dell'ordine di demolizione; ne consegue, data la natura dichiarativa dell'accertamento dell'inottemperanza, che la mancata indicazione dell'area nel provvedimento di demolizione può comunque essere colmata con l'indicazione della stessa nel successivo procedimento di acquisizione. L'individuazione dell'area da acquisirsi non deve infatti essere necessariamente contenuta nel provvedimento di ingiunzione di demolizione, a pena di illegittimità dello stesso, ben potendo essere riportata nel momento in cui si procede all'acquisizione del bene. L'omessa indicazione nell'ordinanza di demolizione dell'area che viene acquisita di diritto e gratuitamente al patrimonio del Comune ai sensi dell'art. 31, comma 3, del t.u. edilizia per il caso di inottemperanza all'ordine di demolizione non costituisce ragione di illegittimità dell'ordinanza stessa giacché la posizione del destinatario dell'ingiunzione è tutelata dalla previsione di un successivo e distinto procedimento di acquisizione dell'area, rispetto al quale, tra l'altro, assume un ruolo imprescindibile l'atto di accertamento dell'inottemperanza nel quale va indicata con precisione l'area da acquisire al patrimonio comunale.

27. Energia.

27.1. Decadenza dall'incentivo base previsto per gli impianti fotovoltaici dal d.m. 5 maggio 2011 o dalla sua maggiorazione economica.

L'Adunanza plenaria, con sentenza 11 settembre 2020, n. 18 ha pronunciato in materia di energia prodotta da fonti rinnovabili e, in particolare, sulla decadenza dall'incentivo base (previsto per gli impianti fotovoltaici dal d.m. 5 maggio 2011) o dalla sua maggiorazione economica *ex* art. 14, comma 1, lett. d), dello stesso decreto in esito all'attività di controllo o di verifica documentale da parte del Gestore dei Servizi Energetici (GSE). La questione era stata rimessa dalla sez. IV, con sentenza 27 aprile 2020, n. 2682.

L'Adunanza ha premesso che la decadenza, intesa quale vicenda pubblicistica estintiva, *ex tunc* (o in alcuni casi *ex nunc*), di una posizione giuridica di vantaggio (c.d. beneficio), è istituto che, pur presentando tratti comuni col più ampio *genus* dell'autotutela, ne deve essere opportunamente differenziato, caratterizzandosi specificatamente: a) per l'espressa e specifica previsione, da parte della legge, non sussistendo, in materia di decadenza, una norma generale quale quelle prevista dall'art. 21 *nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 che ne disciplini presupposti, condizioni ed effetti; b) per la tipologia del vizio, more solito individuato nella falsità o non veridicità degli stati e delle condizioni dichiarate dall'istante, o nella violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il perdurante godimento dei benefici, ovvero, ancora, nel venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto; c) per il carattere vincolato del potere, una volta accertato il ricorrere dei presupposti; Ha chiarito l'Alto consesso che, trattandosi di decadenza in senso proprio, l'accertamento della rilevanza rispetto al beneficio fruito assume importanza primaria, non solo in relazione alla gravità dello scostamento del comportamento rispetto al paradigma normativo, ma anche in ordine all'intensità del collegamento tra il comportamento violativo e il beneficio goduto, di

guisa che la decadenza non abbia a provocare effetti ablatori esorbitanti rispetto al beneficio innanzi riconosciuto. Nel caso di specie non v'è dubbio che anche a prescindere dalla ricostruibilità del complessivo beneficio come conseguente ad una domanda ad oggetto plurimo, scindibile nei suoi effetti, il beneficio è materialmente e giuridicamente scomponibile in due componenti: 1) la "tariffa incentivante" base, disciplinata dall'art. 12, d.m. 5 maggio 2011, a mente del quale "Per l'energia elettrica prodotta dagli impianti fotovoltaici di cui al presente titolo, il soggetto responsabile ha diritto a una tariffa individuata sulla base di quanto disposto dall'allegato 5. La tariffa incentivante è riconosciuta per un periodo di venti anni a decorrere dalla data di entrata in esercizio dell'impianto ed è costante in moneta corrente per tutto il periodo di incentivazione. Le tariffe di cui al presente articolo possono essere incrementate con le modalità e alle condizioni previste dagli articoli 13 e 14"; 2) il premio previsto dall'art. 14 del decreto citato, secondo il quale "La componente incentivante della tariffa individuata sulla base dell'allegato 5 è incrementata …….d) del 10% per gli impianti il cui costo di investimento di cui all'art. 3, comma 1, lettera b) per quanto riguarda i componenti diversi dal lavoro, sia per non meno del 60% riconducibile ad una produzione realizzata all'interno della Unione europea".

27.2. Alla Corte costituzionale la norma che sana accordi dichiarati nulli in sede giurisdizionale su fonti rinnovabili.

Con ordinanza 27 gennaio 2020, n. 677 la sez. V ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale (già rimessa con ordinanza 27 dicembre 2019, n. 8822) dell'art. 1, comma 953, l. 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021), in relazione agli artt. 3, 24, 41, 97, 101, 102, 111, 113, e 117, comma 1, Cost., nonché in relazione ai principi generali della materia della produzione energetica da fonti rinnovabili sanciti dagli artt. 6 della direttiva 2001/77/CE e 12, d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, e agli obblighi internazionali di cui agli artt. 1, del 1° Protocollo addizionale, 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e 2 del protocollo di Kyoto dell'11 dicembre 1997; la norma sembra infatti avere una portata generalizzata di sanatoria rispetto ad accordi che abbiano imposto ai titolari di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili oneri di carattere esclusivamente economico, e di cui è stata dichiarata la nullità in sede giurisdizionale nonchè porsi in violazione dei principi di ragionevolezza e della libertà di iniziativa economica nella misura in cui tramuta il rapporto autorizzatorio previsto per l'attività di produzione di energia elettrica (e, per quanto rileva, per quella da fonti rinnovabili), costituente una libera attività di impresa, in un rapporto di tipo concessorio, che costituisce *ex novo* posizioni soggettive in capo al concessionario a fronte del pagamento di un canone.

Ha chiarito la Sezione che il comma 953 dell'art. 1, l. n. 145 del 2018 sembra avere una portata generalizzata di sanatoria rispetto ad accordi che abbiano imposto ai titolari di

impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili oneri di carattere esclusivamente economico, e di cui è stata dichiarata la nullità in sede giurisdizionale, che non ne consente un'interpretazione conforme alla Costituzione.
Essa infatti non distingue, da un lato, tra accordi stipulati per individuare misure compensative a carattere non meramente patrimoniale a carico del titolare di impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili, secondo quanto previsto dalle più volte citate linee guida ministeriali in materia; e dall'altro lato accordi contenenti misure di carattere meramente patrimoniale.
Ha aggiunto la Sezione che l'effetto di sanatoria si desume, inoltre, dai dossier del 7 dicembre e del 10 dicembre 2018 relativi alla legge di bilancio per il 2019, redatti dagli uffici del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati.
La norma ha dunque previsto, come si ricava dalla sua formulazione letterale, l'irripetibilità delle somme già versate dai gestori di impianti energetici ed acquisite ai bilanci comunali in base ad accordi sottoscritti prima dell'entrata in vigore delle linee guida nazionali; per altro verso non pare possano escludersi dal suo ambito di applicazione le somme ancora non versate e da corrispondere per la residua durata della convenzione.
Dalla sua formulazione ("i versamenti restano acquisiti nei bilanci degli enti locali, mantenendo detti accordi piena efficacia"), si desume infatti che dalla piena efficacia degli accordi deriva, anzitutto, l'irripetibilità dei versamenti di somme in esecuzione di essi, coerentemente peraltro con il principio di carattere generale per cui ogni spostamento patrimoniale deve essere assistito da una legittima causa giuridica (art. 2041 c.c.). In secondo luogo, si deve ritenere che tale conservazione dell'efficacia riguardi anche gli accordi che non hanno avuto ancora esecuzione, con il pagamento delle somme previste a favore degli enti locali, i quali possono pertanto agire per l'adempimento degli obblighi assunti dai gestori di impianti energetici.
Quanto alla non manifesta infondatezza, ha osservato la Sezione che un primo profilo di illegittimità della norma censurata si ravvisa rispetto al parametro della ragionevolezza ricavabile dall'art. 3 Cost., perché eccedendo dalle esigenze connesse all'obiettivo legittimo di adeguare per il futuro gli accordi contenenti misure compensative di carattere meramente patrimoniale secondo quanto previsto dalle linee guida nazionali in materia, essa dispone per il passato la sanatoria generalizzata di accordi contrari alle medesime linee guida e al sovraordinato art. 12, comma 6, d.lgs. n. 387 del 2003.
Inoltre, la clausola di revisione contenuta nel secondo periodo della disposizione non prevede alcun termine, né strumenti per superare il rifiuto o il dissenso eventualmente manifestato da una delle parti dell'accordo, con il conseguente rischio che l'assetto originariamente prefigurato dalle parti contraenti, pur affetto da illiceità, rimanga inalterato.
Ed infatti, anche a voler ritenere configurabile un'ipotesi di nullità derivante da *ius superveniens*, a rapporto validamente instaurato, ciò dovrebbe tradursi in una perdita di ulteriore efficacia dell'atto (*id est*: in un arresto della sua funzione negoziale) che confligge con il mantenimento di efficacia degli accordi sancito dalla disposizione sopravvenuta.
L'effetto complessivamente derivante dalla norma censurata è, dunque, quello tipico di una sanatoria indiscriminata, per cui il gestore dell'impianto elettrico rimane vincolato al pagamento di somme in esso previste, prive di finalizzazione ambientale ai sensi

dell'allegato 2 alle linee guida nazionali, senza che contemporaneamente sia realizzato l'obiettivo di adeguare gli accordi al principio di ordine imperativo per cui l'autorizzazione unica per impianti di produzione energetica alimentati da fonti rinnovabili non può essere subordinata né prevedere misure di compensazione di carattere meramente patrimoniale, ai sensi degli artt. 12, comma 6, d.lgs. n. 387 del 2003 e 1, comma 5, l. n. 239 del 2004 (negli stessi termini si è già espressa la stessa Corte costituzionale, nella sentenza del 1° aprile 2010, n. 124). Dalla nullità degli accordi che contemplino siffatte misure discende poi come conseguenza automatica l'improduttività degli effetti del negozio *ex tunc* che invece la norma di legge di bilancio censurata ha inteso fare salvi in assenza di una plausibile esigenza di ordine imperativo, sì che il mantenimento dell'efficacia statuito dall'art. 1, comma 953, l. n. 145 del 2019 finisce anche per vanificare gli effetti connaturati alla categoria giuridica della nullità.

La norma censurata appare, pertanto, anche lesiva del diritto di azione sancito dall'art. 24 Cost.. Nel prevedere la conservazione dell'efficacia degli accordi, essa vanifica infatti l'utilità pratica dell'impugnativa contrattuale, ivi compresa la nullità ai sensi degli artt. 1418 c.c. e ss., prevista per reagire contro manifestazioni di volontà contrattuale aventi contenuti contrastanti con norme imperative, ai sensi del comma 1 della medesima disposizione.

Nel caso degli accordi previsti dall'art. 1, comma 953, l. n. 145 del 2018 la pronuncia giurisdizionale dichiarativa della nullità sarebbe *inutiliter data*, perché da un lato, come da essa espressamente previsto, le somme versate in esecuzione dello stesso non potrebbero essere ripetute dal *solvens*, gestore dell'impianto elettrico; ed inoltre avvalendosi della conservazione dell'efficacia parimenti affermata dalla norma censurata l'ente locale potrebbe agire per il pagamento delle somme ulteriormente dovute.

Un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale è dato dalla violazione dei principi della separazione dei poteri (in relazione agli artt. 3, 97, 101, 102, 113 Cost.) e del giusto processo sanciti dagli artt. 111 Cost. e 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in relazione all'art. 117, comma 1, della medesima Carta fondamentale.

La disposizione in questione, eccedendo dalle esigenze connesse all'obiettivo legittimo di rivedere gli accordi contenenti misure compensative di carattere meramente patrimoniale secondo quanto previsto dalle linee guida nazionali in materia, in conformità con la normativa euro-unitaria e i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale, persegue invece l'intento di definire in via legislativa i contenziosi pendenti, interferendo sugli esiti dei giudizi in corso e sulle pronunzie degli organi giurisdizionali, in violazione dei principi di terzietà e imparzialità del giudice. Di conseguenza, l'intervento normativo pare presentare profili di irragionevolezza, in violazione dell'art. 3 Cost., laddove vanifica il potere giurisdizionale già esercitato (con la declaratoria di nullità degli accordi contrastanti con il divieto di misure compensative a contenuto meramente economico ad opera delle sentenze dei giudici di primo grado), in assenza di plausibili motivi di interesse generale e senza che ciò risultasse necessario in ragione di oscillazioni giurisprudenziali, alterando in modo imprevedibile rapporti pregressi tra le parti sì da rendere inutile e privo di effettività il diritto alla tutela giurisdizionale. La sanatoria generalizzata

introdotta con la legge di bilancio per il 2019 altera, infatti, la parità delle parti nel processo, anche quelli in corso, privando una parte dei rimedi di legge a sua disposizione e vanificando l'utilità delle pronunce giurisdizionali favorevoli eventualmente conseguite, ma non ancora definitive, quand'anche con esse si sia accertato il contrasto dell'accordo con i principi di ordine imperativo regolatrici del settore della produzione energetica da fonti rinnovabili.

Sotto il profilo da ultimo evidenziato emerge un ulteriore profilo di contrasto della norma censurata con il vincolo posto al legislatore ordinario dal sopra citato art. 117, comma 1, Cost. al rispetto degli obblighi internazionali, nel caso di specie assunti dall'Italia con il protocollo di Kyoto dell'11 dicembre 1997 della convenzione quadro delle Nazioni unite sui cambiamenti climatici - che funge da norma interposta e, quindi, da parametro mediato di costituzionalità -, di cui il d.lgs. n. 387 del 2003 costituisce attuazione nell'ordinamento giuridico interno, per il tramite della direttiva 2001/77/CE del 27 settembre 2001 (sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità).

Il contrasto è ravvisabile nel fatto che gli obiettivi stabiliti a livello internazionale con il citato protocollo, di promozione, sviluppo e maggiore utilizzazione di forme energetiche rinnovabili in funzione dell'abbattimento delle emissioni inquinanti (art. 2), rispetto ai quali il principio di gratuità delle autorizzazioni in materia è strumentale, potrebbe essere vanificato da una sanatoria generalizzata rispetto ad accordi aventi l'effetto di rendere tali titoli amministrativi onerosi per ragioni estranee alla salvaguardia dell'ambiente, così da scoraggiare gli operatori economici dal mantenere i propri investimenti nel settore delle energie rinnovabili.

L'art. 1, comma 953, l. n. 145 del 2018, nella misura in cui consente il mantenimento di efficacia degli accordi che prevedano misure compensative meramente patrimoniali, presenta, dunque, profili di irragionevolezza e arbitrarietà in quanto non prende in considerazione né l'interesse degli operatori privati incisi dalla sanatoria né quelli pubblici alla promozione e al sostegno della produzione di energia da fonte rinnovabile (tutelati, già anteriormente all'emanazione delle linee guida nazionali di cui al citato decreto ministeriale, da norme imperative, quale l'art. 12, comma 6, d.lgs. n. 387 del 2003, in coerenza con i principi eurounitari di riferimento), non operando alcun bilanciamento con l'interesse alla conservazione delle risorse acquisite ai bilanci degli enti locali.

Per la ragione da ultimo evidenziata la norma appare anche in contrasto con la libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost., in relazione ai principi generali regolatori del settore economico relativo alla produzione di energia da fonti rinnovabili, ricavabili dagli artt. 6 della citata direttiva 2001/77/CE - secondo cui gli Stati membri sono tra l'altro tenuti a "ridurre gli ostacoli normativi e di altro tipo all'aumento della produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili", a "razionalizzare e accelerare le procedure all'opportuno livello amministrativo" e "garantire che le norme siano oggettive, trasparenti e non discriminatorie…" - e 12, d.lgs. n. 387 del 2003, in virtù del quale la produzione di energia da fonti rinnovabili è soggetta ad un regime amministrativo di tipo autorizzatorio, subordinato all'accertamento dei presupposti di legge e non

sottoposto a misure di compensazione di carattere pecuniario. La disposizione in questione sembra porsi, infine, in contrasto con gli artt. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e 6 della Cedu, in quanto determina, in modo imprevedibile ed in violazione dei principi di legalità e proporzionalità (tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito), una lesione del diritto di proprietà degli operatori economici che hanno realizzato e messo in esercizio gli impianti da fonti rinnovabili (nella misura in cui osta al soddisfacimento di un credito avente consistenza di valore patrimoniale e base normativa nel diritto nazionale e nell'ordinamento sovranazionale) e, quindi, anche del loro legittimo affidamento ad ottenere la restituzione degli importi versati in esecuzione di accordi di cui si contesta la validità e, comunque, a non dover più corrispondere alcuna somma per la residua durata della convenzione ove ne sia accertata la nullità per contrasto con norme imperative.

27.3. Rilascio di più permessi di ricerca di idrocarburi ad uno stesso soggetto.

Con ordinanza 11 febbraio 2020, n. 1150 la Sezione quarta ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, la questione se la direttiva 94/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 1994 vada interpretata nel senso di ostare ad una legislazione nazionale quale quella descritta, che da un lato individua come ottimale ai fini del rilascio di un permesso di ricerca di idrocarburi un'area di una data estensione, concessa per un periodo di tempo determinato e dall'altro lato consente di superare tali limiti con il rilascio di più permessi di ricerca contigui allo stesso soggetto, purché rilasciati all'esito di distinti procedimenti amministrativi.

Ha chiarito la Sezione che la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 4 gennaio 2019, n. 92, ha affermato che non esisterebbe una normativa che vieti di concedere ad un stesso soggetto più permessi, con il risultato di superare l'estensione di area massima di cui all'art. 6, l. n. 9 dei 1991.

La Sezione ha affermato di non condividere peraltro non condivide l'ulteriore affermazione della sentenza 92 del 2019, per cui tale divieto non si potrebbe senz'altro desumere dalla normativa europea, ovvero dalla direttiva 94/22/CE anche lì richiamata, la quale si limiterebbe ad affermare il principio di concorrenza.

Secondo la sentenza n. 92 del 2019, tale principio sarebbe comunque rispettato se per ogni area delle dimensioni massime indicate la società interessata proponesse un'autonoma istanza esaminata in concorrenza con altre.

Si osserva però, che la stessa sentenza in questione finisce per ammettere come questa conclusione non sia assoluta, nel momento in cui ipotizza la possibilità di un'elusione del divieto legislativo proprio attraverso la fittizia frammentazione di un permesso in realtà unico.

28. Agricoltura.

28.1. Quote latte.

Con sentenza 28 gennaio 2020, n. 699 la sez. II è tornata sulla questione relativa alle c.d. "quote latte", soffermandosi sulla disciplina interna e sovranazionale applicabile all'annata lattiera 2003-2004, in relazione alla compensazione nazionale per categorie prioritarie. Ha affermato che l'unità temporale di riferimento, ai fini della valutazione della normativa applicabile, è rappresentata dall'"annata lattiera", ovvero un lasso di tempo da calcolarsi, secondo le indicazioni già contenute nell'art. 1 del regolamento CEE n. 3950/1992, e successivamente ribadite, in 12 mesi decorrente dal 1° aprile di ogni anno, fino al 31 marzo dell'anno successivo; il principio del *tempus regit actum*, tuttavia, in un procedimento destinato a svilupparsi nel tempo, fa sì che per taluni adempimenti la disciplina applicabile non possa essere individuata avuto riguardo alle sole normative di settore di annata in annata, con ciò imponendo, se una previsione è dettata per una campagna lattiera, la sua applicazione senza avere riguardo ad eventuali sopravvenienze normative.

Ha chiarito la Sezione che il problema si pone con particolare riguardo all'annata lattiera 2003/2004, in quanto caratterizzata dal mutamento pressoché contestuale della disciplina nazionale (d.l. 28 marzo 2003, n. 49, convertito con modificazioni con l. 30 marzo 2003, n. 119, successivamente modificato dal d.l. 24 giugno 2004, n. 157, convertito in l. 3 agosto 2004, n. 204) e sovranazionale (regolamento CE n. 1788/2003, che ha abrogato il previgente regolamento CEE n. 3950/1992), con la conseguente necessità, da un lato di individuare il regime giuridico concretamente applicabile in base al diritto interno, dall'altro di parametrarlo alla disciplina comunitaria di riferimento *ratione temporis*. Ciò assume rilievo in quanto il regolamento CE 29 settembre 2003, n. 1788, ha modificato la regola, recata dall'art. 2 del regolamento CEE n. 3950/1992, che vietava la possibilità di individuare categorie prioritarie, ponendo come canone operativo ineludibile quello di proporzionalità.

Ai fini della determinazione del c.d. prelievo supplementare, ovvero la somma da versare in ragione dell'avvenuto superamento dell'assegnazione del quantitativo individuale (Q.R.I.), una volta effettuata anche la compensazione nazionale, ha dunque trovato applicazione il d.l. n. 49 del 2003, in quanto entrato in vigore prima dell'annata lattiera di riferimento.

La disciplina sovranazionale cui parametrare la compatibilità eurounitaria del meccanismo ivi previsto era invece quella contenuta nel regolamento CEE n. 3950/1992, che non consente l'individuazione di categorie prioritarie in sede di perequazione conseguente a compensazione nazionale (Corte giust. comm. UE, sez. VII, 27 giugno 2019, resa nella causa C-348/18). L'art. 27 dello stesso, infatti, ne lega l'entrata in vigore all'annata lattiera 2004/2005, con conseguente abrogazione del regolamento CEE n. 3950/1992 solo a partire dalla stessa, pur rimanendo invariata la disciplina interna di riferimento. La correttezza della ricostruzione non è incisa dalla circostanza che con d.l. n. 157 del 2004, convertito nella l. n. 204 del 2004, è stato modificato l'ordine di precedenza nella restituzione dei prelievi in eccesso stabilito dall'art. 9, commi 3 e 4, d.l. n. 49 del 2003: esso ha trovato applicazione (anche) per l'annata lattiera 2003/2004, per la quale la valutazione di compatibilità comunitaria andava effettuata alla luce del regola-

mento CEE n. 3950/1992. La modifica, infatti, interviene "a novella" sul sistema previgente, modificando peraltro l'ordine di priorità, ma non il relativo principio. Ciò trova indiretta conferma nella sentenza della sez. II della Corte giust. comm. Ue dell'11 settembre 2019, resa nella causa C-46/18, che al punto 2 ha chiaramente affermato che: "L'art. 2, paragrafo 4, del regolamento n. 3950/92, come modificato dal regolamento n. 1256/1999, in combinato disposto con l'art. 9 del regolamento CE n. 1392/2001 della Commissione, del 9 luglio 2001, recante modalità d'applicazione del regolamento n. 3950/92, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che il rimborso dell'eccedenza del prelievo supplementare debba favorire, in via prioritaria, i produttori che, in applicazione di una disposizione di diritto nazionale incompatibile con l'art. 2, paragrafo 2, del regolamento n. 3950/92, come modificato dal regolamento n. 1256/1999, abbiano adempiuto il loro obbligo di versamento mensile". Con ciò implicitamente ma definitivamente chiarendo anche che per il vaglio eurounitario del meccanismo riveniente dalla legislazione del 2003, pur se integrata nel 2004 con riferimenti alle categorie da privilegiare, si tiene conto dell'annata lattiera di riferimento, ovvero quella 2003/2004. Anche a voler circoscrivere il profilo di valutazione comunitaria alla sola parte novellata dell'originaria disciplina contenuta nel d.l. n. 49 del 2003, assumendo a parametro il sopravvenuto regolamento UE n. 1788/2003, sussistono profili di incompatibilità che impongono la disapplicazione della normativa nazionale. I "criteri obiettivi" cui il legislatore europeo ha ancorato la possibilità di redistribuzione "in tutto o in parte ai produttori che rientrano in categorie prioritarie stabilite dallo Stato membro", devono comunque essere desunti da altre fonti normative comunitarie ed in particolare dall'art. 16, paragrafo 1, del regolamento CE della Commissione n. 595 del 30 marzo 2004, recante modalità d'applicazione del regolamento CE n. 1788/2003 del Consiglio, nella versione antecedente la novella attuata con l'art. 1 del regolamento della Commissione n. 1468 del 4 ottobre 2006.

29. Alimenti.

Il C.g.a., con ordinanza 20 marzo 2020, n. 193 ha rimesso alla Corte di giustizia UE le questioni: a) se il Regolamento CE n. 765 del 2008 osta a una disciplina nazionale (quale l'art. 40, l. n. 88 del 2009) laddove interpretata nel senso di ammettere che l'attività di accreditamento per i sistemi di autocontrollo alimentare possa essere svolta da Organismi non aventi sede in uno dei Paesi dell'Unione europea - e quindi senza rivolgersi all'Organismo unitario di accreditamento -, laddove tali Organismi garantiscano comunque il rispetto delle norme UNI CEI EN ISO/IEC 17025 e UNI CEI EN ISO/IEC 17011 e dimostrino – anche attraverso accordi di mutuo riconoscimento - il possesso di una qualificazione sostanzialmente assimilabile a quella degli Organismi unici di cui al Regolamento CE n. 765 del 2008; b) se - in relazione all'art. 56 TFUE, agli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché all'art. 102 del TFUE - il Regolamento Ce n. 765 del 2008, laddove istituisce un regìme di sostanziale monopolio al livello nazionale delle attività di accreditamento attraverso il sistema dell'"Organismo unico', violi i principi del diritto primario dell'Unione europea e, in particolare, i

princìpi di libera prestazione dei servizi e di non discriminazione, il divieto di disparità di trattamento, nonché le regole in materia di concorrenza che vieta situazioni di monopolio.
Ha chiarito il C.g,a. che nella materia qui in discussione si è realizzato un armonico sistema normativo il cui centro è il Regolamento Ce n. 765 del 2088 mentre le disposizioni di legge statale del 2009 e il decreto ministeriale del dicembre del 2009 hanno consentito che a partire dal 2010 si delineasse un sistema di accreditamento basato sul riconoscimento del ruolo affidato ad Accredia.
Dalla lettura congiunta delle due disposizioni ne consegue che l'accreditamento di cui al comma 2 dell'art. 40, l. n. 88 del 2009 si raggiunge nelle forme di cui al successivo art. 4, l. n. 99 del 2009.
Proprio l'art. 4 nel richiamare il Regolamento Ce 765 del 2008 ("al fine di assicurare la pronta applicazione del capo II del regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008") ha disposto l'istituzione di un "unico organismo italiano autorizzato a svolgere attività di accreditamento", così come previsto dal comma 1 dell'art. 4 del Regolamento Ce 765 del 2008 ("Ciascuno Stato membro designa un unico organismo nazionale di accreditamento").
Il C.g.a, pur ritenendo l'interpretazione appena esposta quella più corretta e plausibile, per ragioni di tuziorismo e di certezza giuridica rimette alla Corte di giustizia la quesitone se il Regolamento (CE) 765/2008 tolleri una lettura alternativa della normativa italiana di riferimento tale da ammettere che l'attività di accreditamento possa essere svolta anche da Organismi non aventi sede in uno dei Paesi dell'UE ma che – anche in ragione di accordi di mutuo riconoscimento – presentino adeguati livelli di qualificazione professionale (o addirittura, livelli di qualificazione del tutto assimilabili a quelli degli 'Organismi unici' di cui al Regolamento (CE) 765/2008.
Ove la Corte di Giustizia dovesse accertare (come ritenuto dal Giudice del rinvio) che il Regolamento Ce n. 765 del 2008 osta all'interpretazione dell'art. 40, l. n. 88 del 2009 nel senso di consentire l'accreditamento di un Laboratorio per il tramite di un organismo diverso da Accredia, il C.g.a. chiede in subordine alla Corte di risolvere la questione pregiudiziale relativa alla validità di detto Regolamento Ce n. 765 del 2008 in riferimento a diverse disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea.
Le ulteriori questioni pregiudiziali riguardano: l'art. 56 del TFUE dispone che "le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione".
Secondo la giurisprudenza della Corte, l'art. 56 TFUE osta all'applicazione di qualsiasi normativa nazionale che abbia l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile rispetto alla prestazione di servizi puramente interna. Infatti, conformemente alla giurisprudenza della Corte, l'art. 56 TFUE esige l'eliminazione di ogni restrizione alla libera prestazione dei servizi imposta per il fatto che il prestatore sia stabilito in uno Stato membro diverso da quello in cui sia fornita la prestazione (sentenza del 25

luglio 2018, TTL, C-553/16, EU:C:2018:604, punto 45 e giurisprudenza ivi citata). Rappresentano restrizioni alla libera prestazione dei servizi le misure nazionali che vietano, ostacolano o rendono meno attrattivo l'esercizio di tale libertà (sentenza del 25 luglio 2018, TTL, C-553/16, EU:C:2018:604, punto 46 e giurisprudenza ivi citata). Il diritto alla libera prestazione dei servizi conferito dall'art. 56 TFUE ai cittadini degli Stati membri include la libera prestazione dei servizi "passiva", ossia la libertà per i destinatari di servizi di recarsi in un altro Stato membro per fruire ivi di un servizio, senza soffrire restrizioni (sentenza del 9 marzo 2017, Piringer, C-342/15, EU:C:2017:196, punto 35; sentenza del 22 novembre 2018, Vorarlberger Landes - und Hypothekenbank, C-625/17, EU:C:2018:939, punti 28, 29 e 30).
L'appellante dubita della validità del Regolamento Ce n. 765 del 2008 che, se legittimante la normativa interna, finirebbe per violare l'art. 56 del TFUE e gli articoli 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (non discriminazione e divieto di disparità di trattamento).
Il C.g.a. ritiene che gli articoli del Regolamento n. 765 del 2008 vadano letti alla luce dei "considerando" in precedenza evidenziati. Si comprende così che la disciplina dell'accreditamento intende promuovere la protezione di interessi pubblici come la salute e la sicurezza in generale, la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro nonché la protezione dei consumatori, la protezione dell'ambiente e la sicurezza pubblica, assicurando che la libera circolazione dei prodotti non sia limitata in misura maggiore di quanto consentito ai sensi della normativa comunitaria di armonizzazione o altre norme comunitarie in materia.
I suddetti obiettivi si raggiungono attraverso la previsione di un unico organismo di accreditamento per ciascun paese membro non giustificandosi se non per casi eccezionali (di cui all'art. 7 del Regolamento) che un soggetto si rivolga ad un organismo diverso da quello esistente nel proprio paese.
Residua, comunque, un dubbio rispetto alla prospettiva sviluppata dall'appellante e cioè se l'art. 56 del TFUE consente al soggetto che vuole ottenere l'accreditamento di rivolgersi ad un organismo presente in un paese terzo (PJLA è soggetto operante negli Stati Uniti d'America) ma che condivide una metodologia di accreditamento che si asserisce essere la stessa di quella praticata dall'organismo nazionale di accreditamento (Accredia) vigenti.
Quest'ultima prospettiva – astrattamente riconducibile alle libertà di cui all'art. 56 – non consentirebbe vanificherebbe la portata garantistica degli artt. 8, 10 e 11 del Regolamento n. 765 del 2008.
L'art. 102 del TFUE recita che "è incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo".
Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, è presupposto per l'applicazione dell'art. 102 del TFUE ai fini della valutazione dell'eventuale esistenza di una posizione dominante dell'impresa interessata la determinazione del mercato rilevante (v., in tal senso, sentenza del 30 gennaio 2020, Generics (UK) Ltd.; GlaxoSmithKline plc; Xellia

Pharmaceuticals ApS; Alpharma, LLC, già Zoetis Products LLC; Actavis UK Ltd; Merck KGaA, c. Competition and Markets Authority, c- 307/18, EU:C:2020:52 punti 127, 128 e 129; sentenza del 21 febbraio 1973, Europemballage e Continental Can/Commissione, 6/72, EU:C:1973:22, punto 32;). DA qui la ricerca di ulteriori presupposti imposti dal richiamo all'art. 102 del TFUE (v., in tal senso, sentenza del 14 febbraio 1978, United Brands e United Brands Continentaal/Commissione, 27/76, EU:C:1978:22, punti 10 e 11; sentenza del 23 gennaio 2018, F. Hoffmann-La Roche e a., C-179/16, EU:C:2018:25, punto 51 e la giurisprudenza ivi citata).
Nella prospettiva avanzata da parte appellante si sostiene che la posizione di Accredia ha determinato un monopolio che, in quanto tale, viola l'art. 102 del TFUE.
Il C.g.a. ritiene che dalla normativa in precedenza richiamata emerge che Accredia non è assimilabile ad un'impresa. Accredia non persegue fini di lucro e svolge una funzione pubblica essenziale ai fini di assicurare l'accreditamento di cui al Regolamento Ce n. 765 del 2008.
Il che giustifica, ad avviso del Giudice del rinvio, il sistema di sostanziale monopolio legale della sua attività, per come stabilito dalla pertinente normativa eurounitaria e nazionale.
Residua però il dubbio che Accredia, in quanto unico organismo di accreditamento, si imponga al Laboratorio il quale si duole di non poter scegliere di rivolgersi ad un altro organismo legato ad Accredia da Accordi di Mutuo Riconoscimento e che insieme con Accredia è membro di ILAC. Il Laboratorio appellante rivendica la propria libertà nel rivolgersi ad altro organismo per l'accreditamento che presenterebbe gli stessi requisiti di affidabilità di Accredia.
In questa ottica il monopolio legale in favore di Accredia non svantaggerebbe il potenziale concorrente, ma priverebbe piuttosto le strutture sanitarie interessate della possibilità di scelta fra i servizi di accreditamento di più potenziali fornitori.

La sez. III, con sentenza 13 maggio 2020, n. 3028 ha ritenuto legittima, al fine di garantire la piena rintracciabilità "a valle" del processo distributivo dei prodotti alimentari di origine animale, la prescrizione formulata da parte dell'Autorità sanitaria nei confronti di un distributore all'ingrosso di prodotti alimentari di integrare il sistema di informazioni rese agli OSA ("operatori del settore alimentare") con uno strumento di trasmissione del dato relativo al lotto di appartenenza dei prodotti ceduti ("fattura o altro appropriato sistema"), laddove la "necessità" dello stesso, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. g), del Regolamento UE n. 931/2011, sia motivata con riferimento alle inefficienze dimostrate dal sistema informativo in essere in occasione di una verifica finalizzata a ricostruire la catena distributiva di un lotto oggetto di "allerta" per la presenza di sostanze tossiche, né la "necessità" del prescritto mezzo informativo è smentita dalle indicazioni in ordine al lotto di appartenenza del prodotto obbligatoriamente recate dalle etichette applicate sulle singole confezioni, *ex* art. 17, d.lgs. n. 231 del 2017, in quanto, una volta che le stesse siano state cedute ai consumatori, resta preclusa, in mancanza del suddetto strumento informativo, ogni concreta possibilità di ricostruire a posteriori la filiera distributiva del lotto interessato.

Ha chiarito la Sezione che l'inefficienza del sistema di rintracciabilità applicato – e quindi, secondo la logica sottesa al Regolamento UE n. 178/2002, la "necessità" di integrarlo attraverso lo strumento informativo in discorso – anche alla luce degli oneri di controllo che, secondo le deduzioni di parte appellante, fanno carico all'operatore "a valle", emerge dalle stesse difficoltà di procedere alla ricostruzione a posteriori del percorso distributivo dei prodotti alimentari oggetto dell'"allerta", da cui hanno preso le mosse le verifiche che hanno messo capo al verbale impugnato: difficoltà di cui quest'ultimo dà atto nelle relative premesse motivazionali.
In secondo luogo, ma in correlazione col precedente rilievo, l'indicazione del lotto di produzione sui prodotti alimentari preconfezionati, proprio perché ancorata a dati apposti sulle confezioni, non soddisfa le esigenze di una rintracciabilità *ex post* della catena distributiva, allorquando, cioè, i prodotti in questione abbiano già costituito oggetto di vendita ai consumatori: esigenza che emerge con prepotenza quando la necessità di procedere al controllo insorga allorché sia ragionevole presumere che il percorso di distribuzione/consumo si è già perfezionato (e quindi quei dati siano andati ormai dispersi).
Inoltre, proprio perché il sistema di rintracciabilità si fonda sulla responsabilità di tutti i soggetti che partecipano ed attuano la sequenza distributiva, è evidente che, ai fini dell'efficace funzionamento dei meccanismi di controllo, ciascuno di essi deve osservare le prescrizioni inerenti al segmento di appartenenza, indipendentemente dall'osservanza che vi abbiano prestato, per quanto di loro competenza, gli altri: solo in tal modo, infatti, è possibile ovviare ad eventuali falle del sistema di rintracciabilità, facendo leva sul corretto adempimento da parte dell'operatore "a monte" (e viceversa) degli oneri informativi ad esso facenti capo, in ipotesi di inosservanza da parte dell'operatore "a valle" di quelli di cui ha la diretta responsabilità.

30. Commercio.

30.1. Denominazione di origine controllata dei vini.

Con sentenza 2 novembre 2020, n. 6745 la sez. III ha pronunciato in tema di denominazione di origine controllata dei vini italiani.
che la disciplina delle Denominazioni di origine protetta (Dop) e delle Indicazioni geografiche protette (Igp) dei vini è dettata da regolamenti dell'Unione Europea e da atti nazionali, nel rispetto dei principi fissati dal TFUE - Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, che all'art. 4.2.d) individua "agricoltura e pesca" come settori di competenza concorrente dell'Unione e degli Stati Membri; ha aggiunto che nell'Unione il concetto di vino di qualità si fonda, tra l'altro, sulle specifiche caratteristiche attribuibili all'origine geografica del vino. I consumatori possono individuare tali vini grazie alle denominazioni di origine protette e alle indicazioni geografiche protette.
Per permettere l'istituzione di un quadro trasparente e più completo che corrobori l'indicazione di qualità di tali prodotti, si prevede un sistema che permetta di esaminare le domande di denominazione di origine o di indicazione geografica in linea con l'impostazione seguita nell'ambito della normativa trasversale della qualità applicata dall'Unione ai prodotti alimentari diversi dal vino e dalle bevande spiritose.

Le Denominazioni di origine e le Indicazioni geografiche dei vini sono definite all'art. 93 del regolamento UE n. 1308/2013 e prevedono entrambe l'adozione di un disciplinare di produzione che regola detti prodotti.
Per "denominazione di origine" si intende il nome di una regione, di un luogo determinato o, in casi eccezionali e debitamente giustificati, di un paese che serve a designare un prodotto di cui all'art. 92, par. 1 (prodotti vitivinicoli specificati all'allegato VIII, parte II, punto 1, punti da 3 a 6 e punti 8, 9, 11, 15 e 16, vino, vino in fermentazione, vino liquoroso, spumante etc..) conforme ai seguenti requisiti: a) la qualità e le caratteristiche del prodotto sono dovute essenzialmente o esclusivamente a un particolare ambiente geografico e ai suoi fattori naturali e umani; b) le uve da cui è ottenuto il prodotto provengono esclusivamente da tale zona geografica; c) la produzione avviene in detta zona geografica e d) il prodotto è ottenuto da varietà di viti appartenenti alla specie Vitis vinifera.
L'"indicazione geografica" è l'indicazione che si riferisce a una regione, a un luogo determinato o, in casi eccezionali e debitamente giustificati, a un paese, che serve a designare un prodotto vitivinicolo conforme ai seguenti requisiti: a) possiede qualità, notorietà o altre peculiarità attribuibili a tale origine geografica; b) le uve da cui è ottenuto provengono per almeno l'85 % esclusivamente da tale zona geografica; c) la produzione avviene in detta zona geografica e d) è ottenuto da varietà di viti appartenenti alla specie Vitis vinifera o da un incrocio tra la specie Vitis vinifera e altre specie del genere Vitis.
Attraverso i disciplinari di produzione è possibile verificare le condizioni di produzione relative alla denominazione di origine o all'indicazione geografica.
L'art. 33, comma 3, del Testo unico della vite e del vino (l. 12 dicembre 2016, n. 238: "Disciplina organica della coltivazione della vite e della produzione e del commercio del vino") dispone che il riconoscimento dell'Igp (intendendosi per tale, ai sensi dell'art. 3 dello stesso Testo unico, la menzione specifica tradizionale «indicazione geografica tipica» utilizzata dall'Italia per i prodotti vitivinicoli a Igp) è riservato ai vini provenienti dalla rispettiva zona viticola a condizione che la relativa richiesta sia rappresentativa di almeno il 20 per cento, inteso come media, dei viticoltori interessati e di almeno il 20 per cento della superficie totale dei vigneti oggetto di dichiarazione produttiva a Indicazione geografica protetta nell'ultimo biennio.
Quanto al conferimento della protezione delle Dop e Igp (o secondo le menzioni specifiche tradizionali Docg, Doc e Igt, ex art. 28, l. 12 dicembre 2016, n. 238), l'art. 32 dispone che avviene contestualmente all'accoglimento della rispettiva domanda di protezione da parte della Commissione europea (comma 1).
Una volta espletata la procedura nazionale, a decorrere dalla data di presentazione alla Commissione europea della domanda di protezione o della domanda di modifica del disciplinare, i vini della relativa Do o Ig possono essere etichettati in conformità alle vigenti norme dell'Unione europea, a condizione che il soggetto richiedente sia a ciò preventivamente autorizzato dal Ministero, d'intesa con la competente regione (comma 3).
Analogamente avviene nel caso di modifica del Disciplinare.

Ha ancora ricordato la sezione che le denominazioni di origine protette e le indicazioni geografiche protette possono essere utilizzate da qualsiasi operatore che commercializza vino prodotto in conformità con il relativo disciplinare di produzione.
Le denominazioni di origine protette e le indicazioni geografiche protette e i vini che usano tali denominazioni protette in conformità con il relativo disciplinare sono protette contro: a) qualsiasi uso commerciale diretto o indiretto del nome protetto (per prodotti comparabili non conformi al disciplinare del nome protetto, o nella misura in cui tale uso sfrutti la notorietà di una denominazione di origine o di una indicazione geografica); b) qualsiasi usurpazione, imitazione o evocazione, anche se l'origine vera del prodotto è indicata o se il nome protetto è una traduzione, trascrizione o traslitterazione o è accompagnato da espressioni quali "genere", "tipo", "metodo", "alla maniera", "imitazione", "gusto", "come" o espressioni simili; c) qualsiasi altra indicazione falsa o ingannevole relativa alla provenienza, all'origine, alla natura o alle qualità essenziali del prodotto usata sulla confezione o nella pubblicità o in contenitori che possono indurre in errore sulla sua origine; d) qualsiasi altra pratica che possa indurre in errore il consumatore sulla vera origine del prodotto.
Infine, quanto all'etichettatura, l'art. 117 del regolamento definisce l'etichettatura, precisando che si intendono per "etichettatura" i termini, le diciture, i marchi di fabbrica o di commercio, le immagini o i simboli figuranti su qualsiasi imballaggio, documento, cartello, etichetta, nastro o fascetta che accompagnano un dato prodotto o che ad esso si riferiscono.
L'etichettatura deve contenere obbligatoriamente l'espressione "denominazione di origine protetta" o "indicazione geografica protetta" e il nome della denominazione di origine protetta o dell'indicazione geografica protetta (art. 119, par. 1); mentre può contenere altre indicazioni facoltative, quali l'annata, il nome di una o più varietà di uve da vino, etc. (art. 120).
Inoltre, l'art. 31, l. n. 238 del 2016 prevede che "i vini a Do e i vini a IG possono utilizzare nell'etichettatura nomi di vitigni o loro sinonimi, menzioni tradizionali, riferimenti a particolari tecniche di vinificazione e qualificazioni specifiche del prodotto (comma 11) e che "le specificazioni, menzioni e indicazioni di cui al presente articolo, fatta eccezione per la menzione «vigna», devono essere espressamente previste negli specifici disciplinari di produzione, nell'ambito dei quali possono essere regolamentate le ulteriori condizioni di utilizzazione nonché definiti parametri maggiormente restrittivi rispetto a quanto indicato nel presente articolo" (comma 13).
Ha ancora chiarito la Sezione che gli acronimi Doc e Igt non individuano un marchio, poiché si tratta di denominazioni comuni ad una varietà di prodotti; si tratta, invece, di denominazioni utilizzate in enologia per certificare la zona di origine della raccolta delle uve utilizzate per la produzione del prodotto sul quale è poi apposto il marchio del produttore.
Gli acronimi designano entrambi un prodotto di qualità, per la cui produzione deve essere rispettato uno specifico disciplinare di produzione approvato con decreto ministeriale.

La collocazione di un vino tra gli Igt o i Doc è dovuta essenzialmente a scelte commerciali dei viticultori e produttori.
Il disciplinare Igt è meno restrittivo rispetto al disciplinare Doc.
Le caratteristiche del prodotto Doc sono strettamente connesse all'ambiente naturale ed ai fattori umani e tradizionali dell'ambito geografico; per i prodotti Igt è rilevante il solo collegamento con la zona geografica di produzione, collegamento preponderante ma non necessariamente esclusivo, potendo essere utilizzate in piccola parte (15%) anche uve di altra provenienza geografica (e questo consente anche di sperimentare nuovi tipi di uvaggi, grazie proprio alla maggior libertà di azione). Diversa è poi la previsione di resa per ettaro e di resa uva/vino, vale a dire che è consentito un maggiore sfruttamento intensivo dei vigneti rivendicati a produzione Igt.
Dunque, i disciplinari Doc e Igt prevedono diversi livelli di "identità" dei vini, determinati essenzialmente dalla diversa percentuale e qualità di vitigni autoctoni utilizzati per la produzione e dal carattere più o meno delimitato e ben individuato e/o ristretto della zona geografica di produzione delle uve, caratteristiche che fanno sì che i vini Doc risultino più specificamente correlati alle caratteristiche uniche del territorio, superiori in qualità e più rinomati proprio in ragione del carattere pregiato dei vitigni utilizzati e della loro stretta caratterizzazione geografica.
L'ambiente di derivazione del Doc unisce condizioni naturali, come il clima e i vitigni tradizionali della zona, a fattori umani, come le tecniche di produzione e trasformazione tipiche e tradizionali, che conferiscono anche una qualità sensoriale specifica al prodotto, legata in modo precipuo al territorio; tanto che solo per i Doc è previsto un controllo della qualità organolettica e nei casi di abbondante produzione, tali controlli sono sistematici e non "a campione" (è il caso del Doc "Sicilia").
La denominazione di origine controllata, che risale in Italia al d.l. 12 luglio 1963, n. 930, in definitiva, ha inteso, sin dall'origine, attraverso una rigida disciplina di individuazione delle caratteristiche di produzione, assistita da adeguati strumenti di vigilanza e relative sanzioni, promuovere e proteggere la maggiore qualità dei prodotti vinicoli in relazione all'origine da zone di produzione particolarmente vocate, per condizioni ambientali, a dar vita a prodotti "esclusivi", anche sotto il profilo delle caratteristiche sensoriali.

30.2. Imposta sulla pubblicità e insegna di un esercizio commerciale.
La sentenza 30 aprile 2020, n. 2780 della sez. II ha affermato che L'insegna di un esercizio commerciale, laddove abbia le caratteristiche richieste dall'art. 23 del Codice della Strada (e relativa norma regolamentare), non muta la sua natura in insegna pubblicitaria per il solo fatto che essa si aggiunga ad altra già presente presso il medesimo insediamento, richiedendo tale qualificazione, con la conseguente soggezione alla relativa imposta, che essa contenga un messaggio che stimoli la potenziale clientela all'acquisto del prodotto o del servizio offerti.
Ha ricordato la Sezione che la disciplina in materia di imposta sulla pubblicità traccia la linea di confine tra messaggio pubblicitario e mera insegna di esercizio secondo alcuni parametri di riferimento che attengono non solo alla presenza o meno della stessa nei

pressi dell'esercizio commerciale ma anche all'eventuale presenza di un messaggio rivolto ai potenziali consumatori in grado di esaltare il prodotto e quindi di invogliare la domanda. Trattasi, peraltro, non solo di un'insegna priva di messaggi pubblicitari ma anche destinata ad essere allocata proprio a ridosso del magazzino su via Anagnina che coincide con l'indirizzo della sede dell'azienda.
Ha aggiunto che, in assenza di un preciso dato normativo, non è dato inferire il carattere pubblicitario dell'insegna dal sol fatto che essa si aggiunga ad altre già presenti presso l'esercizio commerciale. Peraltro la giurisprudenza tributaria accede ad una configurazione restrittiva del concetto di insegna pubblicitaria, osservando che "In materia di imposta sulla pubblicità, l'esenzione di cui all'art. 17, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 507 del 1993, non consente di introdurre distinzioni in relazione al concorso dello scopo pubblicitario con la funzione propria dell'insegna stessa, purché questa, oltre ad essere installata nella sede dell'attività a cui si riferisce o nelle pertinenze accessorie e ad avere la funzione di indicare al pubblico il luogo di svolgimento dell'attività, si mantenga nel predetto limite dimensionale. L'insegna di esercizio, pertanto, mantiene la sua caratteristica, con il conseguente diritto all'esenzione, anche qualora contiene, oltre alla denominazione dell'azienda, anche un messaggio pubblicitario" (Comm. trib. reg. Perugia, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 152). Non solo, quindi, il messaggio pubblicitario può concorrere, senza alterarla, con la funzione propria dell'insegna, ma occorre aggiungere, e questo risulta decisivo, che la soggezione all'imposta pubblicitaria deriva unicamente dalla superficie complessiva delle insegne e non dalla pluralità delle stesse. La Suprema Corte ha tracciato i confini tra i due concetti, osservando che "In tema di imposta comunale sulla pubblicità, il comma 1-bis dell'art. 17, d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507, aggiunto dall'art. 10, l. 28 dicembre 2001, n. 448, che esenta dall'imposta le insegne di attività commerciali e di produzione di beni o servizi nei limiti di un superficie complessiva fino a cinque metri quadrati, non consente di introdurre distinzioni in relazione al concorso dello scopo pubblicitario con la funzione propria dell'insegna stessa, purchè la stessa, oltre ad essere installata nella sede dell'attività a cui si riferisce o nelle pertinenze accessorie, e ad avere la funzione di indicare al pubblico il luogo di svolgimento dell'attività, si mantenga nel predetto limite dimensionale, in tal senso deponendo anche l'art. 2, d.m. 4 aprile 2003, che, ai sensi dell'art. 10, comma 3, l. n. 448 cit., ha dettato le modalità operative per la determinazione dei trasferimenti compensativi ai comuni a copertura delle minori entrate relative all'imposta sulla pubblicità derivanti dalla esenzione stabilita dall'art. 17, comma 1-*bis*, cit.." (Cass. civ., ord., sez. VI, 4 marzo 2013, n. 5337).
Non è quindi suscettibile di applicazione il comma 7 dell'art. 23 del Codice della Strada proprio in considerazione della rilevata insussistenza della natura pubblicitaria dell'insegna, non ritraibile dalla mera presenza di più insegne presso il medesimo esercizio. Viene cioè in evidenza, secondo il dettame dell'art. 2568 c.c., quella che viene comunemente definita come insegna di esercizio ovverosia un semplice mezzo contenente un messaggio che contraddistingue il locale, sia sede principale che secondaria, nel quale si esercita un'attività commerciale o un'attività diretta alla produzione di beni o servizi.

30.3. Commercio all'estero.

La sez. III, con la sentenza 10 dicembre 2020, n. 7864 si è occupato del caso dell'esportazione di tiopentale sodico, giudicando illegittimo il provvedimento del Ministero dello sviluppo economico, che ha negato l'autorizzazione ad esportare in Bangladesh, ove la pena di morte è praticata per impiccagione, un determinativo quantitativo di tiopentale sodico e sodio carbonato sterile, sul rilievo che il tiopenale sodico rientra nell'elenco delle merci che potrebbero essere utilizzate per la pena di morte mediante iniezione fatale. Ad avviso della Sezione il diniego ministeriale è affetto da una evidente carenza motivazionale e da un presupposto grave vizio istruttorio perchè non ha debitamente motivato circa il pericolo effettivo dell'utilizzo del tiopentale sodico (barbiturico ad azione ipnotica utilizzato nell'induzione dell'anestesia generale) per l'iniezione letale in Bangladesh, Paese di importazione, o in altro Stato, luogo di effettiva destinazione del medicinale. Il provvedimento di diniego, infatti, si richiama alle linee fondamentali della politica estera dell'Italia contro la pena di morte, ma tralascia di considerare che nel Bangladesh le esecuzioni capitali sono praticate mediante impiccagione, secondo il diritto penale di quel Paese, e non risulta che di fatto esse vengano poste in essere mediante l'iniezione letale e, dunque, con l'impiego del tiopentale sodico, essendo state effettuate tra il 2010 e il 2020 31 esecuzioni capitali su un totale di 2147 sentenze di condanna alla pena capitale mediante, appunto, l'impiccagione.
L'art. 7-*quater*, par. 2, del regolamento (CE) n. 1236/2005 applicabile *ratione temporis*, nel prevedere che gli Stati membri dell'Unione possano vietare l'esportazione di farmaci potenzialmente utilizzabili per la pena di morte se vi sono fondati motivi di ritenere che le merci elencate all'allegato III-*bis* potrebbero essere utilizzate per la pena di morte in un Paese terzo, richiede una specifica ed esplicita motivazione sul punto, che non può consistere certo nel mero richiamo alle generiche – e pur in astratto condivisibili – linee di politica internazionale seguite dall'Italia perché, così ragionando, il pericolo di *dual use* sarebbe sempre ravvisabile per il solo fatto che nel Paese di importazione – come nel caso di specie il Bangladesh – si applichi la pena di morte, anche se eseguita, di diritto o di fatto, con modalità non implicanti in nessun modo l'utilizzo del tiopentale sodico.
Ha aggiunto la Sezione che il considerando 31 del regolamento UE n. 2019/125, nel modificare il regolamento (CE) n. 1236/2005, ha chiarito che "il regime di autorizzazioni all'esportazione dovrebbe essere proporzionato e non dovrebbe quindi impedire l'esportazione di prodotti medicinali utilizzati a fini terapeutici legittimi", sicché la normativa eurounitaria deve essere interpretata anche dalle autorità nazionali nel senso secondo cui in presenza di un utilizzo legittimo dichiarato da parte dell'utente finale nell'*end user statement* circa l'esclusivo uso terapeutico, in assenza di precedenti violazioni accertate da parte del detto utente, in assenza di violazioni nel Paese di destinazione, in assenza di provate concrete possibilità di sviamento del prodotto, l'autorizzazione all'esportazione debba essere concessa.
Nemmeno si potrebbe affermare che il rischio di utilizzo non consentito del tiopentale sodico a fine di morte anziché per finalità terapeutica (c.d. *dual use*) possa consistere nel fatto che alcuni Paesi potrebbero contravvenire agli impegni presi a non rivendere, trasferire o dirottare durante il viaggio il prodotto in questione a soggetti terzi ovvero a

non riesportarlo verso Stati terzi senza il previo consenso delle competenti autorità italiane, specie se si considera che i prodotti in questione possono risultare di non facile reperibilità sui mercati internazionali. Tale rischio è infatti insito in qualsivoglia esportazione del tiopentale all'estero e, se essa fosse assunta nella sua generalità, l'esportazione di questo sarebbe sempre e comunque legittimamente vietata, anche a prescindere dall'impegno assunto dall'importatore, con la dichiarazione meglio nota come *end user statement*, a non rivendere il farmaco e a destinarlo solo all'utilizzo sanitario richiesto, dall'esistenza di Paesi limitrofi o comunque in rapporti di collaborazione con quello di destinazione che ammettono o di fatto pratichino la pena di morte mediante l'esecuzione letale.
In conclusione, il doveroso impegno sul piano internazionale dell'Italia nella lotta contro la pena di morte, nell'ambito peraltro del quadro politico e normativo dell'Unione europea, e il divieto di esportare farmaci utilizzabili per l'iniezione letale in Paesi dove questa è ancora praticata, talvolta in modo non dichiarato, non può giustificare il diniego dell'esportazione del tiopentale sodico a soli legittimi fini terapeutici – in particolare quello anestetico – quando non sia adeguatamente motivato il rischio di effettivo utilizzo del farmaco a fini di morte nel Paese di importazione, benché questo ammetta la pena di morte seppure mediante la sola impiccagione, o il rischio di sua riesportazione verso Stati che ammettano o pratichino la pena di morte mediante la c.d. iniezione letale.

30.4. Agibilità dei manufatti o dei locali dove si intende svolgere un'attività commerciale.
Con sentenza 27 luglio 2020, n. 4774 la sez. II ha affermato che l'agibilità dei manufatti o dei locali dove si intende svolgere un'attività commerciale rappresenta il necessario ponte di collegamento fra la situazione urbanistico-edilizia e quella commerciale nel senso che la non conformità dei locali per il versante urbanistico-edilizio si traduce nella non agibilità dei predetti manufatti o locali sul versante commerciale. Ha premesso la Sezione che la cd. "agibilità urbanistica", disciplinata dagli artt. 24 e ss., d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, implica anche la valutazione della sussistenza dei requisiti igienico- sanitari dei locali ed ha pertanto una portata che assorbe, ma non esaurisce, quella in passato riconducibile all'art. 220, r.d. 27 luglio 1934, n. 1265
Ha aggiunto che ai fini dell'agibilità è necessario che il manufatto o il locale sia assistito dallo specifico titolo edilizio abilitativo e, più in generale, che lo stesso non rivesta carattere abusivo, esigendosi, in tal modo, una corrispondenza biunivoca tra conformità urbanistica dei beni ospitanti l'attività commerciale e l'agibilità degli stessi. La notifica sanitaria, invece, che ha sostituito la vecchia autorizzazione sanitaria di cui all'art. 2, l. 30 aprile 1962, n. 283, è anch'essa una forma di comunicazione del possesso dei requisiti igienico sanitari ma in relazione all'attività in concreto esercitata, che costituisce una specificazione correlata a verifiche più stringenti di quella commerciale del settore alimentare. La mancata registrazione della notificazione sanitaria implica la necessità di intervenire sull'attività sia da parte della A.S.L. che ha effettuato i controlli, onde garantire la tempestività dell'intervento a tutela della salute pubblica; sia dal Sindaco cui la

A.S.L. abbia dato notizia dei fattori ostativi riscontrati, ove sussistano gli estremi dell'ordinanza contingibile ed urgente *ex* art. 50, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; ovvero infine dal Dirigente del Comune competente per materia, giusta la previsione sanzionatoria di chiusura contenuta nell'art. 22, comma 6, d.lgs. 30 aprile 1962, n. 283 (e le omologhe previsioni regionali), che comporta la cessazione dell'attività "abusiva", intendendosi per tale quella comunque svolta in assenza, anche sopravvenuta, dei requisiti di legge.

31. Cave.

31.1. Piano attività estrattive.

La sez. IV, con sentenza 19 maggio 2020, n. 3170 ha affermato che le norme sulle distanze dai centri abitati, pur incidendo, sicuramente, anche sugli aspetti correlati alla pianificazione e, precisamente, in sede di delimitazione del comparto estrattivo - perché di esse il pianificatore non potrà che tenere conto in sede di perimetrazione dell'area, dovendo, evidentemente, evitare di individuare delle porzioni di territorio che, per la loro conformazione in rapporto ai punti sensibili presi in considerazione dalla disposizione in esame, non consentano una proficua attività di "nuovi" scavi - dovranno essere necessariamente e principalmente tenute in considerazione in sede di esame delle richieste di autorizzazione e concessione, sicché la loro efficacia non potrebbero essere circoscritta ai soli profili concernenti la pianificazione.

Ha ricordato la Sezione che l'attività estrattiva è disciplinata da una molteplicità di strumenti, alcuni dei quali normativi, taluni qualificabili come atti di pianificazione, altri, infine, costituenti provvedimenti amministrativi puntuali. La fonte normativa principale della quale tenere conto è la legge regionale. Lo strumento di pianificazione è costituito dal Piano regionale delle attività estrattive (P.R.A.E.), il quale provvede alla localizzazione delle cave e concorre a disciplinarne l'esercizio, anche attraverso le relative norme tecniche di attuazione (N.T.A). Il piano identifica, infatti, fra le cave potenzialmente presenti sul territorio regionale e potenzialmente idonee all'attività estrattive, quelle sulle quali tale attività economica potrà concretamente svolgersi. Infatti, non tutte le cave esistenti possono essere oggetto della predetta attività, ma solo quelle localizzate nelle aree indicate dal piano. Il provvedimento puntuale che disciplina (e consente) l'attività di coltivazione delle cave è invece costituito dal titolo abilitativo, che per la Legge regionale campana può essere costituito dall'autorizzazione o dalla concessione.

L'autorizzazione e la concessione, non soltanto consentono lo svolgimento dell'attività di cava, per i suoi profili prettamente economico-industriale, abilitano cioè l'attività di impresa consistente nell'escavazione del fondo e nell'estrazione del materiale, altrimenti vietata anche al soggetto proprietario di un fondo individuato dal piano regionale quale potenziale cava, ma tengono luogo, per consolidata giurisprudenza amministrativa, anche dei titoli edilizi necessari al compimento di questa attività (almeno a partire da Cons. St., A.P. 12 ottobre 1991, n. 8).

31.2. Revoca di una autorizzazione alla coltivazione di una cava per sopravvenienze.

Con sentenza 14 marzo 2020, n. 1837 la sez. II ha affermato che l'Amministrazione regionale può revocare l'autorizzazione alla coltivazione di una cava di ghiaia rivalutando l'autorizzazione alla luce dei fatti sopravvenuti, ma deve esplicitare le ragioni di interesse pubblico in relazione ai principi di proporzionalità e affidamento del privato, tenuto conto delle concrete modalità con cui si dispone la revoca.
Il potere di revoca può essere esercitato - in attuazione del principio di conservazione degli atti - anche con una revoca parziale. Nella fattispecie esaminata dalla Sezione la Regione poteva rivalutare la situazione posta alla base del provvedimento impugnato in primo grado, in relazione a fatti sopravvenuti, quali l'aumento dell'impatto ambientale dovuto al rilascio dell'autorizzazione provinciale all'impianto di frantumazione, ma tale potere avrebbe dovuto essere esercitato conformemente ai principi generali, successivamente codificati dall'art. 21 *quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, nel testo modificato dalla l. 11 febbraio 2015, n. 15, ma comunque applicabili anche agli atti precedentemente adottati, in base ai principi già elaborati dalla giurisprudenza, ovvero in relazione alla valutazione della sussistenza di un interesse pubblico attuale alla revoca anche in considerazione dell'affidamento ingenerato nel privato. L'atto di revoca, infatti, anche se per sua natura ampiamente discrezionale, deve dar conto del raffronto con l'interesse privato sotteso all'atto oggetto di revoca. La Sezione ha, infatti, evidenziato che la revoca si configura come lo strumento dell'autotutela decisoria preordinato alla rimozione di un atto ad efficacia durevole, in esito ad una nuova e diversa valutazione dell'interesse pubblico. I presupposti del valido esercizio dello *ius poenitendi* sono definiti dall'art. 21 *quinquies*, con formule lessicali volutamente generiche e consistono nella sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, nel mutamento della situazione di fatto, imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento e in una rinnovata e diversa valutazione dell'interesse pubblico originario. A differenza del potere di annullamento d'ufficio, che postula l'illegittimità dell'atto rimosso d'ufficio, quello di revoca resta, comunque, rimesso a un apprezzamento ampiamente discrezionale dell'Amministrazione procedente.
Peraltro, la previsione normativa dell'art. 21 *quinquies*, l. n. 241 del 1990 deve essere interpretata alla luce anche dei principi generali dell'ordinamento della tutela della buona fede, della lealtà nei rapporti tra privati e Pubblica amministrazione e del buon andamento dell'azione amministrativa, che implicano il rispetto della imparzialità e della proporzionalità, per cui la revisione dell'assetto di interessi recato dall'atto originario deve essere preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario dell'atto che si intende revocare; non è sufficiente, per legittimare la revoca, un ripensamento tardivo e generico circa la convenienza dell'emanazione dell'atto originario; le ragioni addotte a sostegno della revoca devono rivelare la consistenza e l'intensità dell'interesse pubblico che si intende perseguire con il ritiro dell'atto originario; la motivazione della revoca deve esplicitare, non solo i contenuti della nuova valutazione dell'interesse pubblico, ma anche la prevalenza di tale interesse pubblico su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole.

32. Contributi e finanziamenti.

La sez. III, con sentenza 1° luglio 2020, n. 4194 ha affrontato la questione relativa alla decorrenza degli interessi sulle somme tardivamente percepite a titolo di finanziamenti. Ha chiarito che una obbligazione nascente, a carico dell'Amministrazione, per effetto dell'ammissione al godimento di un contributo è ascrivibile al novero delle obbligazioni di valuta, con la conseguenza che la decorrenza degli interessi, sia per gli effetti dell'art. 1282 c.c. (c.d. interessi corrispettivi) che dell'art. 1224 c.c. (c.d. interessi moratori), presuppone l'esigibilità dell'obbligazione, ergo il perfezionamento del titolo genetico della stessa, rappresentato dal provvedimento di concessione del contributo. A tale conclusione la Sezione è pervenuta sulla scorta del noto criterio distintivo, adoperato dal giudice civile (Cass. civ., sez. III, 22 giugno 2007, n. 14573), secondo cui "per distinguere i debiti di valuta dai debiti di valore, occorre avere riguardo non alla natura dell'oggetto, nel quale la prestazione avrebbe dovuto concretarsi al momento dell'inadempimento o del fatto dannoso, bensì all'oggetto diretto ed originario della prestazione, che, nelle obbligazioni di valore, consiste in una cosa diversa dal denaro, mentre, nelle obbligazioni di valuta, è proprio una somma di danaro, a nulla rilevando l'originaria indeterminatezza della somma stessa".
Nella specie sottoposto all'esame della Sezione, infatti, non è revocabile in dubbio che l'"oggetto diretto ed originario" della prestazione facente carico all'Amministrazione fosse rappresentata da una somma di denaro, sebbene finalizzata al finanziamento di un intervento di miglioramento aziendale, con la conseguente riconducibilità della relativa obbligazione, appunto, al *genus* dei debiti (pecuniari) di valuta. Né potrebbe pervenirsi ad una diversa conclusione rilevando che la prestazione pecuniaria *de qua* è funzionale alla realizzazione del progetto ritenuto meritevole di finanziamento, ai cui costi è quantitativamente correlata, dal momento che ciò, civilisticamente discorrendo, attiene allo scopo della prestazione di finanziamento e non al suo oggetto.
Alla stessa conclusione deve pervenirsi in relazione al danno da svalutazione, nella misura eventualmente non coperta dagli interessi, essendo subordinato il relativo ristoro, ai sensi dell'art. 1224, comma 2, c.c., alla mora del debitore (a sua volta ed *a fortiori* subordinata, nella fattispecie in esame, al perfezionamento del titolo dell'obbligazione).
Né il riconoscimento degli accessori *de quibus* potrebbe trovare fondamento nell'effetto c.d. ripristinatorio della sentenza di annullamento. Invero, la fisiologica dialettica tra potere giurisdizionale e potere amministrativo – ovvero, in un'ottica procedimentale, tra sentenza e provvedimento – vuole che la sentenza di annullamento, la quale intervenga a protezione di una posizione di interesse pretensivo, sia produttiva del solo effetto ripristinatorio consistente nella ricostituzione della situazione di aspettativa avente ad oggetto il rilascio del provvedimento ampliativo: ne consegue, in chiave civilistica (ovvero ai fini della determinazione delle obbligazioni pecuniarie da questo nascenti), che, fino all'effettiva adozione dello stesso, in ossequio all'effetto conformativo della medesima sentenza, nessuna obbligazione possa ritenersi perfezionata, suscettibile di generare gli obblighi accessori intesi a garantire il reintegro del valore della prestazione pecuniaria originaria, eventualmente dispersosi (in parte) nelle more del procedimento di concessione.

Del resto, al di fuori di una prospettiva di ordine risarcitorio (la quale, alla stregua dei rilievi precedentemente svolti e come riconosciuto dallo stesso giudice di primo grado, non è nella specie percorribile, per la mancanza degli elementi strutturali costitutivi della relativa fattispecie), il "riallineamento" del contributo concesso al valore iniziale del relativo importo, cui fa riferimento la sentenza appellata, non potrebbe che avvenire attraverso la mediazione del provvedimento, al fine precipuo di garantire la permanente conservazione del nesso di strumentalità tra il contributo e la sua intrinseca finalità: sì che sarebbe stato onere della parte ricorrente contestare il provvedimento di concessione sotto il profilo del quantum, in quanto inidoneo (per effetto dell'aumento dei costi ipoteticamente verificatosi nelle more) a garantire la realizzazione del progetto oggetto della domanda di contributo. Per contro, premesso che non si verte in tema di obbligazioni di diritto comune (in relazione alle quali la finalità che il creditore intende dare alla prestazione è tendenzialmente insindacabile da parte del debitore) ma di obbligazione di diritto pubblica "finalizzata" al raggiungimento di un determinato obiettivo di pubblico interesse consacrato nel relativo provvedimento concessorio, laddove si ammettesse l'integrazione dell'importo del finanziamento, in un contesto procedimentale caratterizzato dall'avvenuto esaurimento della fattispecie sostanziale (per effetto della realizzazione dell'intervento oggetto di finanziamento), essa sarebbe sganciata dalla sua finalità primaria, correlata alla esecuzione del progetto finanziato, non potendo quindi che essere attratto, per assumere rilevanza, in una dimensione tipicamente risarcitoria (e dovendo quindi sottostare alle relative condizioni, nella specie, per quanto diffusamente detto, mancanti).

Con ordinanza 21 dicembre 2020, n. 8191 la sez. IV ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 22, comma 8, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni in l. 21 giugno 2017, n. 96, in relazione agli artt. 3, 9, 33, 41 e 97 Cost. nella parte in cui introduce un contributo straordinario in favore del teatro Eliseo al di fuori della disciplina e del procedimento ordinariamente previsti ai fini dell'intervento pubblico a sostegno dei soggetti operanti nel settore del teatro e dello spettacolo dal vivo.
Ha chiarito la Sezione che la disciplina dell'intervento pubblico nel settore dello spettacolo dal vivo prevede stanziamenti a bilancio di fondi pluriennali cui si accede sulla base di procedure comparative.
A tal fine, la l. n. 163 del 30 aprile 1985 ha istituito il Fondo unico per lo spettacolo (c.d. FUS), di cui è prevista la ripartizione annuale tra i diversi settori (attività cinematografiche, musicali, di danza, teatrali, circensi e dello spettacolo viaggiante ed iniziative di carattere e rilevanza nazionali da svolgersi in Italia o all'estero) secondo la percentuale globalmente prevista dall'art. 2.
In via transitoria, l'art. 13 della legge ha poi, stabilito che sino all'entrata in vigore delle leggi di riforma dei diversi ambiti, "i criteri e le procedure per l'assegnazione dei contributi e dei finanziamenti ai destinatari degli stessi rimangono quelli previsti dalle leggi vigenti per ciascuno dei settori medesimi ed a tal fine il Ministro del turismo e dello

spettacolo [...] ripartisce annualmente il Fondo [...] tra i settori di attività ed enti previsti dalla vigente legislazione sullo spettacolo", in ragione delle percentuali ivi previste.
Analogamente, il d.l. 18 febbraio 2003, n. 24, ha stabilito che, "In attesa che la legge di definizione dei princìpi fondamentali di cui all'art. 117 Cost. fissi i criteri e gli àmbiti di competenza dello Stato, i criteri e le modalità di erogazione dei contributi alle attività dello spettacolo, previsti dalla legge 30 aprile 1985, n. 163, e le aliquote di ripartizione annuale del Fondo unico per lo spettacolo sono stabiliti con decreti del Ministro per i beni e le attività culturali non aventi natura regolamentare" (art. 1).
Per quanto qui interessa, il d.m. 1° luglio 2014 – vigente *ratione temporis* – ha dettato "Nuovi criteri per l'erogazione e modalità per la liquidazione e l'anticipazione di contributi allo spettacolo dal vivo, a valere sul Fondo Unico per lo spettacolo, di cui alla l. 30 aprile 1985, n. 163".
Per la concessione dei contributi ai diversi settori dello spettacolo dal vivo, l'art. 3 del citato decreto ministeriale prevede la presentazione di un progetto triennale (a partire dal triennio 2015-2017) e di un programma annuale per coloro le cui istanze triennali sono state approvate.
Inoltre, in base all'art. 46, comma 2, del medesimo decreto, su esclusiva iniziativa del Ministro, sentite le Commissioni consultive competenti per materia, possono essere sostenuti finanziariamente progetti speciali, a carattere annuale o triennale.
Il sistema dell'erogazione dei contributi allo spettacolo dal vivo è incentrato sulla valutazione comparativa dei progetti e persegue le finalità di interesse pubblico.
Si tratta di obiettivi ripresi e ribaditi anche dal d.m. 27 luglio 2017, attualmente vigente.
Al teatro Eliseo sono stati corrisposti contributi quale teatro di rilevante interesse culturale (ai sensi dell'art. 11 del d.m.), nonché contributi per progetti speciali (ai sensi dell'art. 46, comma 2, del D.M.).
Secondo quanto riportato nella "Scheda di lettura" del d.l. n. 50 del 2017, redatta dal Servizio Studi del Senato della Repubblica, risulta che, in qualità di teatro di rilevante interesse nazionale, con D.D. 538 del 12 giugno 2015 siano stati corrisposti al teatro Eliseo € 481.151 per il 2015, mentre con D.D. 1413 del 7 novembre 2016 siano stati corrisposti € 514.831 per il 2016.
Inoltre, con D.M. 497 del 3 novembre 2016 sono stati corrisposti € 250.000 per il progetto speciale "Generazioni".
Va peraltro evidenziato che la possibilità di attribuire agli operatori del settore contributi ulteriori rispetto a quelli ordinari (c.d. "*extra* FUS") ai sensi dell'art. 46, comma 2, del D.M. 1° luglio 2014, non altera gli obiettivi strategici indicati, né definisce una diversa procedura da seguire rispetto a quella ordinaria.
Il contributo straordinario di cui si verte – che fa seguito all'erogazione degli ingenti importati indicati nel Dossier sopra richiamato - è stato istituito con il citato art. 22, comma 8, d.l. n. 50 del 2017, convertito con modificazioni dalla l. n. 96 del 2017.
Il testo originario del decreto adottato autorizzava in favore del Teatro Eliseo la spesa di due milioni di euro per l'anno 2017 "per spese ordinarie e straordinarie, al fine di garantire la continuità della sua attività in occasione del centenario della sua fondazione".

In sede di conversione, la l. n. 96 del 2017 ha modificato il comma 8 del citato art. 22, innalzando il finanziamento a complessivi otto milioni di euro, ripartiti in quattro milioni di euro per l'anno 2017 e quattro milioni per l'anno 2018.
L'*excursus* che precede conferma la natura di legge – provvedimento delle disposizioni in esame.
Esse riguardano un solo destinatario, specificamente individuato, ed hanno un contenuto particolare e concreto rappresentato dall'erogazione di un contributo in denaro finalizzato alla copertura delle spese ordinarie e straordinarie necessarie a consentire la prosecuzione dell'attività del teatro Eliseo in occasione del centenario dalla sua fondazione.
Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, le leggi provvedimento sono ammissibili solo entro i limiti del rispetto del principio della ragionevolezza e non arbitrarietà.
In considerazione del pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare, la legge – provvedimento è soggetta ad uno scrutinio stretto di costituzionalità. Ed un tale sindacato deve essere tanto più rigoroso quanto più marcata sia, come nella specie, la natura provvedimentale dell'atto legislativo.
Dalla giurisprudenza costituzionale si ricava pertanto che il legislatore, qualora emetta leggi a contenuto provvedimentale, deve applicare con particolare rigore il canone della ragionevolezza, affinché la legge non si risolva in una modalità per aggirare i principi di eguaglianza ed imparzialità.
In altri termini, la mancata previsione costituzionale di una riserva di amministrazione, con la conseguente possibilità per il legislatore di svolgere un'attività a contenuto amministrativo, non può giungere al punto di violare l'eguaglianza tra i cittadini. Ne consegue che, qualora il legislatore ponga in essere un'attività a contenuto particolare e concreto, devono risultare con chiarezza i criteri ai quali sono ispirate le scelte e le relative modalità di attuazione.
Per applicare le richiamate coordinate esegetiche al caso di specie, occorre prendere le mosse dalle finalità enunciate dalla norma che, come detto, è quella di contribuire alle spese affrontate dal Teatro Eliseo al fine di garantire la continuità dell'attività in occasione del suo centenario.
Non si fa ivi riferimento, peraltro, ad un progetto o ad un programma specifico. Sicché, a ben vedere, qualunque tipo di spesa potrebbe essere sovvenzionata, purché valutata dal teatro come funzionale alla prosecuzione della propria attività, e non necessariamente per l'effettuazione di iniziative collegate alla celebrazione del proprio centenario (essendo il dettato legislativo al riguardo del tutto generico). La legge in questione potrebbe risultare anzitutto in contrasto con l'art. 3 Cost. per violazione del principio di uguaglianza e della parità di trattamento. Si tratta, infatti, di una sovvenzione attribuita ad una specifica impresa al di fuori di quelle che sono le regole generali di assegnazione di fondi statali ai teatri, sicché si potrebbe ravvisare una discriminazione delle altre imprese che, a parità di condizioni, si trovino a dover sostenere oneri economici per continuare la propria attività. Tale rilievo risulta rafforzato dal fatto che i teatri appellanti – al pari del teatro Eliseo – si rivolgono al medesimo bacino di utenti ed operano non

solo nello stesso settore di spettacolo (attività teatrali di prosa), ma anche nella stessa area geografica.
La disposizione potrebbe risultare altresì irragionevole e arbitraria, non rinvenendosi, neanche nei lavori preparatori, l'individuazione dell'interesse pubblico sotteso a tale speciale elargizione o, quantomeno, dei criteri ai quali si è ispirata la scelta legislativa (che non ha nemmeno indicato le specifiche modalità di attuazione).

Con ordinanza 9 novembre 2020, n. 6908 la sez. III ha giudicato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 76, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, recante Codice del Terzo settore, a norma dell'art. 1, comma 2, lett. b), l. 6 giugno 2016, n. 106, in relazione agli artt. 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, Cost., nonché in relazione all'art. 76 Cost., per violazione dei principi e criteri direttivi stabiliti dalla legge di delega 6 giugno 2016, n. 106, nella parte in cui destina le risorse di cui all'art. 73, comma 2, lett. c), del citato Codice al sostegno dell'attività di interesse generale delle sole organizzazioni di volontariato operanti nello stesso settore, senza considerare le Onlus, attraverso l'erogazione di contributi per l'acquisto, da parte delle medesime, di autoambulanze, autoveicoli per attività sanitarie e di beni strumentali, utilizzati direttamente ed esclusivamente per attività di interesse generale, che per le loro caratteristiche non sono suscettibili di diverse utilizzazioni senza radicali trasformazioni, escludendo gli altri enti del Terzo Settore svolgenti le medesime attività di interesse generale.
Ha chiarito la Sezione che l'art. 4, comma 1, del Codice del Terzo settore definisce enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società, costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore.
In linea con le finalità promozionali dell'intervento riformatore, il d.lgs. n. 117 del 2017 prevede diverse forme di sostegno per gli enti del Terzo settore. Tra queste vanno ricomprese le diposizioni di cui agli artt. 72 e ss., che disciplinano gli strumenti di sostegno finanziario statale. L'intento dichiaratamente perseguito dal legislatore è quello di razionalizzare e rendere trasparente il flusso dei vantaggi economici attribuiti agli enti del Terzo settore. In coerenza con gli ordinari principi di codificazione di una determinata materia è stata prevista la contestuale abrogazione di tutte le disposizioni normative da cui traevano titolo le previgenti misure di sostegno finanziario, tra cui l'art. 96, comma 1, l. n. 342 del 2000, che prevedeva l'erogazione di un contributo, nei limiti delle risorse disponibili, per l'acquisto da parte di organizzazioni di volontariato e delle Onlus di autoambulanze e di beni strumentali, utilizzati direttamente ed esclusivamente per attività di utilità sociale che, per le loro caratteristiche, non sono suscettibili di diverse utilizzazioni senza radicali trasformazioni, secondo la disciplina di cui al regolamento del

Ministero del Lavoro delle Politiche sociali del 28 agosto 2001, n. 388, poi modificato dal d.m. 14 febbraio 2010, n. 177.
In attuazione dell'art. 76, comma 1, del Codice del Terzo settore è stato adottato il decreto ministeriale n. 2320 del 16 novembre 2017, che disciplina i criteri e le modalità di concessione ed erogazione dei contributi per l'acquisto di autoambulanze, autoveicoli per attività sanitarie e beni strumentali, utilizzati direttamente ed esclusivamente per le attività di interesse generale di cui all'art. 5, comma 1, lett. a), b), c), d), y) del citato d.lgs. n. 117, in favore delle organizzazioni di volontariato.
L'art. 76 prevede, dunque, testualmente e inequivocabilmente che il beneficio economico in questione sia attribuito solo alle "organizzazioni di volontariato", senza menzionare altre diverse categorie di enti del Terzo settore.
Alla luce di questa ricostruzione del quadro normativo vigente, la Sezione ha ritenuto che il beneficio economico di cui all'art. 76 è riservato esclusivamente alle organizzazioni di volontariato e non si può estendere ad altri enti del Terzo settore, nemmeno attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata. Il contributo spetta anche alle fondazioni (e non agli altri enti del Terzo settore) soltanto nella limitata ipotesi in cui esso sia finalizzato alla "donazione dei beni ivi indicati nei confronti delle strutture sanitarie pubbliche", come stabilito dall'art. 76, comma 1, ultimo periodo.
La Sezione non mette in discussione che il legislatore statale abbia una potestà discrezionale di scelta, in ordine alla definizione del regime giuridico di ciascun ente del Terzo settore, nell'esercizio insindacabile della funzione politica, in relazione agli obiettivi prescelti, tenendo conto della evidente complessità della materia. Spetta dunque alla valutazione politica del legislatore individuare i soggetti ritenuti meritevoli di determinate provvidenze economiche, orientate a realizzare le finalità di utilità sociale di volta in volta prese di mira.
In termini generali, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha ripetutamente affermato questo principio, particolarmente rilevante quando il sostegno economico mira proprio a rafforzare particolari soggetti deboli o ritenuti comunque bisognosi di sostegno o ad incidere, oggettivamente, in peculiari ambiti.
Al tempo stesso, però, il libero esercizio della funzione legislativa deve svolgersi senza oltrepassare i limiti della ragionevolezza e della proporzionalità, secondo il parametro dell'art. 3 Cost..
La disposizione contenuta nell'art. 76 del Codice del Terzo settore, per la parte in cui esclude dal contributo di cui trattasi le Onlus, altera in maniera sostanziale la precedente disciplina in materia di agevolazioni per l'acquisto di autoambulanze e analoghi beni strumentali, introducendo una nuova differenziazione, finora non prevista.
L'irragionevolezza della disposizione si connette strettamente al particolare ambito in cui si colloca la norma che disciplina il beneficio: gli incentivi alla strumentazione tecnica necessaria per l'attività economica correlata al perseguimento delle finalità di utilità sociale degli enti del Terzo settore, in ambito sanitario.
In questo senso, pertanto, il riferimento al parametro centrale, costituito dall'art. 3 Cost., va integrato con il sintetico richiamo agli artt. 2 (nella parte in cui tutela i diritti della persona nell'ambito delle formazioni sociali), 4 (nella parte in cui protegge il lavoro), 9

(per la promozione della ricerca tecnica), 18 (per la garanzia dell'associazionismo, in qualsiasi forma giuridica) e 118, comma 4 (per l'affermazione del principio di sussidiarietà orizzontale).
La Sezione ha inoltre dubitato che l'art. 76 del Codice sia pienamente rispettoso dei criteri di delega contenuti nella l. 6 giugno 2016, n. 106 e, segnatamente, nell'art. 1, comma 2, lett. b) e nell'art. 4. Tale ultima norma prevede un criterio incentrato sulle "attività di interesse generale" che possono beneficiare delle agevolazioni, anche di tipo economico, senza prevedere differenziazioni collegate alla diversa natura soggettiva dell'ente. Detto criterio risulta a sua volta espressivo del principio generale inteso ad accentuare l'unitarietà della disciplina di favore prevista per i diversi enti. Inoltre, il criterio della legge delega richiama puntualmente la legislazione previgente, fra cui il decreto n. 460 del 1997, che prevedeva le agevolazioni per l'acquisto di autoambulanze anche in favore delle Onlus.

33. Aiuti di Stato.
La sez. II, con sentenza 6 maggio 2020, n. 2866 ha pronunciato in tema di aiuti di Stato, affermando che ai sensi dell'art. 88, paragrafo 3, n. 3, del Trattato istitutivo dell'Unione europea – secondo cui "Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale" - se i progetti di aiuto devono essere immediatamente notificati alla Commissione e rimangono sospesi nella erogazione fino a che non vengano autorizzati con apposita decisione positiva, ciò non impedisce che *medio tempore* siano avviate e portate avanti tutte le attività e le procedure volte al riconoscimento, all'attribuzione ed alla quantificazione dei benefici, rimanendo sospensivamente condizionato al nulla osta della Commissione la sola materiale corresponsione degli stessi.
La sospensione dell'erogazione di un regime di aiuti preclude, dunque, la fase del pagamento (erogazione dell'aiuto), ma non le attività istruttorie e le fasi contabili precedenti a quella del pagamento quali l'impegno di spesa. Nella fattispecie, la condizione sospensiva dell'efficacia delle disposizioni del d.m. 2 maggio 2006, oggetto dell'avvertenza posta in calce ad esso, aveva ad oggetto l'erogazione degli interventi di sostegno finanziario, ma non le attività amministrative diverse da essa; del resto, solo dall'erogazione degli indennizzi l'art. 9, comma 3, dello stesso d.m. faceva derivare la registrazione ai sensi dell'art. 3 del regolamento CE n. 69/2001 per il computo dell'importo complessivo degli aiuti *de minimis*. Né pare che possa farsi derivare un diverso effetto dall'avvertenza posta in calce al decreto ministeriale, anche considerata la sua estraneità al corpo normativo del provvedimento.
Data la premessa, può concludersi nel senso che in attesa del giudizio della Commissione europea: le somme del Fondo per l'emergenza avicola, previa intesa, avrebbero potuto essere ripartite e trasferite alle Regioni; queste ultime erano tenute ad effettuare gli adempimenti previsti dal d.m. 2 maggio 2006; quanto alle procedure contabili di spesa, nel presupposto del riparto del Fondo per l'emergenza avicola e del trasferimento delle risorse alle Regioni, queste ultime avrebbero potuto effettuare i necessari impegni di spesa, restandone escluso ogni pagamento. Una volta impegnate entro la data del 31

dicembre 2006, le risorse del Fondo per l'emergenza avicola avrebbero potuto essere pagate all'indomani del giudizio positivo della Commissione europea.
Alla luce della natura annuale della dotazione del Fondo per l'emergenza avicola e della copertura finanziaria dei relativi oneri, l'attuazione del regime di aiuti in questione assumeva carattere di doverosità, "non potendosi far ricadere sui beneficiari delle indennità individuati dalla legge il rischio, certo non imprevedibile, del mancato rinnovo degli stanziamenti in bilancio per l'anno successivo". Tanto più che la natura annuale di tali risorse finanziarie era ben nota ai soggetti istituzionali coinvolti ai fini degli aiuti in questione, in quanto la legge di conversione (11 marzo 2006, n. 81) del d.l. 10 gennaio 2006, n. 2 era stata pubblicata l'11 marzo 2006.

34. Telecomunicazioni.

34.1. Rimborso spettante agli operatori di telecomunicazione per lo svolgimento delle operazioni di intercettazioni di flussi di comunicazioni.

Con ordinanza 23 marzo 2020, n. 2040 la sez. IV ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione se i principi generali di cui agli artt. 18, 26 e 102 e ss. TFUE ostino ad una disciplina nazionale che, nell'individuare le modalità di computo della tariffa per l'esecuzione, da parte degli operatori di telecomunicazione, delle attività di intercettazione disposte dall'Autorità giudiziaria, non impone il rispetto del principio dell'integrale ristoro dei costi.
L'appellante ritiene che l'art. 96, d.lgs. n. 259 del 2003, nella parte in cui stabilisce che la tariffa riconosciuta agli operatori di telecomunicazioni per l'esecuzione delle attività obbligatorie di intercettazione possa essere quantificata, da parte dei competenti Ministeri, in maniera non parametrata al principio dell'integrale ristoro dei costi, sia contrario al principio europeo della non discriminazione su base territoriale, nonché, in generale, alle norme dei Trattati in materia di libero mercato e di concorrenza.
La Sezione osserva che l'esegesi propugnata dall'appellante non ha un'evidente e palese fondatezza, posto che:
- le direttive in tema di servizi di comunicazione elettronica (in primis la direttiva 2002/21/CE) non impongono *expressis verbis* agli Stati membri di riconoscere agli operatori l'integrale ristoro dei costi, potendosi dunque ritenere, anche in considerazione del carattere di normazione del fine e non dei mezzi proprio dell'istituto della direttiva, che si sia implicitamente inteso lasciare, sul punto, libertà agli Stati membri;
- la misura delle tariffe è analoga per tutti gli operatori, grandi e piccoli, nazionali ed esteri, per cui non si riscontra né un limite giuridico alla libera concorrenza ed alla contendibilità del mercato, né, tanto meno, una discriminazione in base alla nazionalità;
- gli operatori sono tenuti, in base al diritto UE, a svolgere le attività di intercettazione legalmente disposte dall'Autorità giudiziaria, per cui la misura del rimborso dei relativi costi non può intrinsecamente costituire una fonte di distorsione di quello specifico mercato, in quanto trattasi di attività normativamente imposta a tutti gli operatori di quel medesimo mercato attivi nel territorio nazionale, per fini superiori di interesse pubblico;

- più in generale, le attività investigative tese ad accertare e reprimere reati, fra cui sono sussumibili le intercettazioni, rivestono un primario interesse pubblico, riconosciuto come tale anche dal diritto UE, per cui tollerano condizionamenti finanziari solo entro limiti contenuti, tanto più se tali condizionamenti sono previsti a favore di privati che operano in mercati regolati, quale quello delle telecomunicazioni.
Non emerge dunque, ad avviso della Sezione, il carattere anti-comunitario della disciplina in commento.
Ha però ricordato la Sezione che in disparte i casi di controversie fittizie (Corte di Giustizia, sentenza 11 marzo 1980, C-104/79, Foglia) o di questioni puramente ipotetiche (Corte di Giustizia, sentenza 18 luglio 2013, C-136/12, Consiglio Nazionale dei geologi), secondo la consolidata giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia il dovere di rimessione esula soltanto allorché:
- la questione sia materialmente identica ad altra già affrontata e risolta dalla Corte;
- la questione inerisca al punto di diritto già affrontato e risolto dalla Corte, sia pure nell'ambito di una controversia non strettamente identica;
- la questione, pur non ancora affrontata dalla Corte, sia comunque tale da non lasciare alcun ragionevole dubbio sull'esatta interpretazione da riconoscere al diritto euro-unitario.
A quanto consta, la Corte non si è ancora occupata della specifica questione di cui alla presente causa, né ha comunque affrontato i punti di diritto da essa sollevati; per altro verso, da un lato l'ampiezza con cui i principi generali di cui agli artt. 18, 26 e 102 ss. TFUE incidono nella materia de qua non è di chiarezza tale da escludere con certezza la fondatezza della tesi sostenuta da Vodafone, dall'altro nell'attuale assetto ordinamentale la rimessione alla Corte si pone come un dovere per il Giudice di ultima istanza, sì che l'omissione di tale adempimento (che può determinare la responsabilità dello Stato e - inoltre - attivare forme di responsabilità civile dello stesso Giudice persona fisica) assume carattere di eccezione e può giustificarsi solo a fronte di istanze di rimessione connotate da macroscopica illogicità, eclatante infondatezza o palese superfluità.

34.2. Pagamento di somme per diritti di istruttoria da parte di operatori che forniscono reti di comunicazione elettronica.
La sez. I, con parere 12 ottobre 2020, n. 1562 ha affermato che ai sensi dell'art. 93, d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche), le Pubbliche amministrazioni, le Regioni, le Province ed i Comuni non possono imporre per l'impianto di reti o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, oneri o canoni che non siano stabiliti dalla legge statale (primo comma) e nessun altro onere finanziario, reale o contributo può essere imposto, in conseguenza dell'esecuzione delle opere o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica; è pertanto illegittimo l'ordine di pagamento di una somma di denaro a titolo di "diritti di istruttoria" per avere presentato una s.c.i.a. per l'adeguamento di una rete telefonica.
Ha chiarito il parere che la Corte costituzionale (26 marzo 2015, n. 47) ha affermato che l'art. 93, d.lgs. n. 259 del 2003 è espressione di un principio fondamentale, in quanto

persegue la finalità di garantire a tutti gli operatori un trattamento uniforme e non discriminatorio, attraverso la previsione del divieto di porre a carico degli stessi oneri o canoni. In mancanza di un tale principio, ogni Regione potrebbe liberamente prevedere obblighi "pecuniari" a carico dei soggetti operanti sul proprio territorio, con il rischio di un'ingiustificata discriminazione rispetto ad operatori di altre regioni, per i quali, in ipotesi, tali obblighi potrebbero non essere imposti. Per queste ragioni, la finalità della norma è anche quella di "tutela della concorrenza", di garanzia di parità di trattamento e di misure volte a non ostacolare l'ingresso di nuovi soggetti nel settore. La Corte ha quindi dichiarato incostituzionale l'art. 14, l. reg. Piemonte 3 agosto 2004, n. 19, nella parte in cui impone(va) ai proprietari ed ai gestori degli impianti di telecomunicazione e radiodiffusione il pagamento di spese per attività istruttorie per il rilascio delle autorizzazioni all'installazione e modifica di impianti fissi.
Tale disciplina è espressione di un principio fondamentale dell'ordinamento di settore delle telecomunicazioni, in quanto persegue la finalità di garantire a tutti gli operatori un trattamento uniforme e non discriminatorio, attraverso la previsione del divieto di porre a loro carico oneri o canoni, posto che - ove ciò non fosse - ogni singola amministrazione munita di potestà impositiva potrebbe liberamente prevedere obblighi pecuniari a carico dei soggetti operanti sul proprio territorio, con il rischio, appunto, di una ingiustificata discriminazione rispetto ad operatori di altre Regioni, ai quali, in ipotesi, tali obblighi potrebbero non essere imposti (Cons. St., sez. VI, 3 giugno 2020, n. 3467).
Con parere 23 febbraio 2017, n. 479, la Sezione dal canto suo ha già osservato che dal quadro normativo emerge, con evidenza, che il legislatore ha voluto semplificare per quanto possibile il rilascio delle autorizzazioni in questo particolare settore, certamente di interesse per la collettività. Dal combinato disposto dell'art. 88, comma 10, e dell'art. 93, comma 2, conseguentemente gli obblighi economici gravanti sugli operatori interessati sono quelli di tenere indenne la pubblica amministrazione, l'ente locale, ovvero l'ente proprietario o gestore, dalle spese necessarie per le opere di sistemazione delle aree pubbliche specificamente coinvolte dagl'interventi d'installazione e manutenzione e di ripristinare a regola d'arte le aree medesime nei tempi stabiliti dall'ente locale. Nessun altro onere finanziario, reale o contributo può essere imposto, in conseguenza dell'esecuzione delle opere di cui al codice o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, fatta salva l'applicazione della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche di cui al capo II del d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507, oppure del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche di cui all'art. 63, d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, calcolato secondo quanto previsto dal comma 2, lett. e) ed f), del medesimo articolo, ovvero dell'eventuale contributo una tantum per spese di costruzione delle gallerie di cui all'art. 47, comma 4, del predetto d.lgs. n. 507 del 1993.
Anche in sede giurisdizionale il Consiglio di Stato (sez. III, 1 giugno 2016, n. 2335) ha assunto decisioni conformi.

34.3. Modifica delle condizioni contrattuali di telefonia mobile solo nelle ipotesi e nei limiti previsti dalla legge o dal contratto.

La sez. VI (2 marzo 2020, n. 1529) ha affermato che l'operatore di telefonia mobile, nella fase di esercizio del diritto potestativo di modificazione del rapporto contrattuale, è obbligato ad indicare le ragioni oggettive, connesse, normalmente, alla gestione di sopravvenienze rilevanti, che giustificano in modo oggettivo lo *ius variandi*.

Ha ricordato la Sezione che lo *ius variandi* costituisce un diritto potestativo, riconosciuto ad una parte, dalla legge o dal contratto, di modificare o specificare unilateralmente il contenuto del contratto. Si tratta di un diritto che è esercitato mediante un negozio unilaterale recettizio di secondo grado che può avere una efficacia modificativa del contratto su cui incide ovvero anche un'efficacia dichiarativa, con svolgimento interno di tipo specificativo.

Nell'ambito dei contratti di diritto comune, caratterizzati dalla presenza di parti che si pongono in posizione di tendenziale eguaglianza, esistono alcune norme che contemplano fattispecie riconducibili a tale istituto. A titolo esemplificativo: i) rientra nella prima tipologia di efficacia, l'art. 1664 c.c., il quale dispone che l'appaltatore può pretendere la revisione del compenso pattuito nella misura in cui sia aumentato il costo dei materiali e della mano d'opera per effetto di circostanze imprevedibili; ii) rientra nella seconda tipologia di efficacia l'istruzione che il mandante fornisce al mandatario (art. 1711, comma 2, c.c.).

Il rischio di abusi contrattuali può essere evitato mediante l'operatività di limiti all'esercizio di tale diritto potestativo.

Il primo limite è di natura convenzionale e può essere rappresentato dalla introduzione nel contratto stesso di previsioni che sottopongano l'esercizio del potere di modifica unilaterale del contratto a precise condizioni di esercizio. In particolare, tali condizioni sono normalmente connesse all'esigenza di gestire sopravvenienze che si possono verificare durante la fase di attuazione del rapporto contrattuale, per riequilibrare il contenuto negoziale con finalità manutentive dello stesso. Si tratta di limiti che evitano anche che la clausola negoziale possa essere ritenuta nulla per indeterminatezza dell'oggetto ai sensi dell'art. 1346 c.c..

Il secondo limite è di natura legale e deriva dal principio di buona fede (artt. 1375-1376 c.c.). La buona fede ha una funzione non sono di integrazione delle lacune contrattuali ma anche di correzione delle modalità di attuazione delle previsioni negoziali in contrasto con le regole di condotta della correttezza. In questa prospettiva, l'eventuale esercizio del diritto potestativo secondo modalità confliggenti con il principio di buona fede integra gli estremi di un abuso del diritto, con conseguente operatività del rimedio dell'*exceptio doli generalis* finalizzato a bloccare l'efficacia del potere stesso.

Nell'ambito dei contratti con le parti deboli, caratterizzati da una situazione di squilibrio informativo ed, in alcuni casi, economico, tra le parti, il legislatore europeo e nazionale, proprio in ragione della particolare natura della clausola in esame, ha ritenuto necessario disciplinare il potere di modificazione unilaterale sottoponendo il suo esercizio a limiti legali mediante la previsione di specifiche norme imperative che costituiscono una proiezione applicativa dello stesso principio di buona fede.

Con riferimento ai contratti di telefonia la Sezione ha affermato che occorre accertare se esistano disposizioni di collegamento tra parte generale, relativa alla tutela dei consumatori, e parte speciale, relativa al settore della tutela degli utenti nei contratti di comunicazione elettronica.
Sul piano interno, era prevista una espressa norma di collegamento costituita dall'art. 70, d.lgs. n. 259 del 2003 che disponeva che "rimane ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori". Tale norma è stata abrogata dall'art. 49, comma 1, lett. f), d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70, a decorrere dal 1° giugno 2012, ai sensi di quanto disposto dall'art. 82, comma 1, del medesimo decreto. Tale decreto n. 70 del 2012 è stato adottato per dare attuazione, tra l'altro, alla direttiva 2009/136 CE.
Sul piano europeo, l'art. 1, par. 4, della direttiva 4. 22/2002/Ce, come modificato dall'art. 1, par. 4 della direttiva 2009/136 CE, stabilisce che "le disposizioni della presente direttiva relative ai diritti degli utenti finali si applicano fatte salve le norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori, in particolare le direttive 93/13/CEE e 97/7/CE, e le norme nazionali conformi al diritto comunitario".
Dalla lettura coordinata delle norme nazionali ed europee risulta come la ragione dell'abrogazione dell'ultimo inciso dell'art. 70 del Codice sia dipesa dalla volontà del legislatore di dare attuazione a quanto sancito a livello europeo con la introduzione della riportata una norma generale, inserita nella direttiva n. 22, di coordinamento tra parte generale e speciale di tutela delle parti deboli. Per quanto tale norma non sia stata poi recepita a livello interno ciò non esclude che, all'esito di una interpretazione conforme, il diritto interno deve essere inteso nel senso che la disposizione dell'art. 70 non esclude che si applichino anche le disposizioni generali contenute nel Codice del consumo.
In particolare, per quanto rileva in questa sede, deve ritenersi che trovi applicazione l'art. 33, comma 2, lett. m., che condiziona l'esercizio dello *ius variandi* alla sussistenza di un giustificato motivo indicato nel contratto.
Chiarito ciò, deve, comunque, rilevarsi come, anche in assenza di tale puntuale prescrizione, un limite legale è desumibile dal principio generale di buona fede nella fase di esecuzione del contratto, che impedisce alla parte forte di incidere in via unilaterale sul contenuto del contratto con modalità esecutive contrastanti con le regole di correttezza

35. Ordinamento giudiziario.

35.1. Passaggi da funzioni giudicanti a funzioni requirenti.

La sez. V, con sentenza 4 dicembre 2020, n. 7695 ha affermato che 13, comma 3, d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160 - che ha introdotto il limite numerico di quattro passaggi da funzioni giudicanti a funzioni requirenti, e viceversa, nell'arco della intera carriera del magistrato – si applica solo con riferimento alla carriera successiva all'entrata in vigore del d.lgs. n. 160 del 2006, atteso che prima del 206 non sussisteva alcun limite al mutamento di funzioni nella carriera del magistrato, non potendosi prevedere in alcun modo che tali mutamenti di funzione sarebbero stati in futuro pregiudizievoli.
La Sezione ha preliminarmente chiarito, in punto di fatto, che l'appellante, ricorrente in primo grado, ha chiesto l'annullamento della procedura di conferimento di un ufficio

direttivo giudicante di legittimità nella magistratura ordinaria (presidente di Sezione della Corte di cassazione), dalla quale è stato escluso.
Egli è infatti passato, anteriormente al 2006, quattro volte da funzioni di magistrato giudicante (giudice) a funzioni di magistrato requirente (P.M.), allorché la legge non prevedeva contingentamenti, né altre condizioni a tali passaggi. Secondo il Csm, il limite - normativamente operante dal 2006, ai sensi dell'art. 13, d.lgs. n. 260 del 2006 (Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonchè in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'art. 1, comma 1, lettera a), l. 25 luglio 2005, n. 150) - di quattro passaggi, tra funzioni requirenti e giudicanti, dovrebbe essere parametrato sull'intera carriera del magistrato, anche se sviluppata per quasi sei lustri prima di tale riforma. Perciò, l'appellante, che oggi è magistrato requirente (Sostituto Procuratore Generale), non potrebbe aspirare ad una presidenza di Sezione in Corte di cassazione (che è "funzione giudicante").
La materia del contendere riguarda, quindi, l'operatività del limite numerico, introdotto nel 2006, di possibili passaggi tra la funzione giudicante e quella requirente.
Giova ricordare che l'art. 13, d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160 (Attribuzione delle funzioni e passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa), al comma 3, così recita: "Il passaggio da funzioni giudicanti a funzioni requirenti, e viceversa, non è consentito all'interno dello stesso distretto, né all'interno di altri distretti della stessa regione, né con riferimento al capoluogo del distretto di corte di appello determinato ai sensi dell'articolo 11 del codice di procedura penale in relazione al distretto nel quale il magistrato presta servizio all'atto del mutamento di funzioni. Il passaggio di cui al presente comma può essere richiesto dall'interessato, per non più di quattro volte nell'arco dell'intera carriera, dopo aver svolto almeno cinque anni di servizio continuativo nella funzione esercitata ed è disposto a seguito di procedura concorsuale".
Ha chiarito la Sezione che la disposizione normativa succitata è suscettibile di due diverse interpretazioni: secondo quella che fa riferimento al dato letterale della "intera carriera" del magistrato, ai fini del successivo passaggio di funzioni dovrebbero essere computati tutti i precedenti passaggi già effettuati durante tutta la carriera, e anche, quindi, nel periodo antecedente l'entrata in vigore della norma; secondo l'altra, che si fonda sul principio di irretroattività della legge ai sensi dell'art. 11, comma 1, disposizioni sulla legge in generale, per il cui disposto: "La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo", non risultando tale principio generale espressamente derogato nella fattispecie, l'intera carriera del magistrato dovrebbe essere considerata solo quella successiva all'entrata in vigore del d.lgs. n. 160 del 2006.
In considerazione di tale duplice possibilità di esegesi della disposizione normativa succitata, è essenziale ripercorrere i principi che si ricavano dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di retroattività della legge.
Per la Consulta (29 maggio 2013, n. 103), sebbene il divieto di retroattività sancito dall'art. 25 Cost. sia riferibile in senso assoluto solo alle norme penali sfavorevoli, la retroattività nelle disposizioni normative concernenti gli altri settori dell'ordinamento è ammissibile solo nel rispetto dei principi generali di ragionevolezza, proporzionalità e prevedibilità, atteso che il divieto di retroattività della legge, previsto dall'art. 11 delle

disposizioni sulla legge in generale, costituisce valore fondamentale di civiltà giuridica e può essere compromesso solo per l'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti "motivi imperativi di interesse generale", ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu).
Inoltre, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce un elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto e trova copertura costituzionale nell'art. 3 Cost., ma non in termini assoluti e inderogabili, atteso che la tutela dello stesso non comporta che sia assolutamente interdetto al legislatore emanare disposizioni che modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, anche se il loro oggetto sia costituito dai diritti soggettivi perfetti, salvo, nel caso di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale; tuttavia, dette disposizioni non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e incidere arbitrariamente sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino, che postula, tuttavia, il consolidamento nel tempo della situazione normativa che ha generato la posizione giuridica incisa dal nuovo assetto regolatorio, sia perché protratta per un periodo sufficientemente lungo, sia per essere sorta in un contesto giuridico sostanziale idoneo a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento. "Se, dunque, interessi pubblici sopravvenuti possono esigere interventi normativi in grado di comprimere posizioni consolidate, è comunque necessario, per un verso, che l'incidenza peggiorativa non sia sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito nell'interesse della collettività e, per altro verso, che l'intervento di modifica sia prevedibile, non potendosi tollerare mutamenti retroattivi del tutto inaspettati" (Corte cost. 26 aprile 2018, n. 89).
Dalla giurisprudenza costituzionale emergono, dunque, una serie di limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi, che attengono alla salvaguardia dei principi costituzionali e di altri "fondamentali valori di civiltà giuridica, posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario" (Corte cost. 11 giugno 2010, n. 209; 29 maggio 2013, n. 103).
Alla luce di tali principi, la seconda esegesi costituisce quella da prediligere, perché costituzionalmente orientata; al contrario, l'interpretazione retroattiva della norma travalicherebbe i succitati limiti delineati dalla giurisprudenza costituzionale.
Invero, la retroattività che verrebbe riconosciuta all'art. 13, comma 3, d.lgs. n. 160 del 2006 costituirebbe, sulla base della teoria che deriva dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, un tipico caso di cosiddetta retroattività "propria", cioè comportante la modifica di un assetto di interessi già interamente definito e pienamente sedimentato tra le parti o che sopprime integralmente un'aspettativa giuridicamente qualificata connessa a un rapporto di durata (Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1432), a differenza dalla

cosiddetta retroattività "impropria", che si limita ad introdurre per il futuro una modificazione peggiorativa del rapporto di durata e determina anche una contrazione del momento finale di quello status che si riflette negativamente sulla posizione giuridica già acquisita dall'interessato (Corte cost. 24 luglio 2009, n. 236).
Anche la Corte di cassazione, nell'esaminare gli effetti dello *ius superveniens* sui rapporti di durata, ha, infatti, distinto tra una normativa che si limita ad introdurre differenziazioni di status, senza produrre effetti retroattivi, o modifica tali rapporti di durata per l'avvenire, senza comunque incidere sul fatto generatore di essi (così producendo effetti retroattivi "impropri"), e, invece, una norma che incide sul fatto generatore del rapporto giuridico, nonché sugli effetti giuridici già inveratisi sulla base di tali rapporti, modificandoli in tutto o in parte (così determinando effetti retroattivi "propri") (Cass. civ., sez. I, 5 maggio 1999, n. 4462).
Nel caso di specie, secondo l'interpretazione retroattiva della norma, l'intervenuto passaggio di funzioni (tra giudicanti e requirenti e viceversa) prima dell'entrata in vigore della disposizione normativa ne preclude di nuovi successivamente, in seguito all'emanazione della stessa, e impedisce, dunque, l'assegnazione di funzioni direttive giudicanti di legittimità sulla base della pregressa carriera del magistrato, elidendo, quindi, la stessa possibilità di ottenere il bene della vita, nonché compromettendo il principio costituzionale del legittimo affidamento maturato in capo al richiedente di poter concorrere per l'assegnazione di un incarico direttivo giudicante di legittimità.

35.2. Indennità di trasferta per i magistrati ordinari in servizio presso l'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione.
Con sentenza 16 marzo 2020, n. 1896 la sez. V ha affermato che i magistrati ordinari in servizio, in qualità di vincitori di concorso, presso l'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione con funzioni di "assistente di studio" non hanno diritto all'indennità di trasferta, prevista dall'art. 3, comma 79, l. 24 dicembre 2003, n. 350 per i magistrati "che esercitano effettive funzioni di legittimità presso la Corte di Cassazione e la relativa Procura Generale" nel caso di residenza fuori dal distretto della Corte d'appello di Roma.
Ha ricordato la Sezione che l'art. 79, comma 3, l. n. 350, prevede, ai fini del riconoscimento del diritto a percepire l'indennità di trasferta, due condizioni, e cioè: a) l'esercizio "effettivo delle funzioni di legittimità" presso la Corte di Cassazione e la relativa Procura generale; b) la residenza fuori del distretto della Corte d'appello di Roma.
Per definire il requisito *sub* a) (cioè l'esercizio effettivo di funzioni di legittimità presso la Cassazione e la relativa Procura generale) occorre riferirsi alle previsioni dell'art. 65, comma 1, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 e dell'art. 10, comma 6, d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160. Il primo stabilisce che "La Corte Suprema di Cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzione ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge"; il secondo dichiara che "Le funzioni giudicanti di legittimità sono quelle di consigliere

presso la Corte di cassazione; le funzioni requirenti di legittimità sono quelle di sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione").
Dal coacervo di tali disposizioni si ricava che le "funzioni di legittimità" sono quelle svolte dai magistrati presso la Corte di Cassazione, che si compendiano nella specifica attività rivolta a garantire "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni", a regolare "i conflitti di competenza e di attribuzione" e ad adempiere tutti gli altri compiti attribuiti dalla legge all'ufficio giudiziario della Corte di Cassazione.
L'effettività di tali funzioni ne implica il concreto svolgimento e che non ricorra una causa di temporanea sospensione dal loro esercizio (Cons. St., sez. IV, 7 dicembre 2006, n. 7210).
Gli "assistenti di studio" non compongono il collegio chiamato a decidere la controversia e non possono partecipare in alcun modo alla formazione della volontà della decisione, limitandosi piuttosto a svolgere un'attività (sia pur di particolare rilevanza) preparatoria e preliminare alla decisione giudiziale in senso stretto ed alla quale non prendono parte: essi pertanto non svolgono alcuna attività di *jus dicere*.
L'attività di "assistenza di studio" costituisce piena attuazione dei compiti propri dei magistrati addetti all'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di Cassazione che, come avviene mediante la redazione delle "massime", sono d'ausilio e supporto all'esercizio della funzione giurisdizionale: non vale a farla qualificare diversamente o addirittura a mutarne la natura giuridica il mero fatto che essa sia svolta direttamente presso - e a servizio di - una specifica sezione giudicante della Corte di Cassazione.
Non conduce a conclusioni diverse la circostanza che detti assistenti, nel periodo di svolgimento dell'attività, non si limitino a redigere le relazioni preliminari con il contenuto indicato dalla delibera del CSM, ma di aver anche predisposto veri e propri "schemi di sentenze", che, deliberati ed approvati dal collegio giudicante, sono divenuti, poi, il testo ufficiale e definitivo della sentenza (circostanza ulteriormente comprovata dal fatto, attestato da apposita produzione documentale, che tali sentenze siano state accompagnate dalla dicitura "redatta con la collaborazione dell'assistente di studio", che darebbe conto dell'effettivo svolgimento della funzione propria del magistrato giudicante e quindi di quella di legittimità).
Sul punto è sufficiente osservare che lo "schema di sentenza" è solo una modalità, alternativa alla "relazione preliminare", che dà conto dell'attività di studio e approfondimento della causa.
Il fatto che il contenuto della bozza sia più o meno integralmente trasfuso nel testo della sentenza non qualifica il redattore come un decisore: il trasferimento del contenuto della bozza nella sentenza non è l'effetto di una mera attività formale e materiale, ma implica un momento volitivo - la decisione - alla quale il redattore della bozza è assolutamente estraneo non solo in punto di fatto, ma anche dal punto di vista giuridico perché egli non fa (e non può far) parte del collegio giudicante.

Insomma è solo l'approvazione del collegio che trasforma lo "schema di sentenza" in "sentenza", ovvero l'attività preparatoria in attività decisoria; per di più quell'approvazione è l'in sé della funzione di *ius dicere* e ad essa non è immediatamente riferibile l'attività preliminare e preparatoria dell'assistente di studio.

35.3. Permanenza o nomina nella Commissione tributaria del componente, designato dalla Regione siciliana, del C.g.a. dopo la cessazione delle funzioni di magistrato.

La sez. IV, con sentenza 27 ottobre 2020, n. 6558 ha affrontato la questione relativa alla permanenza o nomina nella Commissione tributaria del componente, designato dalla Regione Siciliana, del C.g.a. dopo la cessazione delle funzioni di magistrato affermando che componente designato dalla Regione siciliana del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Siciliana, cessato all'esito del sessennio previsto dall'art. 6, comma 4, d.lgs. n. 373 del 2003, può continuare ad essere componente delle commissioni tributarie in qualità di magistrato amministrativo a riposo.

Ha chiarito la Sezione che l'ex componente del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, cessato dalle funzioni per scadenza del sessennio, può considerarsi "magistrato amministrativo a riposo" ai soli ed esclusivi fini della prosecuzione del servizio svolto presso la giurisdizione tributaria, in ragione della richiamata peculiarità della normativa di riferimento, senza che possano venire in rilievo ulteriori conseguenze di stato giuridico in relazione ai componenti del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Siciliana.

36. Professioni e mestieri.

36.1. Notaio.

La sez. III, con sentenza 7 novembre 2020, n. 7144 ha chiarito che artt. 93, ultimo capoverso, l. 16 febbraio 1913, n. 89 e 14, r.d.l. 27 maggio 1923, n. 1324 riconoscono a ciascun Consiglio Notarile una potestà impositiva funzionale all'acquisizione, nei confronti di ciascun iscritto, delle risorse necessarie per coprire le spese di funzionamento del Consiglio medesimo, fissando il criterio di "proporzionalità"; le "esigenze di bilancio" del Consiglio notarile, anche alla luce di una "fotografia reddituale" degli iscritti, possano giustificare, di anno in anno, l'adozione di un criterio di quantificazione della tassa mediante aliquote progressive per scaglioni che valorizzino la "componente solidaristica" dell'appartenenza di ciascun iscritto al medesimo Consiglio.

Ha chiarito la Sezione che il Legislatore, negli artt. 93, ult. cap., l. n. 89 del 1913 e 14, r.d.l. n. 1324 del 1923, utilizzando i termini "proporzionale" e "in proporzione", ha attribuito loro un significato certo e univoco che non lascerebbe spazio ad ulteriori e diverse interpretazioni "controtestuali".

Il riferimento normativo alla "proporzionalità" in una disposizione risalente al primo Novecento presenta, infatti, uno spazio interpretativo, anche tenendo conto dei principi introdotti dalla Carta costituzionale.

La proporzionalità cui ha riguardo l'art. 93, comma 2, l. n. 89 del 1913, non può essere intesa in modo vincolato, come volta ad imporre l'applicazione di un'aliquota unica,

bensì come formula diretta ad esprimere un principio di solidarietà di cui i Consigli notarili devono tener conto in sede di definizione della tassa annuale: un principio secondo cui va chiesto di più a chi è in condizione di dare di più, a fronte di un'utilità restituita in modo eguale per tutti. Si tratta di interpretazione rafforzata alla luce dell'intero ventaglio di principi e valori costituzionali, non solo quello di cui all'art. 53 Cost., con specifico riferimento alla materia tributaria, ma anche, e prima ancora, quelli di uguaglianza sostanziale e solidarietà, di cui agli artt. 3 e 2 Cost.. Alla luce di tali considerazioni, il significato del concetto di "proporzionalità" di cui all'art. 93 ult. cap. della Legge sull'ordinamento notarile può essere inteso come imposizione di una contribuzione "in proporzione" all'aumentare delle possibilità economiche degli iscritti alle spese di funzionamento del Consiglio Notarile Distrettuale, non preclusivo dell'adozione di un sistema di ripartizione della tassa annuale mediante più aliquote per scaglioni.
La norma, in altri termini, non esclude che le "esigenze di bilancio" del Consiglio, anche alla luce di una "fotografia reddituale" degli iscritti, possano giustificare, di anno in anno, l'adozione di un criterio di quantificazione della tassa mediante aliquote progressive per scaglioni che valorizzino la "componente solidaristica" dell'appartenenza di ciascun iscritto al medesimo Consiglio.
Alla luce delle ragioni suesposte, sono manifestamente infondate le questioni di costituzionalità dedotte, nessun contrasto potendo ravvisarsi con l'art. 53 Cost.. Né, d'altra parte, l'interpretazione qui condivisa, rendendo criteri di tassazione diversi nei diversi Collegi notarili, determina per ciò solo un *vulnus* al principio di uguaglianza, ammettendo un trattamento differente per i notai in dipendenza dell'appartenenza a diversi Collegi notarili.
È sufficiente osservare che la tassa è annuale ed è già differenziata sul territorio nazionale, in quanto collegata ai costi di funzionamento dei singoli Consigli Notarili, che ne determinano l'importo, utilizzando come base imponibile l'onorario repertoriale dei singoli notai.
Ciascun Collegio notarile deve, quindi, annualmente motivare le specifiche esigenze di bilancio.
Alla stregua dell'opzione interpretativa suillustrata, quindi, il singolo Collegio notarile, in relazione all'importo da reperire mediante la tassa annuale, di volta in volta valuta se il criterio meccanicamente proporzionale svolga adeguatamente l'indicata funzione solidaristica o se, invece, sia necessario introdurre aliquote differenziate essendo eccessivo il peso prodotto dall'aliquota unica per i notai con onorario repertoriale più basso, come mediamente accade, soprattutto negli ultimi anni, per quelli più giovani.

36.2. Igienista dentale.
Con sentenza 9 marzo 2020, n. 1703 la sez. III ha giudicato legittimo il provvedimento comunale che nega ad un professionista laureato in igiene dentale l'autorizzazione amministrativa ad aprire un proprio studio in completa autonomia, senza la presenza di un odontoiatra.
Ha chiarito la Sezione che in discussione non è la natura autonoma del lavoro svolto o, detto altrimenti, il possibile esercizio libero professionale dell'attività di igienista dentale,

ma l'autonomia funzionale e operativa nei rapporti col paziente, rispetto ad un'altra figura professionale: l'odontoiatra. L'igienista dentale svolge la sua attività professionale in strutture sanitarie, pubbliche o private, in regime di dipendenza o libero-professionale, "su indicazione degli odontoiatri e dei medici chirurghi legittimati all'esercizio della odontoiatria".
Ha aggiunto che nell'ambito del d.m. 15 marzo 1999 occorre distinguere i profili legati ai rapporti, in termini lavoristici, tra le due figure professionali (non più intesi in senso gerarchico, ma di collaborazione libero professionale), da quelli prefigurati dal legislatore in chiave funzionale rispetto all'esigenza di garantire un adeguato livello di sicurezza del paziente. La norma non a caso ribadisce il concetto di necessarietà delle "indicazioni" da parte dell'odontoiatra, sia nella descrizione generale del profilo professionale (comma 1 dell'art. 1), sia al comma 3, laddove è nuovamente disciplinato il rapporto tra le due figure, questa volta all'interno della struttura sanitaria (o studio professionale secondo quanto già chiarito) ove l'igienista svolge la sua professione. Le surrichiamate "indicazioni", specificamente ribadite dal comma 3 della disposizione cit. anche nel contesto della descrizione del luogo ove l'attività deve necessariamente svolgersi, evocano una contestualità spaziale, presupponendo la compresenza delle due figure professionali, bensì affrancate da qualsivoglia rapporto di dipendenza ma ancora avvinte da un legame funzionale e operativo, a prevenzione dei rischi che l'attività può generare al paziente.
La Sezione si è detta consapevole che la latitudine del concetto di "indicazione" dell'odontoiatra, nei termini sopra tracciati, non è appagante nella misura in cui finisce per scaricarsi indirettamente, come del resto è successo nella vicenda de qua, sulla concreta possibilità che l'igienista dentale possa concretamente essere autorizzato ad avviare un proprio autonomo ed esclusivo studio professionale prescindendo dalla compresenza di un odontoiatra. Il tenore della disposizione, evidentemente posta a tutela della salute dei pazienti, non consente però margini esegetici tali da giungere a conclusioni diverse, la cui percorribilità non può che rimettersi alla ponderata scelta del legislatore, ove l'evoluzione e l'approfondimento dei percorsi formativi, l'affinamento e la sicurezza delle tecniche di intervento ne lascino intravedere i presupposti secondo la migliore scienza ed esperienza.

36.3. Cartomanti.
Ha affermato la sez. III (1 luglio 2020, n. 4189) che non è vietata, ai sensi dell'art. 121 T.U.L.P.S., l'attività di cartomanzia che non sia esercitata con modalità truffaldine o comunque idonee ad abusare della credulità popolare.
Ha chiarito la Sezione che sulla base della definizione semantica del termine, dopo averlo opportunamente sfrondato da soverchi relitti storico-letterario (come quello inteso a rievocare la figura romantica del venditore girovago di pozioni miracolose o filtri magici), tale può considerarsi, nel contesto storico attuale, chi non si limita ad offrire al pubblico un servizio o prodotto, per quanto di scientificamente indimostrata ed indimostrabile utilità ed efficacia, ma ne esalta le proprietà e le virtù con il ricorso a tecniche

persuasive atte ad indebolire e vincere le capacità critiche e discretive dei possibili acquirenti.
Deve invero osservarsi che nell'ambito di un ordinamento giuridico imperniato, come quello vigente, sul principio di libera determinazione degli individui, in cui lo Stato ha pressoché dismesso ogni funzione latamente paternalistico-protettiva e di orientamento etico nei confronti dei consociati, anche le dinamiche di mercato sono tendenzialmente affidate, dal lato della domanda e dell'offerta, alla libera interazione dei suoi protagonisti, i quali, con le loro scelte, determinano l'oggetto dello scambio, ne apprezzano, secondo insindacabili valutazioni di carattere soggettivo, l'utilità e ne determinano, infine, il valore (economico): sempre che, naturalmente, non vengano compromessi beni e valori di carattere superiore (come l'ordine pubblico, il buon costume, la salute dei cittadini ecc.), di cui lo Stato conserva l'irrinunciabile funzione di tutela.
In tale contesto, anche un servizio che, in apparenza, sia oggettivamente privo o comunque di indimostrabile utilità, quale può essere considerata l'attività divinatoria propria del cartomante, in quanto riconducibile alle cd. scienze occulte o esoteriche (per definizione non sottoponibili a prove di verificabilità), può rappresentare un bene "commerciabile", perché idoneo a rispondere ad una esigenza, per quanto illusoria ed opinabile, meritevole di soddisfacimento e, in quanto tale, suscettibile di generare, in termini mercantili, una corrispondente "domanda".
Tale può essere, appunto, quella di chi cerchi l'alleviamento dei suoi dubbi esistenziali o la rassicurazione delle sue certezze nei "segni" ricavabili, attraverso la mediazione del cartomante, dalla lettura ed interpretazione delle "carte".
Del resto, proprio la complessità del mondo attuale, generatrice di incertezza e smarrimento, fa sì che la cartomanzia, con la sua aspirazione a trovare un ordine invisibile in una realtà frammentata e incoerente, assuma una funzione (non solo non dannosa, ma) anche - socialmente o individualmente - utile, fornendo (o tentando di fornire), a chi non sappia o voglia trovarlo su più affidabili terreni, riparo dalle paure e dalle contraddizioni della modernità.
Inoltre, è evidente che se in un contesto sociale di bassa alfabetizzazione, quindi di maggiore esposizione del pubblico alle lusinghe di spregiudicati imbonitori, quale era quello degli inizi del secondo ventesimo, la soglia della difesa sociale era opportunamente fissata ad un livello inferiore, questa non potrebbe che attestarsi ad un punto più avanzato una volta che la stessa società, grazie al processo di diffusione culturale realizzatosi nei decenni successivi (fino a raggiungere l'acme nel tempo attuale), ha generato gli "anticorpi" necessari a proteggere i suoi componenti dalla tentazione di cedere alle fragili quanto illusorie speranze di precognizione del futuro: ciò che induce a ritenere che chi si rivolge al cartomante non è necessariamente mosso da ingenua credulità (ma, ad esempio, da semplice curiosità o desiderio di svago) né fatalmente abdica al proprio spirito critico, abbandonandosi remissivamente alle sue suggestioni.
In tale quadro, di cui non può non tenere conto l'interpretazione di disposizioni nate in un diverso e ben più risalente (dal punto di vista socio-economico ed istituzionale) contesto, deve rilevarsi che, come anticipato, la stessa fattispecie regolamentare pone l'accento sulle specifiche modalità di svolgimento dell'attività del cartomante, disponendo

che essa, per non tracimare nella sfera operativa del divieto, non debba tradursi nella "speculazione sull'altrui credulità" ovvero nello "sfruttamento o alimentazione dell'altrui pregiudizio".
Ebbene, premesso che anche il servizio cartomantico implica l'impegno di energie (materiali ed intellettuali), e quindi ha una sua concreta tangibilità economica, atta a fungere da elemento corrispettivo del contratto stipulato con il richiedente (sebbene nelle forme semplificate proprie del contatto telefonico o comunque "a distanza"), e che i concetti stessi di "speculazione" e di "sfruttamento" implicano la ricerca ed il conseguimento di un utile sovradimensionato rispetto alle risorse impiegate o all'effettivo valore economico del bene e/o servizio scambiato, ciò che assume non secondario rilievo, per i fini de quibus, è appunto la sussistenza di un rapporto di proporzione tra il "servizio" divinatorio offerto ed il prezzo richiesto e pagato per riceverlo: con la conseguenza che, a segnare il discrimine tra attività di cartomanzia e ciarlataneria, ovvero al fine di identificare la connotazione "speculativa" o "profittatrice" della stessa, sono proprio i mezzi e le modalità impiegate al fine di offrire al pubblico la "prestazione" profetica.
Da tale punto di vista, lo sconfinamento nell'area della "ciarlataneria" si verifica appunto quando il "messaggio" commerciale che accompagna l'offerta del servizio tende a rappresentare la prestazione divinatoria non nella sua impalpabile valenza predittiva, ma come strumento realmente efficace ed infallibile per la preveggenza del futuro, con la connessa richiesta di una contropartita commisurata al maggior valore che la prestazione, per come artatamente rappresentata, assumerebbe, ovvero quando, per le modalità e/o le circostanze in cui si svolge la relazione tra cartomante e cliente, essa denota l'approfittamento da parte del primo della eventuale situazione di particolare debolezza psicologica del secondo.
In altre parole, finché la prestazione cartomantica viene offerta nella sua reale essenza ed il corrispettivo pattuito conserva un ragionevole equilibrio con la stessa, non è dato discutere di "speculatività" dell'attività del soggetto erogatore; laddove, invece, alla stessa vengano attribuite proprietà prodigiose o taumaturgiche e, facendo leva su di esse, sia richiesto un corrispettivo sproporzionato rispetto alla sua valenza meramente "consolatoria", potrà dirsi integrata l'ipotesi (vietata) della "ciarlataneria".

37. Forze armate.
Molte le sentenze delle Sezioni seconda e quarta che hanno pronunciato su diverse tematiche relative alle Forze armate.

37.1. Procedure di reclutamento della Polizia penitenziaria.
Con sentenza della sez. IV, 1 dicembre 2020, n. 7620 è stato affermato che nell'ambito delle procedure di reclutamento della Polizia penitenziaria – antecedenti all'entrata in vigore (il 20 febbraio 2020) della novella recata dal d.lgs. n. 172 del 2019 all'art. 123 d.lgs. 30 ottobre 1992, n. 443 e nelle quali non era stata richiamata la disciplina stabilita per le assunzioni nella Polizia di Stato - è illegittima per difetto di motivazione l'esclusione di un candidato (che presentava, al momento della seconda visita psicoattitudinale,

un tatuaggio sulla caviglia) dal prosieguo della procedura concorsuale con la mera indicazione della presenza di un tatuaggio in sedi non coperte dall'uniforme, ipotesi questa non prevista, almeno quale causa di esclusione vincolata e automatica, nel dal bando né dalla presupposta disciplina legislativa *ratione temporis* applicabile; soltanto la presenza di un tatuaggio con le caratteristiche di cui alla normativa rilevante ("deturpante o indice di personalità abnorme") avrebbe potuto legittimamente condurre all'esclusione.
Ha chiarito la Sezione che la disciplina applicabile per l'accesso alla Polizia penitenziaria si differenzia rispetto a quella riferita alle procedure concorsuali per l'accesso ai ruoli della Polizia di Stato.
Con sentenze n. 1690 e n. 658 del 2020 la sez. IV del Consiglio di Stato era stato affermato che era stata data corretta applicazione alla tabella 1, punto 2, lett. b), allegata all'art. 3, d.m. 30 giugno 2003, n. 198 (cui rinviano, per l'accertamento dell'idoneità fisica e psichica, gli artt. 6 e 27 bis, d.P.R. 24 aprile 1982, n. 335, relativi -rispettivamente - alla nomina degli appartenenti al ruolo agenti e assistenti e al ruolo ispettori, e l'art. 55 bis, d.lgs. 5 ottobre 2000, n. 334, per la nomina del personale direttivo e dirigente).
A mente della predetta tabella i tatuaggi (anche in fase di rimozione) - e gli esiti cicatrizionali in genere, derivanti da qualunque causa se "estese o gravi o che, per sede o natura, determinino alterazioni funzionali o fisiognomiche" della cute - sono sempre causa di inidoneità, qualora: a) indipendentemente dalla dimensione o dal soggetto rappresentato, si trovino "nelle parti del corpo non coperte dall'uniforme" (dovendosi, a tal fine, fare riferimento a tutti i tipi di uniforme utilizzate o utilizzabili nell'ambito del servizio); b) a prescindere dalla collocazione in parti del corpo non coperte dall'uniforme, "per la loro sede o natura, siano deturpanti o per il loro contenuto siano indice di personalità abnorme".
Si tratta di un approdo esegetico coerente, per altro, con gli indirizzi della giurisprudenza del Consiglio di Stato formatisi prima della riforma del 2019 (cfr. *ex plurimis* sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3153; sez. II, parere 18 aprile 2013, n. 2080/11; sez. IV, 24 gennaio 2012, n. 316; id. 24 gennaio 2011, n. 504).
Alle procedure di reclutamento nella Polizia penitenziaria che si svolgeranno successivamente all'entrata in vigore della novella dell'art. 123, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 443 del 1992, nella versione modificata dall'art. 30, d.lgs. 27 dicembre 2019, n. 172, entrata in vigore il 20 febbraio 2020 ("Costituiscono causa di esclusione dai concorsi pubblici per l'accesso ai ruoli e alle carriere della Polizia Penitenziaria le alterazioni volontarie dell'aspetto esteriore dei candidati, quali tatuaggi e altre alterazioni permanenti dell'aspetto fisico non conseguenti a interventi di natura comunque sanitaria, se visibili, in tutto o in parte, con l'uniforme indossata o se, avuto riguardo alla loro sede, estensione, natura o contenuto, risultano deturpanti o indice di alterazioni psicologiche, ovvero comunque non conformi al decoro della funzione degli appartenenti alla Polizia Penitenziaria."), troverà applicazione il nuovo testo del menzionato articolo, con la conseguenza pratica che i tatuaggi e gli esiti cicatrizionali visibili con l'uniforme costituiranno causa automatica di esclusione.
Tale disposizione, inoltre, trovando applicazione, in base al suo tenore testuale, ai concorsi per gli accessi a tutti i ruoli e carriere della Polizia penitenziaria, ha comportato

l'abrogazione per incompatibilità, limitatamente alla parte relativa alla disciplina dei tatuaggi, dell'art. 9, comma 3, d.m. 6 aprile 2001, n. 236 che rinviava, per l'accertamento dei requisiti psico fisici dei candidati al reclutamento nei ruoli direttivi, al compendio normativo della Polizia di Stato e dunque, tout court (prima all'abrogato d.P.R. n. 904 del 1983 e successivamente), al d.m. n. 198 del 2003.
Con ciò, nella sostanza, allineandosi, in parte qua, le procedure di reclutamento nella Polizia di Stato e quelle nella Polizia penitenziaria, fermo restando l'approccio più rigoroso sotteso alla disciplina relativa a quest'ultima.

37.2. Rapporto fra la corresponsione della indennità di missione erogata dallo Stato italiano e la *daily allowance* erogata direttamente dall'Unione europea.
La sentenza della sez. IV 6 febbraio 2020, n. 935 ha affermato che al personale italiano, militare o delle forze di polizia, che prende parte a missioni internazionali originanti da una decisione dell'Unione europea, non spetta oltre all'indennità giornaliera nazionale anche l'indennità per *diem* europea.
Ha affermato la Sezione che riconoscere al personale italiano, militare o delle forze di polizia, che prenda parte a missioni internazionali originanti da una decisione dell'Unione europea, oltre all'indennità giornaliera nazionale anche l'indennità per diem europea significherebbe duplicare lo stesso beneficio, considerato che: - nei casi in cui il militare fruisce di vitto ed alloggio gratuiti, verrebbe corrisposta un'indennità per un esborso economico che il militare non sostiene; - nei casi in cui, viceversa, il militare non fruisce di vitto ed alloggio gratuiti, viene erogata un'indennità nazionale maggiorata, proprio per sopperire alle conseguenti spese vive, al cui peso economico intende far fronte l'indennità europea.
Di converso, la Sezione ha osservato che non può ipotizzarsi un'esegesi della normativa di riferimento ispirata dall'applicazione delle disposizioni di legge (dapprima gli artt. 1 e 3, l. n. 642 del 1961, quindi l'art. 1807, comma 2, cod.ord.mil.) stabilite per l'invio di personale militare in missione isolata: la missione singola, invero, espone il personale a costi, disagi e difficoltà ictu oculi superiori a quelle che incontra un militare inviato all'estero nell'ambito di un contingente strutturato (Cons. St., sez. IV, 13 novembre 2018, n. 6387).
13. Non consta, infine, alcuna disparità di trattamento (peraltro genericamente allegata dall'appellato e non altrimenti specificata dal Tribunale) rispetto ad altre Forze Armate o ad altri Corpi dello Stato (cfr., quanto ai magistrati impegnati nella missione "Eulex Kosovo", Cons. St., sez. V, 18 luglio 2017, nn. 3531, 3533, 3534, 3535, 3536 e 3537; in tali decisioni questo Consiglio, preso atto che l'Amministrazione della Giustizia non aveva ritenuto di mettere in discussione il cumulo fra l'indennità erogata dalla U.E. e quella liquidata ai sensi dell'art. 1, r.d. n. 941 cit., ha riconosciuto, in applicazione degli artt. 6 e 7 del medesimo decreto, la legittimità della decurtazione dell'indennità di missione nella misura del 50% e, successivamente alla permanenza all'estero per un periodo superiore a 180 giorni, del 75%).
La Sezione ha, peraltro, rilevato in termini generali che l'interpretazione e l'applicazione della legge da parte del Giudice è insensibile alla prassi amministrativa e che l'eventuale

applicazione errata della normativa da parte di altre Amministrazioni non fonda il vizio di disparità di trattamento, che, per sua natura, richiede che il trattamento migliore riservato ai dipendenti di tali altre Amministrazioni sia conforme a legge.

37.3. Istanza di trasferimento con ricongiungimento con convivente.

Con sentenza 17 giugno 2020, n. 3896 la sez. IV ha affermato l'accoglibilità della domanda di trasferimento presentata da un Carabiniere, *ex* art. 398 del regolamento generale dell'Arma, per ricongiungimento alla compagna convivente *more uxorio*.

La Sezione ha affermato di condividere le conclusioni alle quali è pervenuta la Sezione terza (31 ottobre 2017, n. 5040; 29 dicembre 2017, n. 6186; 12 luglio 2018, n. 4277) del Consiglio di Stato che, in una materia contermine a quella di cui si discute, equipara il convivente al coniuge ai fini dell'ottenimento o del rinnovo del permesso di soggiorno. E ciò fa ritenendo che tale più ampia interpretazione della legge "non risponde solo ad un fondamentale principio di eguaglianza sostanziale, ormai consacrato, a livello di legislazione interna, anche dall'art. 1, comma 36, l. n. 76 del 2016, per quanto qui rileva, sulle convivenze di fatto tra "due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile", ma anche alle indicazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che, anche in questa materia, si è premurata di chiarire che la nozione di 'vita privata e familiare', contenuta nell'art. 8, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo includa, ormai, non solo le relazioni consacrate dal matrimonio, ma anche le unioni di fatto nonché, in generale, i legami esistenti tra i componenti del gruppo designato come famiglia naturale" (31 ottobre 2017, n. 5040).

La giurisprudenza della Corte EDU - valorizzata dall'indirizzo in questione - afferma che il diritto del singolo al rispetto della propria vita privata e familiare, sotto specie di tutela dell'unità familiare, costituisce un limite alle prerogative statali di gestione dei flussi migratori e che, conformemente al diritto internazionale generale, rientra in tali prerogative la regolamentazione dell'ingresso, del soggiorno e dell'allontanamento degli stranieri. Secondo la Corte, in attento bilanciamento tra diritto al ricongiungimento familiare e prerogative statali, da un lato le misure di espulsione possono costituire un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata e familiare, la cui legittimità deve essere vagliata alla luce del par. 2 dell'art. 8 della Convenzione (legalità, necessità in una società democratica, proporzionalità); dall'altro lato, il rispetto degli obblighi positivi scaturenti dall'art. 8 può, in determinate circostanze, imporre agli Stati contraenti di autorizzare il ricongiungimento familiare di cittadini stranieri (riassuntivamente, da ultimo, sentenze 23 febbraio 2016, n. 68453, Pajic c. Croazia, ric. n. 68453/13; 15 marzo 2016, n. 31039, Novruk e altri c. Russia, ricc. n. 31039/11, n. 48511/11, n. 76810/12, n. 14618/13, n. 13817/14; 8 novembre 2016, n. 56971, El Ghatet c. Svizzera, ric. 56971/10; 14 febbraio 2019, n. 57433 Narjiis c. Italia, ric. n. 57433/15).

Sembra dunque ragionevole dedurne, ad avviso della Sezione, che, là dove non si manifesti una esigenza di tutela della sovranità dello Stato, il diritto al rispetto della vita privata e familiare possa e debba espandersi nella sua interezza.

L'equiparazione - ovviamente ristretta al solo profilo di specie - al rapporto matrimoniale e all'unione civile della stabile convivenza di fatto, attestata da certificazioni anagrafiche, appare per di più del tutto coerente con la giurisprudenza della Corte costituzionale la quale, ferma restando la discrezionalità del Parlamento nell'individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni affettive diverse da quella matrimoniale, si è riservata la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni con il controllo di ragionevolezza (sentenza 15 aprile 2010, n. 138), come infatti più volte è avvenuto per le convivenze more uxorio (a partire dalle sentenze 7 aprile 1988, n. 404, e 20 dicembre 1989, n. 559; da ultimo sentenza 23 settembre 2016, n. 213).
Sulla scorta delle considerazioni precedenti, l'esigenza di tutela dell'unità della famiglia, alla quale è improntato l'istituto del ricongiungimento (Corte cost. 30 maggio 2008, n. 183), non può non prevalere sulle difformi previsioni della normativa interna dell'Arma dei carabinieri.

37.4. Indennità di trasferimento al personale delle Forze armate e militare.
La sentenza 24 giugno 2020, n. 4029 della sez. IV ha affermato che la natura autoritativa del movimento che dà diritto all'erogazione dell'indennità *ex* l. n. 86 del 2001 non viene meno allorché l'Amministrazione, in vista di una programmata rimodulazione riduttiva della propria organizzazione territoriale, ha invitato il militare ad esprimere il proprio gradimento per un'altra sede.
Ha premesso la Sezione che l'indennità *ex lege* n. 86 del 2001 compete, fra gli altri, al personale in s.p.e. delle Forze Armate, delle Forze di polizia ad ordinamento militare e civile e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco trasferito "d'autorità" ad altra sede di servizio sita in un Comune diverso da quello di provenienza.
Per movimento d'autorità deve intendersi quello disposto per perseguire, in via prioritaria, interessi dell'Amministrazione, non per soddisfare esigenze personali e familiari dell'interessato (Cons. St., sez. IV, 2 ottobre 2019, n. 6588). La giurisprudenza, peraltro, ha precisato che la natura autoritativa del movimento (e la conseguente spettanza dell'indennità) non viene meno allorché l'Amministrazione, in vista di una programmata rimodulazione riduttiva della propria organizzazione territoriale, abbia invitato il militare ad esprimere il proprio gradimento per un'altra sede (Cons. St., A.P., 29 gennaio 2016, n. 1). In tal caso, infatti, "assume un valore decisivo la circostanza che il mutamento di sede origina da una scelta esclusiva dell'amministrazione militare che, per la miglior cura dell'interesse pubblico, decide di sopprimere un reparto (o una sua articolazione) obbligando inderogabilmente i militari di stanza a trasferirsi presso la nuova sede, ubicata in un altro luogo, onde prestare il proprio servizio" (Cons. St., A.P., n. 1 del 2016 cit.).
Ove, tuttavia, la soppressione (o ridislocazione) del reparto di provenienza sia stata disposta in data successiva al 1 gennaio 2013 (Cons. St., sez. IV, 1 marzo 2017, n. 942), l'indennità non compete, ai sensi dell'art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 86 del 2001, allorché il personale sia stato trasferito presso una sede ubicata in un Comune limitrofo, anche se distante oltre dieci chilometri da quello di provenienza (Cons. St., sez. IV, 17 luglio 2018, n. 4355).

In tali specifici casi, in sostanza, l'indennità compete solo in caso di trasferimento d'autorità presso enti ubicati in Comuni non confinanti con quello ove è allocata la sede originaria e, comunque, distanti fra loro (prendendo a riferimento le rispettive case comunali) oltre dieci chilometri.

37.5. Trasferimento per incompatibilità ambientale di un poliziotto per rapporto di affinità con esponenti di spicco della malavita locale.

La sentenza 7 gennaio 2020, n. 118 della Sezione quarta ha giudicato legittimo il trasferimento per incompatibilità ambientale, ex art. 55, comma 4, d.P.R. 24 aprile 1982, n. 335, di un sovrintendente capo della Polizia di Stato per l'esistenza di un rapporto di affinità tra il dipendente ed alcuni esponenti di spicco della malavita locale, senza che si debba comparare i contrapposti interessi pubblici e privati del dipendente, della tutela del prestigio e della tutela della vita familiare.

Ha ricordato la Sezione che ai fini dell'adozione di un provvedimento di trasferimento per incompatibilità ambientale non è significativa l'origine della situazione venutasi a creare, nel senso che questa può prescindere da ogni giudizio di rimproverabilità della condotta all'interessato, essendo sufficiente che il prestigio dell'amministrazione sia messo in pericolo (Cons. St., sez. III, n. 3784 del 2018; id., sez. VI, n. 731 del 2009).

Ha aggiunto che competono all'Amministrazione ampi e penetranti poteri discrezionali, sindacabili da parte del giudice amministrativo unicamente *ab externo*, in relazione ai noti vizi di grave e manifesta illogicità, travisamento dei fatti ed incompletezza della motivazione, rimanendo esclusa ogni indagine di merito. Discrezionalità riconosciuta come caratterizzata da maggiore ampiezza rispetto a quella di cui gode l'Amministrazione nei confronti degli altri pubblici dipendenti, proprio in ragione della tutela dell'interesse a che una funzione come la pubblica sicurezza sia scevra da dubbi e da equivoci sul comportamento dei suoi agenti.

Nella specie la Sezione ha giudicato il trasferimento legittimo a nulla rilevando: la cessazione della convivenza del cognato del poliziotto con la sorella di un noto capo clan; le frequentazioni solo formali con i cognati della moglie; il comportamento ineccepibile del militare nello svolgimento dell'attività di servizio, e, finanche, la sua solerzia nel rappresentare all'amministrazione la situazione di fatto.

Infine, la Sezione ha chiarito che nell'adottare il provvedimento di trasferimento per incompatibilità ambientale nei confronti di un appartenente alla Polizia di Stato, l'amministrazione non è tenuta né ad operare espressamente alcuna considerazione comparativa in merito alle carenze organizzative degli uffici derivanti dal trasferimento (tanto che i trasferimenti, ai sensi dell'art. 55, comma 4, d.P.R. n. 335 del 1982, possono essere disposti anche in soprannumero); né ad esplicitare i criteri con i quali sono stati determinati i limiti geografici della incompatibilità e, comunque, la più opportuna nuova dislocazione del proprio dipendente (Cons. St., sez. III, n. 4368 del 2013); né, infine, a ponderare in concreto i contrapposti interessi pubblici e privati, della tutela del prestigio e della tutela della vita familiare del dipendente, essendo la valutazione delle esigenze di servizio e delle situazioni di famiglia prevista dal comma 3 del citato art. 55 solo per il trasferimento d'ufficio (*contra*, Cons. St., sez. III, n. 4368 del 2013).

37.6. Attività sindacale dei militari e regole di disciplina.

La sentenza della sez. II, 18 maggio 2020, n. 3165, ha affermato che la regole di disciplina militare si applicano agli appartenenti alle Forze armate dal momento della loro incorporazione e fino a quello della cessazione dal servizio attivo, a condizione che gli interessati svolgano attività di servizio, si trovino in luoghi militari o comunque destinati al servizio, indossino l'uniforme ovvero si qualifichino, in relazione a compiti di servizio, come militari o si rivolgano ad altri militari in divisa o che si qualificano come tali; pertanto, una condotta commessa in presenza delle predette condizioni (nella specie, divulgazione di una nota di critica all'operato del Comandante generale dell'Arma senza il rispetto della prescritta via gerarchica dell'inoltro) non è sottratta alle regole di disciplina per il solo fatto di essere posta in essere nella veste di privato cittadino ovvero di rappresentante di un'associazione parasindacale, diversamente consentendosi un facile aggiramento delle regole stesse, con grave nocumento della funzionalità del sistema che anche dalla loro compattezza trae il proprio prestigio e la propria autorevolezza .

Ha aggiunto che il riconoscimento dei diritti associativi direttamente rivenienti dall'art. 39 Cost. costituisce il punto di approdo di una condivisibile rivendicazione di categoria degli appartenenti alle Forze armate, pur con i calibrati equilibrismi imposti dalla loro richiamata peculiarità ordinamentale, che rende comunque anacronistico il riferimento alla ricercata essenza dell'attività svolta concretamente dall'Associazione.

Giova ricordare in punto di fatto come l'U.N.A.C., nata effettivamente nel 1998 come Associazione a scopo culturale e assistenziale, seguendo gli sviluppi della giurisprudenza, in primo luogo della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di diritti sindacali dei militari, nell'anno 2013 si è trasformata in Sindacato autonomo Carabinieri e Militari, con regolare statuto, notificato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, al Ministro della Difesa, al Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, al Comitato delle pari opportunità ed al Ministro dell'interno, procedendo altresì alla formazione dell'organico dirigenziale, con conseguente invio in via gerarchica delle prime deleghe sindacali.

Con la sentenza 13 giugno 2018, n. 120 della Corte costituzionale, di declaratoria dell'illegittimità costituzionale dell'art. 1475, comma 2, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), si è poi riconosciuto, traendo spunto da una vicenda che comunque vedeva coinvolta ridetta Associazione, il diritto di affiliazione ad associazioni sindacali da parte dei militari. Quanto detto in ragione del ritenuto contrasto della norma con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 11 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, come da ultimo interpretati dalle sentenze in data 2 ottobre 2014 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, quinta sezione, nei casi "Matelly c. Francia" (ricorso n. 10609/10) e "Adefdromil c. Francia" (ricorso n. 32191/09) e in relazione all'art. 5, terzo periodo, della Carta sociale europea riveduta, firmata in Strasburgo in data 3 maggio 1996 e resa esecutiva in Italia con l. 9 febbraio 1999, n. 30 (per una ricostruzione della vicenda, v. da ultimo Cons. St., sez. I, n. 2571 del 25 settembre 2019). Ciò senza negare la possibilità che la legge adotti restrizioni per determinate categorie di dipendenti pubblici, inclusi gli appartenenti alle Forze armate: con il risultato che la

previsione di condizioni e limiti alla libertà di associazione sindacale tra militari, facoltativa per i parametri internazionali, è invece doverosa nell'ordinamento nazionale, al punto da escludere la possibilità di un vuoto normativo, che sarebbe d'impedimento al riconoscimento dello stesso diritto di associazione sindacale. Da qui la ribadita legittimità del comma 1 dell'art. 1475 COM, il quale subordina la costituzione di associazioni e circoli tra militari al preventivo assenso del Ministro della Difesa, disposizione valida, a fortiori, per le associazioni sindacali, in quanto *species* di quel *genus*, peraltro di particolare rilevanza (sul punto cfr. il parere rilasciato dalla sez. II consultiva di questo Consiglio di Stato sul quesito avanzato dal Ministero della Difesa proprio in ordine all'applicazione dell'articolo 1475, comma 1, del Codice dell'ordinamento militare, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 13 giugno 2018, relativamente al rilascio del preventivo assenso del Ministro della difesa per la costituzione di associazioni professionali tra militari a carattere sindacale, n. 2756 del 23 novembre 2018).
La necessità di attualizzare il contesto ordinamentale in materia di diritto associativo dei militari, non fa che rafforzare la ritenuta neutralità del ruolo di segretario dell'U.N.A.C. rivestito dal militare sanzionato nel caso di specie. Trattasi dunque non del punto di approdo di una scelta ermeneutica volta a legittimare la condotta associativa, ma di una riferita circostanza di fatto, incontestata tra le parti, posta "a contorno" dell'episodio accaduto, quale suo evidente contesto genetico. Ciò che rileva, cioè, è l'inoltro della lettera, non il fatto che la sua stesura sia avvenuta sotto l'egida dell'U.N.A.C.; argomentazione questa introdotta casomai dal militare in sede di difesa nel ricorso gerarchico, quasi a voler distinguere la propria condotta "ideativa" da quella "materiale" di invio agli organi di stampa, asseritamente avvenuto a cura di sedicenti uffici di comunicazione interni alla struttura associativa. E inopportunamente ripresa dalla difesa erariale nell'atto di appello, riproponendo inesistenti profili di illiceità dell'appartenenza associativa *ex se*, quand'anche ipotizzabili nel contesto storico sociale dell'epoca, tutt'affatto valutati dall'Amministrazione procedente, che non ne ha in alcun modo fatto oggetto di addebito.
Va escluso anche che la sigla associativa scrimini di per sé la condotta, dequotando le rimostranze mosse utilizzando la stessa, quale che ne sia stato il veicolo di trasmissione, prescindendo peraltro dai toni, seppur generici, del tutto irriguardosi, come riconosciuto dallo stesso giudice di prime cure, in una sorta di argomentazione a contrario di ciò che legittimamente si sarebbe potuto addebitare al militare e non si è invece stigmatizzato, dando rilievo ad aspetti ritenuti poi irrilevanti disciplinarmente ("essa [contestazione di addebito] avrebbe (pure) potuto porre l'accento sul contenuto della missiva "incriminata" (in cui il Comandante Generale dell'Arma viene accusato, la citazione è pressoché testuale, di non essere *super partes*; ma di avere a cuore solo la sorte di chi gli è vicino"). Essa, cioè, non attrae alla sfera del "privato cittadino" il comportamento dei suoi iscritti, ammantando di "culturale" un rilievo mosso all'organizzazione del servizio da parte di chi quel determinato servizio è chiamato ad eseguire.
A tale riguardo l'art. 5, l. 11 luglio 1978, n. 382, applicabile *ratione temporis* al caso di specie, dopo avere ricordato (comma 3) che le regole di disciplina militare si applicano ai dipendenti "dal momento della incorporazione a quello della cessazione dal servizio

attivo", individua le "condizioni" in presenza delle quali il militare è da considerarsi tale. Esse sussistono quando gli interessati "a) svolgono attività di servizio; b) sono in luoghi militari o comunque destinati al servizio; c) indossano l'uniforme; d) si qualificano, in relazione a compiti di servizio, come militari o si rivolgono ad altri militari in divisa o che si qualificano come tali". Ove così non fosse, ovvero ove si riconoscesse la possibilità di dismettere temporaneamente l'uniforme, nel contempo ammantandosi della veste del privato cittadino per il solo tramite di un sodalizio, per quanto idealisticamente apprezzabili ne siano le finalità, per pretermettere le regole intrinseche dell'ordinamento di appartenenza, non è chi non veda la facilità di aggiramento delle stesse, con grave nocumento della funzionalità del sistema che anche dalla loro compattezza trae il proprio prestigio e la propria autorevolezza. Nel caso di specie, dunque, non soltanto il ricorrente, dipendente al momento della stesura della lettera all'Amministrazione della difesa, si è qualificato con il grado militare, ma egli si è rivolto al Comandante Generale dell'Arma, per dolersi di modalità gestionali inerenti il servizio, come tali in alcun modo qualificabili "culturali", ovvero "assistenziali". Ciò a prescindere finanche dalla voluta risonanza mediatica che si è inteso far avere alla rimostranza, nel momento in cui la relazione ha assunto la veste di un comunicato stampa, chiunque sia stato incaricato dell'inoltro agli organi competenti. La violazione della circolare sui rapporti con la stampa, infatti, pure evocata dall'Amministrazione appellante, serve a maggiormente contestualizzare la condotta addebitata al militare, ma non è stata oggetto di specifico addebito, al pari della ricordata appartenenza associativa. Essa dunque, pur aggravando complessivamente il disvalore dell'illecito per come oggettivamente percepibile, se anche ha assunto un qualche rilievo nel procedimento disciplinare, ciò è da intendersi limitatamente alla conferma *per tabulas* che non si è seguita la via gerarchica nell'inoltro. Infine, l'asserita inutilità di qualsivoglia reclamo incanalato correttamente per quel tramite, in quanto destinato a finire comunque nel nulla (l'evocato *fin de non recevoir*, aulicamente richiamato in sentenza), oltre che inconferente, appare alla Sezione immotivatamente critico di una prassi neppure documentata, e contraddittoriamente finanche giustificata (stante che "giustamente" l'Amministrazione avrebbe opposto la diplomatica formula soprassessoria in non meglio precisati "casi analoghi").

37.8. Militare della Guardia di finanza attinto da una condanna penale definitiva, non condizionalmente sospesa.

Con sentenza 21 gennaio 2020, n. 486 la sez. IV ha affermato che ai sensi degli artt. 866 e 2149, comma 8, cod. mil., applicabile anche al Corpo della Guardia di finanza, nei casi in cui un militare della Guardia di finanza sia attinto da una condanna penale definitiva, non condizionalmente sospesa, per reato militare o per delitto (comune) che comporti la pena accessoria della rimozione, l'effetto giuridico della rimozione si produca di pieno diritto, senza che sia necessario instaurare il procedimento disciplinare o, eventualmente, proseguire il procedimento in precedenza già avviato.

Ha ricordato la Sezione che la rimozione costituisce una pena militare accessoria (art. 24 c.p.m.p.). Essa si applica a tutti i militari rivestiti di un grado appartenenti a una classe superiore all'ultima; è perpetua, priva il militare condannato del grado e lo fa discendere

alla condizione di semplice soldato o di militare di ultima classe. La condanna alla reclusione militare, salvo che la legge disponga altrimenti, importa la rimozione quando è inflitta per durata superiore a tre anni (art. 29 c.p.m.p); di regola, decorre, ad ogni effetto, dal giorno in cui la sentenza è divenuta irrevocabile (art. 34 c.p.m.p.).
A tenore dell'art. 33 c.p.m.p. la rimozione, inter alia, si applica *ex lege* ai casi in cui la pena della reclusione cui sia stato condannato, in sede penale, il militare debba essere sostituita, in fase esecutiva, con la pena della reclusione militare.
La Sezione ha osserva, incidentalmente, che la rimozione (e le misure interdittive equiparabili) e, proprio in quanto produce, quale effetto ineludibile, specifico e caratteristico, la perdita del grado, determina conseguentemente ed automaticamente, a valle, ai sensi dell'art. 923, comma 1, lett. i], cod.ord.mil., la cessazione del rapporto d'impiego.
Del resto, la Corte costituzionale (cfr. sentenza n. 268 del 2016), nel dichiarare costituzionalmente illegittimi gli articoli 866, comma 1, 867, comma 3 e 923, comma 1, lettera i], cod.ord.mil. "nella parte in cui non prevedono l'instaurarsi del procedimento disciplinare per la cessazione dal servizio per perdita del grado conseguente alla pena accessoria della interdizione temporanea dai pubblici uffici", ha espressamente e specificamente valorizzato, a sostegno della decisione di accoglimento, il carattere "provvisorio e, quindi, tale da non escludere la prosecuzione del rapporto momentaneamente interrotto" proprio della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici.
Vi sono, dunque, evidenti ragioni per ritenere il *decisum* della Corte non estensibile alle conseguenze delle pene accessorie di carattere perpetuo, quali l'interdizione perpetua dai pubblici uffici (art. 28 c.p.), l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego (art. 32-quinquies c.p.) e, appunto, la rimozione.
Con specifico riferimento all'interdizione perpetua dai pubblici uffici ed all'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego, infatti, nell'arresto citato supra la Corte ha espressamente sostenuto, con argomentazioni perfettamente riferibili anche all'ipotesi della rimozione, che "solo eccezionalmente l'automatismo [della destituzione del militare] potrebbe essere giustificato: segnatamente quando la fattispecie penale abbia contenuto tale da essere radicalmente incompatibile con il rapporto di impiego o di servizio, come ad esempio quella sanzionata anche con la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici ex art. 28, secondo comma, cod. pen. (sentenze n. 286 del 1999 e n. 363 del 1996) o dell'estinzione del rapporto di impiego *ex* art. 32-*quinquies* c.p..
Queste ragioni di incompatibilità assoluta con la prosecuzione del rapporto di impiego – che giustifica l'automatismo destitutorio non come sanzione disciplinare, ma come effetto indiretto della pena già definitivamente inflitta – non sussiste in relazione all'interdizione temporanea dai pubblici uffici *ex* art. 28, terzo comma, cod. pen., connotata per definizione da un carattere provvisorio e, quindi, tale da non escludere la prosecuzione del rapporto momentaneamente interrotto".
Le esposte considerazioni consentono di ritenere superate le argomentazioni svolte nella precedente pronuncia della Corte costituzionale n. 363 del 1996, oltretutto riferite ad un *corpus* normativo frattanto abrogato.
La Sezione ha escluso che ci siano ragioni per sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 2149, comma 8, cod. ord. mil..

La disposizione, come visto, fa salvo "quanto previsto dall'articolo 866": questa disposizione, a sua volta, fa riferimento a condanne per un reato che "comporti la pena accessoria della rimozione o della interdizione temporanea dai pubblici uffici, oppure una delle pene accessorie di cui all'articolo 19, comma 1, numeri 2) e 6) del codice penale".
Il riferimento, dunque, non è a condanne che esplicitamente irroghino, tra l'altro, la pena accessoria della rimozione, ma a condanne che "comportino", di diritto, siffatta pena accessoria.
In sostanza, la norma che si trae dall'articolo in commento dimostra chiaramente, tramite l'esposta scelta lessicale, di prescindere dal tenore letterale della sentenza di condanna e di guardare, viceversa, alle relative conseguenze in diritto.
Del resto, in una più ampia visione sistemica, la rimozione, quale pena accessoria perpetua che opera *ope legis*, non *ope judicis* e che è predeterminata nella specie e nella durata, trova (*recte*, deve trovare) applicazione indipendentemente dalla relativa menzione nella sentenza di condanna.

37.9. Sanzione disciplinare irrogata al Carabiniere dalla stessa persona fisica oggetto del comportamento del militare, per cui è stata irrogata la sanzione.
Con sentenza 9 marzo 2020, n. 1654 la sez. II ha affermato, con riferimento alla impugnazione di una sanzione disciplinare a carico di un militare dell'Arma dei carabinieri, irrogata dalla stessa persona fisica oggetto del comportamento del militare, per cui è stata irrogata la sanzione, che il principio di terzietà e di obiettività dell'azione amministrativa superi la previsione legislativa della competenza al comandante di reparto, in quanto il principio di imparzialità, sancito dall'art. 97 Cost., ha portata generale e di questo l'obbligo di astensione rappresenta un corollario che non tollera alcun tipo di compressione ed ha quindi carattere immediatamente e direttamente precettivo.
Ha chiarito la Sezione che l'obbligo di astensione rinviene la sua ragione giustificativa nel pieno rispetto del principio costituzionale del buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa sancito dall'art. 97 Cost., posto a tutela del prestigio della Pubblica amministrazione e che non tollera alcun tipo di compressione (Cons. St., sez. II, 21 ottobre 2019, n. 7113).
Tali orientamenti non possono non trovare applicazione anche rispetto all'ordinamento militare ed in particolare nei procedimenti sanzionatori, considerato anche che la consolidata giurisprudenza ritiene che l'individuazione della sanzione applicabile in ragione dell'illecito disciplinare nonché la valutazione in ordine alla gravità dei fatti addebitati costituisca, nell'ambito delle indicazioni fornite dal legislatore, espressione di un potere discrezionale dell'Amministrazione, censurabile da parte del giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità, solo per difetto di motivazione ovvero per eccesso di potere per illogicità o irragionevolezza, escludendo ogni sostituzione e/o sovrapposizione di criteri valutativi diversi (Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 2019, n. 7335; id. 9 marzo 2018, n. 1507; id. 22 marzo 2017, n. 1302).
Costituisce principio generale per l'esercizio di un potere amministrativo, in particolare discrezionale, l'imparzialità del soggetto che adotta il provvedimento finale.

Deve, infatti, essere richiamato l'art. 6 *bis*, l. 7 agosto 1990 n. 241, inserito dall'art. 1, comma 41, l. 6 novembre 2012, n. 190, non immediatamente applicabile alla presente fattispecie, ma utile quale ausilio interpretativo dell'ambito di estensione del principio di imparzialità, per cui "il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale".

37.10. Rimborso delle spese legali per gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria in relazione al procedimento disciplinare davanti alla commissione di disciplina.
La sez. II, con sentenza 4 maggio 2020, n. 2841, ha affermato che l'art. 18, d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito nella l. 23 maggio 1997, n. 135, che prevede il rimborso delle "spese legali relative a giudizi per responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi nei confronti di dipendenti di amministrazioni statali in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali" non è applicabile al procedimento davanti alla commissione di disciplina, previsto dagli artt. 16 e ss. delle Disposizioni di attuazione del codice di procedura penale per gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, trattandosi di procedimento di natura disciplinare.
Ad avviso della Sezione tale norma si interpreta nel senso che la spettanza del rimborso è subordinata ad una duplice condizione a) l'esistenza di un giudizio, promosso nei confronti del dipendente, conclusosi con un provvedimento che abbia definitivamente escluso la sua responsabilità; b) la sussistenza di un nesso tra gli atti e i fatti ascritti al dipendente e l'espletamento del servizio e l'assolvimento degli obblighi istituzionali.
Il "giudizio" in base alla lettera della legge non può, dunque, che essere ricondotto ad un procedimento giurisdizionale, civile, penale, o davanti alla Corte dei Conti.
Trattandosi del riconoscimento di un beneficio di carattere economico a carico dell'erario previsto dal legislatore per i dipendenti pubblici, la relativa disciplina non può essere estesa in via analogica ad altre fattispecie e a differenti presupposti.
Le disposizioni dell'art. 18, d.l. n. 67 del 1997 e le analoghe disposizioni previste per gli enti locali non sono suscettibili di interpretazione analogica, né estensiva, trattandosi di "materia disciplinante, secondo parametri di rigore e tassatività, le modalità ed i presupposti sostanziali di impiego di denaro pubblico" (cfr. Cass. civ., sez. III, 25 settembre 2014, n. 20193, con riguardo al rimborso delle spese di un procedimento penale richiesto da un assessore comunale, non legato da un rapporto organico di dipendenza con l'ente).
La stessa Sezione ha giudicato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, d.l. n. 67 per la mancata previsione del rimborso delle spese sostenute per la difesa anche nel procedimento davanti alla commissione di disciplina, di cui agli artt. 16 e segg. delle Disposizioni di attuazione del codice di procedura penale in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., rientrando la disciplina del rimborso delle spese legali nella discrezionalità del legislatore, che deve contemperare la tutela dei dipendenti pub-

blici con le esigenze dei limiti della spesa pubblica, e non essendo il procedimento disciplinare soggetto alla medesima tutela costituzionale dei procedimenti giurisdizionali ma al rispetto del nucleo essenziale del principio del contraddittorio
La Sezione ha escluso che siano configurabili profili di incostituzionalità della norma.
Con riferimento all'art. 24 Cost. è evidente che non sussiste alcuna violazione di tale disposizione, trattandosi di un procedimento disciplinare amministrativo non integralmente coperto da tale norma a tutela del diritto di difesa nei procedimenti giurisdizionali.
La Corte costituzionale ha, infatti, affermato che la garanzia costituzionale del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. si dispiega nella sua pienezza solo rispetto ai procedimenti giurisdizionali, e non può, quindi, essere invocata in materia di procedimento disciplinare che, viceversa, ha natura amministrativa e sfocia in un provvedimento non giurisdizionale, rispetto ai quali si riflette in maniera attenuata con il rispetto delle norme che regolano il procedimento amministrativo relative alla imparzialità, alla trasparenza e alla partecipazione (sentenze n. 505 del 14 dicembre 1995; n. 460 del 3 novembre 2000).
In particolare, nei procedimenti disciplinari che possono concludersi con sanzioni afflittive delle condizioni di vita della persona, incidendo in maniera determinante sulla sfera lavorativa delle stessa, si richiede il rispetto delle garanzie procedurali per la contestazione degli addebiti e per la partecipazione dell'interessato al procedimento, in quanto, in base ai principi che ispirano la disciplina del "patrimonio costituzionale comune" relativo al procedimento amministrativo, desumibili dagli obblighi internazionali (art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), dall'ordinamento comunitario (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e dalla legislazione nazionale (l. n. 241 del 1990), vanno garantiti all'interessato alcuni essenziali strumenti di difesa, quali la conoscenza degli atti che lo riguardano, la partecipazione alla formazione dei medesimi e la facoltà di contestarne il fondamento e di difendersi dagli addebiti (sentenza n. 182 del 30 maggio 2008, che ha escluso la violazione dell'art. 24 della Costituzione per la mancata previsione della possibilità di nominare quale difensore un avvocato nei procedimenti disciplinari degli appartenenti all'amministrazione di pubblica sicurezza, in quanto, "anche se il legislatore potrebbe nella sua discrezionalità prevederla seguendo un modello di più elevata garanzia… la norma consente all'inquisito di partecipare al procedimento e di difendere le proprie ragioni").
Con particolare riferimento al procedimento disciplinare relativo ai dipendenti delle forze armate, la Corte ha affermato che il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. non si estende, nel suo pieno contenuto, oltre la sfera della giurisdizione sino a coprire ogni procedimento contenzioso di natura amministrativa, nel quale tuttavia deve essere salvaguardata "una possibilità di contraddittorio" che garantisca il nucleo essenziale di valori inerenti ai diritti inviolabili della persona quando possono derivare per essa sanzioni che incidono su beni, quale il mantenimento del rapporto di servizio o di lavoro, che hanno rilievo costituzionale (sentenza n. 356 del 24 luglio 1995).
Rispetto a tale consolidata giurisprudenza costituzionale - che ha ricondotto il diritto di difesa, nell'ambito dei procedimenti disciplinari amministrativi, al nucleo essenziale del

rispetto del principio del contraddittorio, tramite la previa contestazione degli addebiti e la possibilità di partecipazione al procedimento - non può quindi ritenersi che dall'art. 24 Cost. discenda un vincolo per il legislatore di assicurare per i dipendenti pubblici sottoposti ad un procedimento disciplinare, pur se connotato da alcuni risvolti peculiari, quale quello previsto dalle Disp. att. c.p.p. in relazione alla specialità delle funzioni svolte, la medesima disciplina, oltretutto di carattere economico, prevista per i procedimenti giurisdizionali.
Quanto alla lamentata irragionevolezza, la scelta di ampliare il beneficio del rimborso delle spese legali anche al di fuori delle ipotesi già previste dalla legge appartiene evidentemente alla discrezionalità del legislatore, che nel caso di specie, non si può ritenere essere stata esercitata in maniera manifestamente illogica o irragionevole, tenuto conto della diversa natura del procedimento giurisdizionale rispetto a quello disciplinare e della esigenza di contemperare la tutela dei dipendenti pubblici con quelle generali dei limiti della spesa pubblica (cfr. Cass. civ., SS.UU., 6 luglio 2015, n. 13861, che con riferimento alla disciplina dell'art. 18, d.l. n. 67 del 1997 e alla compatibilità costituzionale del giudizio di congruità da parte dell'Avvocatura dello Stato, ha richiamato il "dovere del legislatore di tener conto delle esigenze di finanza pubblica, che impongono di non far carico all'erario di oneri eccedenti quanto è necessario, e al contempo sufficiente, per soddisfare gli interessi generali e i doveri giuridici che presidiano l'istituto del rimborso spese").

38. Sport.
La sez. V, con sentenza 24 febbraio 2020, n. 1367, ha giudicato legittima la decisione del Commissario Straordinario della Federazione Italiana Gioco Calcio (FIGC), che a fronte dello stallo dovuto alla concomitante pendenza di contrapposti ricorsi innanzi agli organi della giustizia sportiva (contro l'esclusione dal Campionato, da una parte, nonché contro le regole che avrebbero dovuto governare le procedure di integrazione dell'organico, dall'altra) ha modificato l'organico del Campionato di Serie B 2018-2019, portandolo da 22 a 19 squadre, conseguentemente disponendo di non procedere all'integrazione dell'organico di tale Campionato.
Ha chiarito la Sezione che la decisione del Commissario straordinario di definire una volta per tutte la composizione del Campionato 2018/2019 nell'imminenza del suo inizio non appariva – anche in ragione di un'immanente ragione di effettività e tempestività delle manifestazioni sportive organizzate in campionati – illogica né abnorme, ma coerente con l'obiettivo di razionalmente assicurare la buona amministrazione dell'attività federale, nelle more della ricostituzione degli organi interni della FIGC: per effetto di una serie di ricorsi promossi da alcune società calcistiche nei confronti – da un lato – di provvedimenti di esclusione e – dall'altro – dei criteri con cui procedere ad eventuali integrazioni di organico, si era infatti venuta a creare una grave situazione di stallo potenzialmente idonea a compromettere il regolare ed ordinato avvio (e di riflesso il successivo svolgimento) della stagione calcistica.
Sotto il profilo procedurale, infine, la modifica del format del Campionato 2018/2019 risulta essere stata posta in essere nel rispetto di quanto previsto dall'art. 27, comma 3,

lett. d) dello Statuto della FIGC, avendo in particolare il Commissario esercitato i poteri del Consiglio federale, d'intesa con la sola Lega interessata (la Lega Nazionale Professionisti di Serie B), incidendo l'azione intrapresa solamente sul relativo Campionato, sentite le componenti tecniche – AIC ed AIAC – che dovevano essere consultate (peraltro senza aver titolo a manifestare un formale assenso vincolante alla modifica).

39. Giochi.

La sez. IV, con ordinanza 31 agosto 2020, n. 5299 ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se sia compatibile con l'esercizio della libertà di stabilimento garantita dall'art. 49 del TFUE e con l'esercizio della libera prestazione di servizi garantita dall'art. 56 TFUE l'introduzione di una normativa quale quella contenuta nell'art. 1, comma 649, l. 23 dicembre 2014, n. 190, la quale riduca aggi e compensi solo nei confronti di una limitata e specifica categoria di operatori, ovvero solo nei confronti degli operatori del gioco con apparecchi da intrattenimento, e non nei confronti di tutti gli operatori del settore del gioco; se sia compatibile con il principio di diritto europeo della tutela del legittimo affidamento l'introduzione di una normativa quale quella sopra citata, contenuta all'art 1, comma 649, l. n. 190 del 2014, la quale per sole ragioni economiche ha ridotto nel corso della durata della stessa il compenso pattuito in una convenzione di concessione stipulata tra una società ed un'amministrazione dello Stato Italiano.

Ha ricordato la Sezione che la gestione degli apparecchi per cui è causa è organizzata così come segue. Gli apparecchi AWP sono installati presso esercizi commerciali, tipicamente bar e tabaccherie, detti "esercenti" in base al nomenclatore unico, e sono generalmente acquistati o noleggiati da operatori terzi, che sempre in base al nomenclatore unico, sono detti "gestori" e si occupano anche dell'installazione e della manutenzione. Gli apparecchi VLT sono invece gestiti direttamente dal concessionario, che li mette a disposizione dell'esercente, di solito una sala giochi apposita, senza in questo caso l'intermediazione del gestore, e quindi con una filiera più corta. I rapporti fra il concessionario e l'Agenzia sono disciplinati dalla convenzione di concessione approvata contestualmente agli atti di gara, che il concessionario deve sottoscrivere; i rapporti tra concessionari, gestori ed esercenti sono regolamentati invece da contratti di diritto privato che però non rispondono a modelli tipo in qualche modo redatti o approvati dall'Agenzia (fatto notorio).

Posto il sistema di gestione così organizzato, il compenso del concessionario è determinato in base a quanto stabilisce il bando di gara.

In concreto, prima del provvedimento per il quale è processo, il calcolo avveniva così come segue. Dal totale complessivo delle giocate, si andavano a sottrarre: a) le vincite da pagare ai giocatori, non inferiori a una data percentuale delle giocate, stabilita dall'amministrazione; b) gli importi dovuti agli altri operatori della filiera, ovvero ai gestori e agli esercenti di cui si è detto, sulla base dei contratti di diritto privato con gli stessi stipulati dal concessionario; c) il canone di concessione dovuto all'Agenzia; d) le imposte, rappresentate in questo caso da un'imposta sostitutiva, pari ad una certa percentuale delle vincite, prevista dal citato art. 14 bis, d.P.R. n. 640 del 1972 e denominata "prelievo erariale unico" ovvero PREU. Il risultato è il ricavo netto del concessionario, dal quale

questi, per determinare il proprio utile, deve ancora sottrarre i costi aziendali (fatto notorio).
La Sezione ha ritenuto di sollevare anzitutto la questione di compatibilità con il diritto dell'Unione, perché in linea di fatto il gioco lecito è un settore economico rilevante per tutto il relativo mercato, e non soltanto per quello nazionale: è quindi opportuno, a fini di chiarezza e certezza del diritto, promuovere per primo il rinvio il cui esito ha conseguenze di più ampia portata, valide appunto per tutta l'Unione.
La giurisprudenza della Corte di Giustizia ritiene in generale che costituiscano restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libertà di prestazione dei servizi tutte le misure le quali abbiano l'effetto di vietarne, ostacolarne o anche semplicemente renderne meno attraente l'esercizio, e che ciò in particolare valga per le misure che incidono sull'attività già avviata da un concessionario dell'Amministrazione, le quali gli impediscano di far fruttare il proprio investimento: per tutte, come relative al gioco lecito, le sentenze Corte di Giustizia, sez. I, 11 giugno 2015, C-98/14 Berlington Hungary e sez. I, 20 dicembre 2017 C-322/16 Global Starnet già citata.
La giurisprudenza della Corte di giustizia ritiene altresì che gli Stati membri possano introdurre restrizioni alle libertà garantite dagli articoli citati, in particolare nel settore del gioco d'azzardo lecito, che qui rileva. Nello specifico, la Corte ha infatti rilevato da un lato che si tratta di materia non armonizzata, per cui nel disciplinarla gli Stati membri sono titolari di un ampio potere discrezionale per determinare il livello di tutela dei consumatori e dell'ordine sociale ritenuto più appropriato; dall'altro lato che si tratta di una materia nella quale sussistono tra gli Stati membri stessi notevoli divergenze di ordine morale, religioso e culturale, le quali rendono probabile l'esercizio concreto di questo potere: per tutte, la sentenza sez. II, 8 settembre 2016 , C 225/15 Politanò. Nondimeno, anche nella materia in esame le restrizioni introdotte dagli Stati membri devono rimanere entro i limiti individuati dalla giurisprudenza di codesta Corte, devono cioè essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale ed essere proporzionate allo scopo da raggiungere in tal senso: così, sempre per tutte, le citate sentenze 11 giugno 2015, C-98/14 Berlington Hungary, 8 settembre 2016, C 225/15 Politanò e 20 dicembre 2017, C-322/16 Global Starnet.
Viene in questione anche il principio di tutela dell'affidamento, che non è esplicitamente previsto dal TFUE o da altri testi normativi dell'Unione, ma come è pure ben noto è stato individuato dalla Corte di giustizia come uno dei "principi generali comuni ai diritti degli Stati membri" di cui all'art. 340 TFUE fin dalla sentenza 3 maggio 1978, C-112/72 Topfer. Il principio in questione va inteso in particolare come interesse del privato alla certezza e prevedibilità del quadro normativo entro il quale si svolgono i rapporti in corso: in tal senso, esso non impedisce le modifiche in senso sfavorevole, ma impone di procedervi con modalità garantistiche; in particolare, la Corte di giustizia ha ritenuto possibili le modifiche ad un rapporto siffatto che siano prevedibili da parte di un operatore economico prudente: per tutte, già la sentenza 8 giugno 1977, C-97/76 Merkur.
Vi sono dubbi sulla compatibilità della sopra citata normativa nazionale con il diritto dell'Unione, nei termini di seguito esposti.

In primo luogo, la misura disposta da ultimo con i commi 920 e 921 dell'art. 1, l. n. 208 del 2015 comporta che la ricorrente appellante debba subire un prelievo economico dai propri bilanci, nella misura determinata dal decreto 15 gennaio 2015, n. 388, e con effetto retroattivo, nel senso che il prelievo attuato ed imposto nel 2015 colpisce i ricavi maturati nel 2014. Si tratta quindi di una restrizione alle libertà garantite dagli artt. 49 e 56 TFUE sopra citati, nel senso che il prelievo viene a rendere meno attraente l'attività oggetto di concessione che la ricorrente appellante esercita.
È però dubbio che la misura in questione si possa qualificare come ispirata dai motivi imperativi di interesse generale che la renderebbero legittima.
La giurisprudenza della Corte ha più volte affermato che fra i motivi imperativi citati non si ricomprendono le semplici esigenze dello Stato membro di incrementare il proprio gettito fiscale, senza che con ciò si raggiungano obiettivi diversi ed ulteriori: per tutte, la già citata sez. I 11 giugno 2015 C-98/14 Berlington Hungary, relativa proprio ad un'imposizione fiscale sul gioco lecito, nonché le sentenze Grande sezione 7 settembre 2004, C-319/02 Manninen e 16 luglio 1998, C-112/77 ICI, che affermano il principio per gli interventi fiscali in generale.
Nel caso di specie, la misura in esame ad avviso di questo Giudice appare ispirata esclusivamente ad un'esigenza economica di aumentare gli introiti dello Stato, e quindi di "fare cassa" in base anzitutto all'esplicita dichiarazione contenuta nella norma base, ovvero nel comma 649 dell'art. 1, l. n.190 del 2014, che il comma 920 sopra citato ha abrogato, e quindi reso applicabile solo per il 2015, nel senso che l'intervento ha fini di "concorso al miglioramento degli obiettivi di finanza pubblica". Non vale poi in senso contrario, sempre ad avviso di questo Giudice, quanto afferma la frase successiva, ovvero che l'intervento sarebbe motivato anche "in anticipazione del più organico riordino della misura degli aggi e dei compensi spettanti ai concessionari e agli altri operatori di filiera nell'ambito delle reti di raccolta del gioco per conto dello Stato, in attuazione dell'art. 14, comma 2, lett. g), l. 11 marzo 2014, n. 23" ovvero della legge delega per il riordino del settore, di cui si è detto, in quanto come si è visto essa non ha avuto alcuna altra attuazione.
Per avere un termine di paragone, si ricorda che la sentenza sez. I 20 dicembre 2017, C-322/16 Global Starnet della Corte di giustizia ha invece giudicato conforme al diritto europeo un precedente intervento del legislatore nazionale sugli stessi rapporti di concessione, ovvero l'intervento operato in base all'art. 1, commi 77-83, l. n. 220 del 2010, cui si è accennato, che aveva modificato, in sintesi estrema, la durata delle concessioni in corso e richiesto maggiori garanzie di solidità e regolarità di condotta ai concessionari.
Le misure in questione comportavano sicuramente un aggravio economico per i concessionari stessi, ma sono state giudicate conformi a validi motivi di interesse generale, identificati con l'intento di migliorare la solidità economica e finanziaria dei concessionari e di accrescere la loro onorabilità e la loro affidabilità, e quindi di lottare contro la criminalità che in questo settore intende infiltrarsi. È però evidente che per un prelievo economico puro e semplice nessuno di questi motivi è configurabile.
In secondo luogo, la misura in esame appare adottata anche in contrasto con il principio di tutela dell'affidamento.

Sotto quest'ultimo profilo, è anzitutto evidente che essa va ad incidere sui rapporti di concessione già in corso, in modo da peggiorarne i termini economici, e quindi da alterare in modo a lui sfavorevole i calcoli di convenienza fatti dal concessionario nel momento in cui si è accordato con l'amministrazione concessionaria.
Fermo quanto si è detto sopra circa le motivazioni di carattere solo economico dell'intervento, si deve poi dire che esso appare non prevedibile per l'imprenditore prudente ed accorto, al quale non si può, a meno di circostanze del tutto particolari che qui non ricorrono, addossare l'onere di prevedere interventi autoritativi della controparte pubblica di un rapporto di concessione, che di per sé è vincolante al pari di un contratto, e quindi postula che le parti non lo possano rimettere in discussione unilateralmente.
Va fatta poi una considerazione di carattere comune. Quanto si è fin qui esposto, ad avviso di questo Giudice, non è rimesso in discussione dal carattere di intervento una tantum conferito alla misura dal comma 920 sopra citato, che mantiene la necessità di una pronuncia della Corte di Giustizia. Da un lato infatti nulla impedisce che il legislatore, con interventi successivi, possa riproporre una misura identica, che una pronuncia della Corte di giustizia potrebbe, a seconda dell'esito, avallare ovvero impedire. Inoltre, l'entità della misura in esame, anche se la si considerasse straordinaria e destinata a non ripetersi, è comunque considerevole.

Con sentenza 20 maggio 2020, n. 3195 la sez. IV ha affermato che il concessionario di una ricevitoria del gioco del lotto, dopo aver ritardato il versamento all'Erario dei proventi riscossi, persiste nel ritardo anche dopo aver ricevuto da parte dei Monopoli di Stato la diffida a versare prevista dal disciplinare allegato alla concessione, il rapporto fiduciario si considera venuto meno e l'Agenzia concedente non ha alcun margine di ulteriore apprezzamento sulla gravità dell'inadempimento, ma è tenuta senz'altro a revocare la concessione.
La Sezione ha superato il diverso orientamento della stessa Sezione (sentenza 25 gennaio 2018, n. 497) secondo cui, a fronte di ritardi nei versamenti dei proventi del gioco del lotto, l'Amministrazione deve valutare, ai sensi dell'art. 1455 c.c. il rilievo della violazione dell'obbligazione di cui alla concessione, in termini di effettiva e incidente gravità, ossia tenendo conto sia dell'elemento oggettivo della mancata prestazione nel quadro dell'economia generale del negozio, sia degli aspetti soggettivi rilevabili tramite una indagine unitaria sul comportamento del debitore e sull'interesse del creditore all'esatto adempimento.
Superando tale orientamento la Sezione ha ora affermato che la valutazione sulla consistenza dell'inadempimento tale da impedire la prosecuzione del rapporto concessorio è stata effettuata "a monte", nella previsione delle clausole del disciplinare (da inquadrarsi nel novero nel novero degli accordi tra i privati e l'Amministrazione, ai sensi dell'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241) - per cui nessuna ulteriore valutazione deve essere effettuata "a valle", vale a dire una volta avvenuto l'inadempimento considerato determinante dal disciplinare.

40. Giurisdizione.

Le sentenze in materia di giurisdizione sono molte e hanno riguardato diverse questioni.

40.1. Piano assistenziale individualizzato.

Il C.g.a., con sentenza 13 febbraio 2020, n. 114 ha affermato che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'attuazione di un Piano assistenziale individualizzato.

Ha chiarito il C.g.a. di essere conscio dell'esistenza di un contrasto, radicatosi ormai da tempo, sulle condizioni che governano il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in tutte le ipotesi in cui la questione riguarda l'esecuzione di servizi pubblici volti al soddisfacimento dei diritti dei disabili, come, ad es., nel caso di interventi di natura prevalentemente assistenziale, domiciliari ed extra domiciliari, a carico degli enti locali, finalizzati all'integrazione del disabile nel contesto socio culturale della comunità in cui vive, allo scopo di evitarne, per quanto possibile, l'ospedalizzazione; o nel caso di diritto all'istruzione di alunni disabili. Un contrasto che mina in radice l'effettività dei diritti dei disabili la cui difesa è garantita dalla predisposizione di adeguati strumenti di tutela giurisdizionale, sicché gli orientamenti di segno opposto sul riparto di giurisdizione con l'inevitabile corollario di sentenze spesso contraddittorie, non univoche, anche di questo stesso Consiglio, rappresentano una fonte di incertezza tale da configurare un vulnus per un pieno e satisfattivo accesso alla giustizia da parte di persone disabili.

Ha ricordato il C.g.a. che nella materia de qua si intrecciano da un lato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici (*ex* art. 133, comma 1, lett. c, c.p.a.), e, dall'altro lato, la giurisdizione del giudice ordinario in materia di condotte "discriminatorie" per motivi connessi alla disabilità, ai sensi degli artt. 1 ss., l. n. 67 del 2006, questione riservata alla giurisdizione ordinaria *ex* art. 28, d.lgs. n. 150 del 2011.

A favore della tesi della giurisdizione del giudice ordinario si è pronunciata la Cassazione a Sezioni unite a partire dalla sentenza n. 25011 del 2014 (i cui principi sono stati espressamente richiamati e ribaditi dalla sentenza 20 aprile 2017, n. 9966, nonché dall'ordinanza 28 febbraio 2017, n. 5060) fino alla recentissima ordinanza, n. 25101/2019, resa in sede di regolamento di giurisdizione, con la quale, ribaltando un proprio orientamento precedente al 2014, la Corte si è pronunciata a favore della giurisdizione del giudice ordinario in materia di tutela dei disabili, richiamando la normativa in materia di "discriminazione", ora anche nelle forme c.d. "indirette".

Diverso è invece l'orientamento del Giudice amministrativo, anche se non scevro di qualche oscillazione, il quale, rinvenendo il centro della questione nei criteri identificativi dell'ambito della giurisdizione esclusiva amministrativa sulle controversie relative all'erogazione di pubblici servizi e, in particolare, sull'estensione o meno della giurisdizione amministrativa esclusiva anche alla fase di attuazione ed esecuzione sia di un Progetto educativo individuale per un minore disabile (PEI), sia di un Programma assistenziale individualizzato (PAI), si è pronunciato a favore della tesi dell'appartenenza al Giudice amministrativo della giurisdizione in materia di tutela dei diritti dei disabili (Cons. St., sez. VI, ord., n. 4704 del 2015).

Un punto fermo al riguardo è stato posto dalla decisione n. 7 del 2016 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, secondo cui "al di fuori della peculiare situazione esaminata dalle Sezioni Unite (carente attuazione del PEI denunciata, in giudizio, come discriminatoria con il rito previsto dall'art. 28 d.lgs. cit.), l'ampiezza della latitudine della giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di servizi pubblici, segnalata dal carattere generale delle espressioni lessicali utilizzate all'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. ("relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione…in un procedimento amministrativo"), preclude qualsiasi esegesi riduttiva del perimetro della cognizione piena affidata al giudice amministrativa in materia di pubblici servizi (infatti non rinvenibile anche nella giurisprudenza più restrittiva delle Sezioni Unite), in difetto di qualsivoglia positiva ed esplicita eccezione che la autorizzi". Secondo l'Adunanza plenaria un'interpretazione che escludesse la giurisdizione del Giudice amministrativo in tale ipotesi "vanificherebbe irragionevolmente la ratio dell'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva sulle controversie relative ai pubblici servizi, agevolmente identificabile nell'esigenza di concentrare dinanzi ad una sola autorità giudiziaria (segnalata dall'uso dell'aggettivo "esclusiva" e dalla sua valenza semantica di "unica") la cognizione piena delle controversie relative ad una materia che, per sua stessa natura, implica un indecifrabile intreccio di diritti ed interessi legittimi, tra le posizioni incise dall'espletamento delle relative potestà pubbliche, e di evitare, quindi, un complicato ed incerto concorso di azioni, dinanzi a diverse autorità giudiziarie (restando confermato, per radicare la giurisdizione amministrativa, il necessario limite dell'esplicazione del potere pubblicistico per mezzo dell'adozione di un provvedimento amministrativo, secondo l'originaria e fondamentale statuizione della Corte Costituzionale, con la sentenza 6 luglio 2014, n. 204)".

Orientamento, questo dell'Adunanza plenaria, ripreso successivamente, sia dallo stesso C.g.a. (sent. n. 234, n. 245, n. 246 del 2016; n. 350 del 2017; n. 262 del 2019) sia dal Consiglio di Stato (sez. VI, n. 2023 del 2017), il quale ha affermato - riprendendo i principi posti dalla Cassazione a Sezioni unite a partire dalla sentenza n. 25011 del 2014 - la sussistenza della giurisdizione del giudice civile, quando l'interessato espressamente lamenti innanzi a tale giudice "un comportamento discriminatorio a proprio danno", e invece del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva quando il ricorrente abbia contestato atti e comportamenti in contrasto con la legge.

Da tale orientamento il Collegio non ravvisa ragioni di scostamento, neanche a seguito della recentissima ordinanza della Cassazione a Sezioni unite, n. 25101 del 2019.

Nella citata pronuncia, che riguarda la mancata attuazione del piano educativo individualizzato predisposto dai competenti organi in favore di un minore disabile, ma i cui principi sono applicabili in generale anche alle ipotesi di mancata o incompleta attuazione di un "programma assistenziale individualizzato (PAI), le Sezioni Unite per affermare la giurisdizione del giudice ordinario in materia di tutela dei disabili, hanno fatto leva su una duplice argomentazione:

a) la natura discriminatoria del comportamento dell'amministrazione, sia in forma diretta che nella forma c.d. indiretta, vietata dalla l. n. 67 del 2006, art. 2, per tale inten-

dendosi anche il comportamento omissivo dell'amministrazione pubblica nella predisposizione dei necessari presidi assistenziali discendenti dalle determinazioni contenute in un PAI;
b) il carattere "vincolato" delle determinazioni, nella fattispecie di cui si è occupata la Cassazione, dell'amministrazione scolastica, obbligata a dare attuazione alle determinazioni discrezionali del "piano educativo individualizzato". Nessun margine di discrezionalità, secondo il ragionamento della Corte, residua in questa fase all'amministrazione scolastica che, neanche in presenza di risorse economiche insufficienti, può ridurre l'entità delle ore di sostegno previste dal PEI.
Le Sezioni unite della Corte di cassazione escludono l'esistenza di un contrasto irreversibile in tema di riparto di giurisdizione nella materia *de qua* con il giudice amministrativo, circoscrivendo la divergenza alle sole ipotesi in cui il ricorrente non deduca in forma "esplicita" "un comportamento discriminatorio a proprio danno", rappresentando in giudizio gli elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti, in cui la discriminazione si concretizza, e che il giudice valuta nei limiti di cui al comma 1, dell'art. 2729 c.c., ai sensi del comma 3 della l. n. 67 del 2006. Secondo il Consiglio di Stato tale norma "prevede una fattispecie tipica devoluta alla giurisdizione del giudice civile ed ha il suo ambito di applicazione esclusivamente e tassativamente quando e solo quando l'interessato si rivolge al giudice rappresentando gli elementi di fatto in cui la discriminazione stessa si manifesta".
Per la Corte di cassazione "subordinare alla qualificazione giuridica della domanda la questione della giurisdizione appare un'opzione interpretativa che affida sostanzialmente al ricorrente la scelta del giudice competente".
Ha osservato che nel caso deciso dalle citate sez. un. il ricorso di primo grado era stato proposto davanti al tribunale civile ai sensi degli artt. 3 e 4, l. n. 67 del 2006 deducendosi appunto una condotta discriminatoria. In una siffatta ipotesi non si può certo escludere la giurisdizione del giudice ordinario.
Tuttavia nella decisione le sezioni unite affermano che anche in assenza di espressa deduzione di parte di una discriminazione, spetta al giudice qualificare la domanda e ravvisare, nella mancata assegnazione delle ore di sostegno, una discriminazione indiretta che radica la giurisdizione del giudice ordinario.
Ora, ad avviso del C.g.a., siffatta affermazione costituisce un *obiter dictum* non specificamente rilevante ai fini del decidere, posto che nel caso specifico non vi era un problema di riqualificazione della domanda, che già deduceva una discriminazione; tale *obiter dictum* non può pertanto ritenersi vincolante.
In secondo luogo, sebbene si debba condividere l'assunto che la qualificazione giuridica della domanda ad opera della parte non può incidere sulla giurisdizione, tuttavia è sempre necessario, nella qualificazione giuridica della domanda, avere riguardo alla effettiva volontà della parte avuto riguardo alle pretese dedotte in giudizio.
Occorre perciò sempre verificare se la parte abbia inteso o meno lamentare una discriminazione, diretta o indiretta che sia.

40.2. Rimborso delle cure effettuate all'estero.

La sez. III, con sentenza 21 ottobre 2020, n. 6371 ha affermato che rientra nella giurisdizione del giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto il diniego di autorizzazione ad effettuare cure mediche all'estero, atteso che il Decreto del Ministero della Sanità del 3 novembre 1989, che disciplina la materia, delinea un potere amministrativo il cui esercizio - anche ove voglia definirsi - intermedia la situazione giuridica soggettiva del cittadino che aspira ad ottenere cure gratuite all'estero, al fine di verificare il ricorrere di alcune specifiche condizioni prese in considerazione dalla legge a tutela dell'interesse pubblico al corretto utilizzo delle risorse e al buon andamento dell'amministrazione sanitaria.
La Sezione ha rilevato che la tesi, fatta propria dal giudice di primo grado, della non affievolibilità del diritto alla salute richiama la dottrina della degradabilità delle posizioni giuridiche, posizionate lungo una scala che dal grado "maggiore" del diritto soggettivo scende al grado "minore" dell'interesse legittimo per effetto dell'incisione provocata dall'azione amministrativa; essa è utilizzata per inferirne l'impermeabilità della posizione giuridica al potere, quantunque quest'ultimo sia legittimamente conferito all'amministrazione dalla legge.
La tesi, ha continuato la Sezione, è debitrice di una concezione dell'interesse legittimo largamente superata, in cui quest'ultimo è visto quale interesse occasionalmente protetto dall'ordinamento per finalità che esulano in tutto e in parte dall'interesse sostanziale cui il titolare aspira, in guisa che la massima utilità ricavabile dal processo è l'annullamento dell'atto (misura in grado di coniugare interesse pubblico e sia pur in via occasionale quello privato) e giammai il riconoscimento del bene della vita.
La teoria dei diritti che non degradano, e fra questi quella dei diritti fondamentali inaffievolibili, nasce, invero, per dare tutela effettiva al "bene della vita", in una fase storica in cui la posizione di semplice interesse legittimo non era sufficiente a cagione delle limitazioni che caratterizzavano il processo amministrativo da una parte, e per la stessa connotazione dell'interesse legittimo quale interesse non direttamente protetto dall'ordinamento dall'altra.
Ha evidenziato ancora la Sezione come la protezione dell'interesse legittimo ha nel contempo guadagnato in "effettività".
Il Codice del processo amministrativo - espressamente finalizzato a garantire una tutela piena ed effettiva "secondo i principi della Costituzione e del diritto Europeo" prefigura un sistema aperto di tutele e non di azioni tipiche, "il quale riflette l'esigenza di una tutela conformata non alla situazioni giuridiche sostantive (secondo la tradizione romanistica) bensì al bisogno differenziato di tutela dell'interesse protetto, il cui grado e la cui intensità sono spesso definiti *ex post* dal giudice e non *ex ante*" (Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321).
Per quanto permanga la centralità della struttura impugnatoria, il c.p.a. valorizza al massimo grado le potenzialità cognitive dell'azione di annullamento attraverso istituti che consentono di concentrare nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita, sino a prevedere l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento quando si tratta di attività vincolata o

quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione (art. 34, comma 1, lett. c, e 31, comma 3, c.p.a.). È altresì oramai acclarato che il controllo di legittimità del giudice amministrativo importi un sindacato pieno sul fatto (Cass. civ., SS.UU., 9 marzo 2020, n. 6691; id. 7 settembre 2020, n. 18592) e che, in definitiva, la giurisdizione sia piena, nel senso che il giudice ha il potere di riformare in qualsiasi punto, in fatto come in diritto, la decisione impugnata resa dall'autorità amministrativa.

In questo percorso è entrata anche la Corte costituzionale. In essa è rinvenibile un chiaro e lineare percorso teso a negare che le situazioni giuridiche fondamentali possano essere, in ragione di ciò solo, sottratte al giudice amministrativa in forza del predetto assioma della inaffievolibilità delle stesse dinanzi al potere amministrativo. A partire dalla sentenza n. 204 del 2004, la Corte, basando sul principio di "parità delle situazioni soggettive" configura il giudice amministrativo come giudice ordinario degli interessi legittimi e tende a configurare la giurisdizione amministrativa come giurisdizione sulle controversie in cui sia coinvolta l'amministrazione come autorità, superando ogni possibile distinguo ancorato, in punto di giurisdizione allo, spessore e alla pregnanza dell'interesse sostanziale del quale è chiesta tutela.

Questa tendenza è confermata dalla sentenza n. 140 del 2007, in cui la Corte afferma esplicitamente che non esiste alcuna norma o principio che escluda la devoluzione al giudice amministrativo della cognizione dei diritti fondamentali, i quali, sul piano del riparto, sono omologati ai diritti in genere; con la sentenza n. 35 del 2010, la Corte, giunge ad affermare che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo può riguardare "particolari materie" in cui manchi il nodo gordiano dell'intreccio tra diritti e interessi e ben può riguardare soltanto diritti purchè ineriscano ad una sfera giuridica privata interferita da un pubblico potere legittimamente attribuito.

Suddetta linea di riparto è stata pienamente recepita dalle Sezioni Unite le quali hanno ribadito il "principio, già affermato da questa Suprema Corte (Cass. n. 27187 del 2007, resa a sezioni unite), secondo cui anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 Cost.) - allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della p.a. di cui sia denunciata la illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, come quella della gestione del territorio - compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre, nonché alla emissione dei relativi provvedimenti cautelari, che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti" (Cass. civ., SS.UU., 5 marzo 2010, n. 5290).

La Sezione ha rilevato che non c'è nella dinamica delle posizioni giuridiche alcun fenomeno di degradazione: diritti soggettivi e interessi legittimi piuttosto convivono tutte le

volte in cui l'interesse sostanziale di cui la persona è titolare è protetto nella vita di relazione e al contempo il suo godimento è conformato dalla legge attraverso la previsione di un potere pubblico che ne assicuri la compatibilità rispetto agli interessi della collettività.
I diritti sociali, a differenza dei diritti di libertà, traducendosi nella pretesa di una prestazione pubblica, necessitano, a seconda del grado di impatto sugli interessi pubblici potenzialmente antagonisti e in considerazione della scarsità delle risorse economiche e materiali disponibili, di una mediazione amministrativa. Una volta che il potere è stato attribuito, è al corretto esercizio di questo che deve aversi riguardo per fornire piena tutela al titolare dell'interesse sostanziale (e in ciò risiede l'essenza dell'interesse legittimo), senza che possa darsi ultroneo rilievo alla natura "fondamentale" o "sociale" della situazione giuridica.
Dinanzi alla pienezza di tutela che l'ordinamento oggi assicura, per il tramite della giurisdizione amministrativa, agli interessi fondamentali correlati ai diritti sociali, continuare a sostenere sotto l'ombrello teorico della non affievolibilità del diritto fondamentale, che il potere legalmente conferito alla pubblica amministrazione sia in quei casi *inutiliter datum*, equivarrebbe a qualificare la legge attributiva come incostituzionale, vieppiù irritualmente disapplicandola.
Con riferimento al caso di specie ha chiarito la Sezione che la fonte che disciplina il potere azionato dall'amministrazione è il Decreto del Ministero della Sanità del 3 novembre 1989 il quale, nel prevedere che ai cittadini italiani sono assicurate prestazioni assistenziali presso centri di altissima specializzazione all'estero, "conforma" il profilato diritto attribuendo il potere autorizzativo alle ASL sulla base della previa acquisizione del parere tecnico di un centro medico regionale di riferimento, precisando che "Possono essere erogate le prestazioni di diagnosi, cura e riabilitazione, che richiedono specifiche professionalità del personale, non comuni procedure tecniche o curative o attrezzature ad avanzata tecnologia e che non sono ottenibili tempestivamente o adeguatamente presso i presidi e i servizi di alta specialità italiani di cui all'art. 5 della legge 23 ottobre 1985, n. 595, nonché, limitatamente alle prestazioni che non rientrano fra quelle di competenza dei predetti presidi e servizi di alta specialità, presso gli altri presidi e servizi pubblici o convenzionati con il Servizio sanitario nazionale".
La disposizione non manca di dettagliare i concetti giuridici indeterminati contenuti nell'enunciato sopra riportato, precisando che "è considerata «prestazione non ottenibile tempestivamente in Italia» la prestazione per la cui erogazione le strutture pubbliche o convenzionate con il Servizio sanitario nazionale richiedono un periodo di attesa incompatibile con l'esigenza di assicurare con immediatezza la prestazione stessa, ossia quando il periodo di attesa comprometterebbe gravemente lo stato di salute dell'assistito ovvero precluderebbe la possibilità dell'intervento o delle cure… È considerata "prestazione non ottenibile in forma adeguata alla particolarità del caso clinico" la prestazione garantita ai propri assistiti dall'autorità sanitaria nazionale del Paese nel quale è effettuata che richiede specifiche professionalità ovvero procedure tecniche o curative non praticate, ma ritenute, in base alla letteratura scientifica internazionale, di efficacia superiore

alle procedure tecniche o curative praticate in Italia ovvero realizzate mediante attrezzature più idonee di quelle presenti nelle strutture italiane pubbliche o accreditate dal servizio sanitario nazionale".
Ha chiarito la Sezione che le disposizioni sopra riportate delineano un potere amministrativo il cui esercizio - anche ove voglia definirsi vincolato, sussumendo, com'è corretto che sia, le valutazioni tecniche ivi contemplate nell'area della complessità del "fatto" piuttosto che in quella della discrezionalità propriamente detta - intermedia la situazione giuridica soggettiva del cittadino che aspira ad ottenere cure gratuite all'estero, al fine di verificare il ricorrere di alcune specifiche condizioni prese in considerazione dalla legge a tutela dell'interesse pubblico al corretto utilizzo delle risorse e al buon andamento dell'amministrazione sanitaria.
Sgomberato il campo dalla teoretica dei diritti non affievolibili, la fattispecie non presenta alcun tratto peculiare che possa determinarne la sottrazione alla giurisdizione del giudice amministrativo in favore della giurisdizione ordinaria.

40.3. Pagamenti in misura ridotta delle sanzioni correlate ai controlli esterni in ambito sanitario.
La sez. III, con sentenza 25 giugno 2020, n. 4089 ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo nella controversia avente ad oggetto l'applicazione di una disposizione che regola il potere di ammissione al beneficio della riduzione di sanzioni correlate ai controlli esterni in ambito sanitario ai sensi dell'art. 9, commi 2, 3 e 4, l. reg. Lazio 28 dicembre 2018, n. 13, potere autoritativo peraltro previsto da una disciplina finalizzata alla riduzione del contenzioso, e dunque connesso a profili di gestione che involgono valutazioni tipicamente pubblicistiche sottese alla cura, nel modo migliore, dell'interesse della collettività di cui l'amministrazione è in questa materia attributaria.
Rientra invece nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto l'impugnazione della sanzione pecuniaria, nel caso di "inappropriatezza" dei ricoveri effettuati, in relazione all'entità della remunerazione dovuta ad una clinica privata accreditata presso il Servizio sanitario regionale, allorché venga in rilievo la "congruità" dei ricoveri effettuati.

40.4. Nomina del Direttore generale delle Aziende sanitarie e ospedaliere.
Con sentenza 4 febbraio 2020, n. 887 la sez. III ha riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo nel caso di impugnazione dell'atto di nomina del direttore generale delle aziende sanitarie e/o ospedaliere.
A tale conclusione la Sezione è pervenuta sul rilievo che l'atto di nomina del direttore generale delle aziende sanitarie e/o ospedaliere riflette la dignità giuridica di atto di alta amministrazione, con la conseguenza che l'aspirante non può vantare situazioni di diritto soggettivo rispetto al corrispondente potere di scelta, ma soltanto di interesse legittimo, venendo in discussione una relazione declinabile secondo il binomio potere/soggezione e non già secondo la coppia diritto-obbligo.
Inoltre, la natura peculiare, marcatamente autonoma, del rapporto di lavoro che si instaura tra l'Amministratore e il direttore nominato pone la controversia concernente

l'atto di investitura nettamente al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 63, d.lgs. n. 165 del 2001 e dei principi regolatori in esso compendiati.
In particolare, ha ricordato la Sezione che l'intervento del legislatore con il recente d.lgs. n. 171 del 2016 può essere letto come volto a riequilibrare i rapporti tra il vertice politico regionale e gli organi apicali delle aziende al fine di attenuare il legame genetico della nomina dei direttori generali ad una matrice esclusivamente " politica" onde orientare la scelta verso valutazioni di tipo prevalentemente tecnico professionale in vista della selezione di professionalità maggiormente competenti ed adeguate dal punto di vista tecnico a ricoprire l'incarico.
Peraltro le modifiche introdotte, sebbene attenuino l'impatto della componente fiduciaria, non la elidano del tutto dal momento che la designazione tuttora fonda la sua giustificazione nell'*intuitu personae* in evidente continuità con il previgente assetto normativo. Si è efficacemente evidenziato che gli spazi di autonomia politica riservati alla Giunta regionale nella scelta del direttore generale sono funzionali ad assicurare una fondamentale coerenza tra l'indirizzo politico regionale e la gestione aziendale (Cons. St., comm. spec., 5 maggio 2016, n. 1113).
Con riguardo a tale seconda fase - disciplinata oggi dall'art. 2, d.lgs. n. 171 del 2016 - si è, già in passato, evidenziato come venga in rilievo un provvedimento amministrativo autoritativo, ed esattamente un atto discrezionale di alta amministrazione, sicché l'aspirante non può vantare situazioni di diritto soggettivo rispetto alla nomina, ma soltanto di interesse legittimo, venendo in discussione non rapporti giuridici connotati dal binomio diritto-obbligo, ma esclusivamente la tipica relazione potere/soggezione che mira ad accertare la correttezza dell'azione amministrativa (Cass. civ., SS.UU., 11 febbraio 2003, n. 2065; C.g.a. 8 marzo 2005, n. 86).
Occorre, infatti, rammentare che la designazione del direttore generale viene effettuata dall'organo di indirizzo politico ed è, dunque, immune dalle contaminazioni rinvenienti dai concetti imprenditoriali propri del settore privato che, viceversa, ispirano, secondo una matrice aziendalistica, l'azione da questi condotta a partire dall'atto organizzativo e dalle successive nomine dirigenziali, cui è attribuita valenza negoziale siccome adottati con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro.
La nomina del direttore generale – nonostante la divisata procedimentalizzazione funzionale ad orientare la scelta in senso tecnico – professionale – mantiene un'ineludibile componente di natura fiduciaria, riflettendo una valenza eminentemente discrezionale siccome espressione della potestà di indirizzo e di governo delle Regioni nel settore sanitario.
In tal senso va qui confermato l'orientamento giurisprudenziale tradizionale secondo il quale l'affidamento delle funzioni di vertice delle Aziende sanitarie è fondato su un rapporto fiduciario *intuitu personae,* all'esito di un apprezzamento complessivo del candidato e senza alcuna valutazione comparativa rispetto agli altri aspiranti.
La natura peculiare, marcatamente autonoma (circostanza questa pacifica ed incontestata), del rapporto di lavoro che si instaura tra la p.a. e il direttore ASL nominato pone, peraltro, la controversia in argomento nettamente al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 63, d.lgs. n. 165 del 2001 e dei principi regolatori in esso compendiati, dovendo

escludersi profili di similitudine con la posizione dei lavoratori parasubordinati cui vengano attribuiti *ex* art. 7, d.lgs. n. 165 del 2001 incarichi funzionali alle medesime esigenze cui ordinariamente sono preordinati i lavoratori subordinati della pubblica amministrazione e, dunque, operanti ad un livello ed a condizioni nettamente diverse da quelle qui in rilievo.
Né appare condivisibile l'opzione esegetica privilegiata dal giudice di primo grado di estendere la portata applicativa di siffatta disciplina oltre il perimento delineato dal legislatore sulla premessa della assimilabilità, ai fini in questione, di ogni rapporto lavorativo a quelli ivi disciplinati.
Di contro, i rapporti in questione vengono espressamente identificati dal legislatore come rapporti di lavoro "alle dipendenze" delle amministrazioni pubbliche, dovendo comunque ricondursi al suddetto *genus* le ipotesi esemplificative menzionate nell'articolo 63 cit. che espressamente include "le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale".
In altri termini, la qualificazione come mere determinazioni negoziali degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali, siccome manifestazioni di gestione del rapporto di lavoro rispetto ai quali l'amministrazione stessa opera con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (art. 5, d.lgs. n. 165 del 2001), può ritenersi predicabile all'interno ovvero in funzione di un rapporto di lavoro subordinato (ancorchè costituendo) quale risultante dal processo normativo di privatizzazione compendiato nel suindicato testo normativo.
Ad una dimensione diversa e del tutto peculiare, come sopra anticipato, si ascrive l'atto di nomina del direttore generale, cui si riconnette l'emersione di un rapporto di lavoro autonomo, rispetto al quale non è, dunque, possibile esportare, con inaccettabile pretesa di automaticità, il suindicato modello legale.
La natura autonoma del rapporto costituisce il presupposto di tutte le decisioni delle Sezioni unite, che hanno operato il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo secondo il criterio generale del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo, escludendo, di conseguenza, la configurabilità di un rapporto di impiego pubblico.
La natura autonoma del rapporto di lavoro colloca, dunque, la controversia in ambito escludente l'applicazione delle norme raccolte nel d.lgs. n. 165 del 2001. Si esula altresì, dalla sfera di operatività delle disposizioni generali in materia di organizzazione amministrativa contenute nell'art. 2, comma 1, dello stesso Decreto, in relazione all'art. 4, che delimitano la competenza delle fonti di diritto pubblico rispetto a quelle di diritto privato, siccome si è in presenza di norme che non disciplinano l'organizzazione, ma il potere di nomina di un organo di ente diverso, ancorchè strumentale (Cass. civ., SS.UU., 18 dicembre 2007, n.26631).
Deve rilevarsi che il criterio ordinario di riparto della giurisdizione impinge, come noto, nella natura della posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio di talchè anche a voler riconnettere alla disposizione suindicata (id est articolo 63 cit.) una valenza derogatoria, i relativi effetti precettivi non possono che rimanere rigorosamente circoscritti all'oggetto regolato.

Ne discende che, al di fuori di tale ambito, si riespande l'ordinario criterio normativo cui occorre, pertanto, mettere capo per rinvenire la *regula iuris* della fattispecie controversa.
Deve, dunque, concludersi nel senso che in presenza di un procedimento amministrativo di carattere autoritativo, preordinato per espressa previsione di legge ad una scelta mediante un atto discrezionale definito di alta amministrazione, all'aspirante non è consentito vantare una situazione di diritto soggettivo rispetto alla scelta finale, ma solo situazioni di interesse legittimo, essendo messa in discussione solo la correttezza dell'azione amministrativa.
Va, dunque, confermato l'indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte che, in relazione allo speciale incarico qui in rilievo, si è sempre, in modo assolutamente conforme, e senza eccezioni di sorta, pronunciata nel senso che il procedimento di nomina del direttore generale va sicuramente ascritto alla categoria dei procedimenti autoritativi, preordinato alla scelta, all'esito di evidenza pubblica, del soggetto con il quale stipulare il contratto di lavoro. Segnatamente, l'atto di nomina del direttore generale delle aziende sanitarie risulta qualificato come atto di alta amministrazione, di talchè l'aspirante non può vantare situazioni di diritto soggettivo rispetto alla scelta, ma soltanto di interesse legittimo, venendo in discussione non rapporti giuridici, connotati dalla coppia diritto-obbligo, ma esclusivamente la correttezza dell'azione amministrativa. Proprio in ragione di ciò la giurisprudenza delle Sezioni unite ha, come sopra anticipato, stabilmente assegnato alla giurisdizione amministrativa di legittimità le controversie concernenti il provvedimento di nomina (e l'esercizio di autotutela decisoria mediante annullamento di ufficio) e quello, partecipante della medesima natura, di conferma del direttore generale, devolvendo alla giurisdizione del giudice ordinario le sole controversie relative agli inadempimenti imputati al direttore e determinanti la decadenza dall'incarico (Cass. civ., SS.UU., n. 4214 del 23 aprile 1998; Cons. St., sez. III, n. 6697 del 27 novembre 2018).
E' proprio la stabilità dell'indirizzo giurisprudenziale ripetutamente espresso dal giudice della giurisdizione e calibrato sulle specifiche peculiarità della figura professionale qui in argomento che non consente di dissentire dai divisati arresti decisori non potendosi ad essi derogarsi sulla scorta di precedenti giurisprudenziali di contenuto opposto (Cass. civ., SS.UU., 28 febbraio 2019, n. 6040) affermati, però, in riferimento a figure professionali diverse da quelle qui in rilievo e che non replicano, dunque, a partire dal regime del rapporto di lavoro, il medesimo, peculiare status della figura dirigenziale in argomento.

40.5. Revoca dei benefici accordati agli enti locali per le strutture di accoglienza dei rifugiati e richiedenti asilo.

La sez. III, con sentenza 28 maggio 2020, n. 3375 ha affermato che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la revoca di benefici accordati dallo Stato agli enti locali per la gestione del servizio di accoglienza e protezione dei richiedenti asilo e rifugiati e ciò in quanto l'attuazione di moduli convenzionali attraverso cui le pubbliche amministrazioni coordinano l'esercizio di funzioni proprie per lo svolgimento del servizio di interesse generale al fine del conseguimento di

un risultato comune, ricade nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.
Ha affermato la Sezione che nel 2001 il Ministero dell'Interno Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, l'Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI) e l'Alto commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati (UNHCR) siglarono un protocollo d'intesa per la realizzazione del PNA – Programma Nazionale Asilo - facendo quindi nascere, il primo sistema pubblico per l'accoglienza di richiedenti asilo e rifugiati, diffuso su tutto il territorio italiano, con il coinvolgimento delle istituzioni centrali e locali, secondo una condivisione di responsabilità tra Ministero dell'Interno ed enti locali.
La l. n. 189 del 2002 ha successivamente istituzionalizzato queste misure di accoglienza organizzata, prevedendo la costituzione dello SPRAR – Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati. Attraverso la stessa legge il Ministero dell'Interno ha istituito la struttura di coordinamento del sistema – il Servizio Centrale di informazione, promozione, consulenza, monitoraggio e supporto tecnico agli enti locali – affidandone con convenzione ad ANCI la gestione.
Con l'entrata in vigore dell'art. 32, 1-*sexies*, l. n. 189 del 2002, di modifica all'art. 1, l. n. 39 del 1990 in materia di asilo, è stato, infatti, istituito il Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati che ha recepito l'esperienza realizzata nell'ambito del Programma Nazionale Asilo rinnovandone l'approccio organico inserendola in un quadro istituzionale. La stessa legge, all'art. 32-1 septies ha istituito anche il Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo presso il Ministero dell'Interno al quale spetta la definizione dei criteri di accesso al Fondo stesso e la gestione delle risorse ad esso connesse, provvedendo annualmente, con proprio Decreto, al sostegno finanziario dei servizi di accoglienza attivati dagli Enti locali che partecipano al Sistema, nei limiti delle risorse disponibili.
Partecipano a questo sistema complesso oltre al Ministero dell'Interno e all'ANCI, cui è assegnato il Servizio Centrale, anche gli Enti locali che – su base volontaria – possono decidere di collaborare allo svolgimento di questa attività. Gli Enti locali costituiscono a loro volta una rete e operano avvalendosi del supporto di enti del terzo settore.
Il Ministero dell'Interno svolge la funzione di raccordo delle attività, di controllo della gestione economica e di complessivo coordinamento rispetto a tutte le altre tipologie di interventi; al Servizio Centrale assegnato all'ANCI è affidato, invece, il compito di coordinare e supportare sul piano tecnico le attività legate ai progetti territoriali; gli enti locali, invece, gestiscono in via diretta – avvalendosi di enti del terzo settore – l'attività di protezione dei richiedenti asilo.
In sostanza, si tratta di un sistema integrato al quale partecipano una pluralità di soggetti che agiscono insieme per un'unica finalità, attraverso un meccanismo multilivello, svolgendo ciascuna di essi una propria specifica funzione.
Questa breve descrizione consente di rilevare l'evidente differenza esistente tra il "sistema SPRAR" (a seguito del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito in l. 1 dicembre 2018, n. 132 divenuto SIPROIMI) ed il modello che si inserisce all'interno di una dinamica eminentemente contrattuale.

40.6. Concessione di pubblico servizio e riparto di giurisdizione.

Il C.g.a., con sentenza 16 ottobre 2020, n. 935 ha affermato che la concessione di servizio pubblico instaura un rapporto di diritto pubblico fra Amministrazione concedente e concessionario, che riveste (la prima) una posizione autoritativa che si compendia in una situazione di interesse legittimo (del secondo); tale rapporto si connota anche di profili patrimoniali, che sono regolati nell'ambito della convenzione stipulata fra i due soggetti.

Ha chiarito il C.g.a. che il provvedimento concessorio è un provvedimento amministrativo posto che, come tutti i provvedimenti amministrativi, costituisce il risultato del bilanciamento fra gli interessi coinvolti, fra i quali si rinvengono gli interessi pubblici sottesi alla riserva o comunque alla necessità di assumere l'erogazione del servizio, e si connota per il fatto che attribuisce al privato prerogative che, nell'ordinamento generale, sono proprie soltanto del soggetto pubblico, essendo il portato della posizione di autorità che lo connota, e nel contempo esclude altri da quella posizione.

Il connubio che, a seguito della concessione, si instaura fra soggetto pubblico e privato è tale da coinvolgere quest'ultimo nel programma pubblico facendolo partecipe della posizione, a volte anche autoritativa, che lo connota e comunque utilizzando proprio quella posizione per implicarlo.

La concessione, pertanto, instaura un rapporto di diritto pubblico fra Amministrazione concedente e concessionario, che rivestono (la prima) una posizione autoritativa che si compendia in una situazione di interesse legittimo (del secondo). Tale rapporto si connota anche di profili patrimoniali, che sono regolati nell'ambito della convenzione stipulata fra i due enti. Per lungo tempo si è parlato di concessioni-contratto.

La suddetta connotazione, e quindi la sottostante riserva, da intendersi nel senso sopra delineato, costituisce anche il limite dell'istituto di diritto pubblico, nel senso che, in mancanza dei suddetti requisiti, si è al di fuori della categoria pubblicistica della concessione amministrativa.

In tale prospettiva la concessione, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, non esaurisce la sua funzione pubblica nel momento in cui, attraverso il provvedimento amministrativo, a seguito di una procedura, viene individuato il concessionario e affidato al medesimo il servizio. Essa, infatti, affondando le proprie radici in una riserva di amministrazione (quindi in un settore di interesse pubblico) è tesa alla regolamentazione e al controllo dell'esercizio della prerogativa concessa. La sua missione pubblicistica è proprio quella di garantire l'implementazione di quella prerogativa e, nel caso di concessione di servizio pubblico, l'esercizio del servizio.

Non fa venir meno la connotazione pubblicistica del rapporto concessorio, quando essa è presente nei termini sopra delineati, la circostanza che debba applicarsi la procedura a evidenza pubblica per addivenire alla scelta del concessionario.

I contratti a evidenza pubblica, infatti, sono una categoria procedimentale, che dal punto di vista sostanziale può essere applicata a contratti diversi, ordinari, speciali e a oggetto pubblico.

L'aspetto procedimentale, e l'imposizione di regole che garantiscano concorrenza fra gli aspiranti, trova il proprio ancoraggio, nell'ambito dell'ordinamento italiano, nel principio di uguaglianza e di libertà economica e, nell'ambito del diritto UE, nei principi del mercato comune e di libera prestazione dei servizi, oltre che nelle direttive di settore (dir. 89/440/CEE, direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e direttive n. 2014/23, 2014/24 e 2014/25/UE, attuate con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).
L'imposizione di regole procedimentali ai fini della stipulazione della concessione (di servizi) trova storicamente e sistematicamente la propria ragion d'essere nella distinzione che intercorre rispetto al contratto d'appalto.
Quest'ultimo è un contratto di diritto civile, con annessi alcuni elementi di specialità. Esso è disciplinato da norme di diritto pubblico quanto alla scelta del contraente al fine di garantire quella concorrenza per il mercato di ascendenza eurounitaria.
In tale prospettiva la fase pubblicistica si esaurisce nella procedura di aggiudicazione, cioè nella gara di scelta del contraente. Ciò in quanto le norme di diritto pubblico sono volte a garantire l'uguaglianza (concorrenziale) fra gli aspiranti al contratto in ragione della rilevanza della risorsa pubblica nella creazione del mercato unico e anche quale strumento di superamento dei cicli economici avversi.
L'oggetto del contratto che si va a stipulare infatti non viene regolamentato dal diritto eurounitario se non per alcune norme di esecuzione, volte principalmente a declinare in maniera uniforme il rapporto esecutivo nell'ambito degli Stati membri, spesso declinazione di tipiche facoltà civilistiche.
Nell'impostazione dell'Unione europea è stato importante distinguere l'appalto dalla concessione, rispetto alla quale mancava in origine una regolamentazione della disciplina procedimentale e per la quale anche oggi è prevista una regolamentazione in parte differente.
La diversità fra appalto e concessione è stata individuata ed è individuata, nell'ottica di un ordinamento, quello dell'UE, fortemente improntato, specie all'inizio, all'implementazione delle libertà economiche nel mercato comune, nella diversa allocazione dei rischi. Nel senso che vi è concessione, nell'ottica europea, allorquando il concessionario assume su di sé il rischio operativo che controbilancia la posizione particolare che esso assume in seguito all'ottenimento della concessione.
Nondimeno la distanza tra le figure dell'appalto e della concessione, nella prospettiva del diritto europeo, si è andata riducendo.
Tale riduzione della distanza si misura peraltro soprattutto in relazione all'oggetto specifico della disciplina UE, cioè la fase della gara, che, per entrambi gli istituti, diventa la ragione prima dell'imposizione di regole imperative (di diritto pubblico, per differenza rispetto alla libertà precontrattuale di stampo privatistico, e quale portato della scarsità e rilevanza della risorsa pubblica nel mercato unico europeo) per la scelta del contraente.
Tale circostanza si specchia in una previsione di giurisdizione esclusiva limitata alla fase procedurale dell'affidamento, in sintonia con la funzione della regolamentazione, concentrata, come si è detto, sulla gara, e estesa, solo in minima parte, anche alla fase esecutiva.

In tal senso non coglie nel segno il richiamo a quell'orientamento della Corte di cassazione che afferma la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie aventi ad oggetto il provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione di un pubblico appalto (per inadempimento contestato in sede di anticipata esecuzione del contratto), giungendo alla conclusione che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo arriva sino al limite invalicabile dell'atto di aggiudicazione definitiva, non potendo estendersi al segmento procedimentale successivo (Cass. civ., SS.UU., 5 ottobre 2018, n. 24411). Per lo stesso motivo (si tratta comunque di un appalto) è parimenti inconferente il richiamo alla giurisprudenza amministrativa che si pone nel senso di demandare alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie che hanno ad oggetto il provvedimento di risoluzione anticipata del contratto per grave inadempimento disposto *ex* art. 163, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (ora art. 108, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), e ciò "dovendo l'atto risolutivo essere qualificato come una forma di autotutela contrattuale riconosciuta alla Pubblica amministrazione che incide sul diritto soggettivo del contraente privato; allo stesso modo, qualora l'amministrazione pubblica ottenga la risoluzione del contratto invocando la clausola risolutiva espressa *ex* art. 1456 cod. civ., ivi contenuta, la controversia tra le parti contraenti appartiene alla giurisdizione ordinaria per essere l'atto risolutivo esercizio di diritto potestativo governato dal diritto comune e non di poteri autoritativi di matrice pubblicistica dell'amministrazione pubblica nei confronti del privato" (Cons. St., sez. V, 19 aprile 2019, n. 2543).

Risulta inconferente anche il richiamo alla giurisdizione in materia di concessione di lavori, che non può essere ricompresa nella fattispecie concessoria, essendo piuttosto assimilabile alla categoria degli appalti, così inquadrandosi quella giurisprudenza che intesta al giudice ordinario la relativa giurisdizione (Cass. civ., SS. UU., 25 febbraio 2019, n. 5453).

L'istituto della concessione, così come concepito e costruito nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, non soffre smentita da parte del diritto UE, che si pone nella diversa ottica di garantire, nella fase precontrattuale, la concorrenza fra gli operatori e, nella fase esecutiva, le posizioni, specie economiche, dei contraenti.

Ciò non esclude che il rapporto che integra la fattispecie concessoria di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 possa rivestire i connotati dell'istituto pubblicistico italiano, con le relative conseguenze nella regolamentazione della fase esecutiva.

Del resto, lo stesso legislatore Ue non sembra ignorare la funzione pubblicistica che può svolgere la concessione allorquando si preoccupa di assicurare l'equilibrio economico finanziario del concessionario nel corso del tempo attraverso il PEF, che consente all'Amministrazione di valutare la sostenibilità dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione.

Potrebbe peraltro anche verificarsi il contrario, cioè che un rapporto contrattuale che si qualifica, sulla base del trasferimento del rischio operativo, in termini di concessione per le finalità del d.lgs. n. 50 del 2016, e quindi nella prospettiva del diritto UE, non assuma i connotati dell'istituto pubblicistico italiano.

Data la premessa, la Sezione ha affermato che la giurisdizione sulle controversie relative alla fase esecutiva di una concessione di servizio nel senso di attribuirla al giudice ordinario quando hanno a oggetto l'adempimento e la correlata determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, nonché la valutazione "in via incidentale, [del]la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione del corrispettivo" e al giudice amministrativo nei casi in cui l'amministrazione, successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenga con atti autoritativi incidenti direttamente sulla procedura di affidamento, mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio, o comunque adotti atti autoritativi in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. n. 241 del 1990, oltre che nei casi previsti dalla legge (ne consegue che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la dichiarazione di decadenza senza indennizzo alcuno di una concessione e diritti connessi relativa alla gestione di un parcheggio interrato).

Ha chiarito il C.g.a. che a fronte della duplice prospettiva nella quale può interpretarsi la fattispecie della concessione la regola processuale relativa all'ampiezza della giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. si riferisce, proprio in ragione della sopra illustrata ratio dell'istituto concessorio di diritto pubblico, che comprende la fase esecutiva, a quell'istituto laddove la disciplina della concessione di servizi di derivazione UE esaurisce la propria missione nella procedura di aggiudicazione, non meritando quindi di essere ricompreso nella giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. e rientrando così nel più limitato ambito di applicazione della successiva lett. e).

Nel caso all'esame del Consiglio di Giustizia per la Regione siciliana la qualificazione in termini di concessione di servizio pubblico, non contestata (si è detto che il relativo capo di sentenza è passato in giudicato), è stata effettuata in termini generali, basandola sul concetto di servizio pubblico, non sui parametri economici del rischio operativo che connotano la nozione di concessione di servizi pubblici di origine eurounitaria. Pertanto essa si sostanzia nell'attribuzione del connotato concessorio tipico della tradizione italiana.

Quanto sopra potrebbe rivelarsi sufficiente a affermare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., che comprende tutta la fase esecutiva del rapporto, a eccezione soltanto delle controversie di contenuto meramente patrimoniale, senza alcuna implicazione sul contenuto della concessione la estende.

Tanto è pertanto sufficiente per affermare la giurisdizione nel caso di specie.

Del resto le ragioni dell'individuazione di materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si rinvengono nella difficoltà intrinseca di distinguere i due tipi di situazione giuridiche soggettive, diritti e interessi legittimi.

Negli ambiti devoluti alla giurisdizione esclusiva, pertanto, non ponendosi in discussione la diversità di relazioni intercorrenti tra singolo e amministrazione che interesse legittimo e diritto soggettivo esprimono si prescinde, quanto meno ai fini di individuare il giudice dotato di giurisdizione, dall'indagine sulla natura degli atti che le fronteggiano.

L'introduzione della giurisdizione esclusiva risale, infatti, al r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840 – nel quale furono inserite anche normative più antiche e successivamente venne trasfuso nel testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con il r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 – e riguardava originariamente, in modo particolare, le controversie di pubblico impiego, settore in cui venivano in rilievo "figure" nelle quali tali situazioni giuridiche apparivano così connesse e di tanta incerta qualificazione da rendere difficile identificarne la natura . Il legislatore dell'epoca decise, pertanto, di attribuire in blocco al giudice amministrativo tutte le controversie ricadenti in tale ambito, incluse quelle, quali quelle relative all'adempimento delle obbligazioni patrimoniali del datore di lavoro, che, secondo la regola del riparto fondata sulle situazioni soggettive del richiedente giustizia, sarebbero rientrate nella giurisdizione del giudice ordinario.
Le materie devolute alla giurisdizione esclusiva si caratterizzano, quindi, per la compresenza di interessi legittimi e diritti soggettivi strettamente connessi tra loro, cioè per "la inscindibilità delle questioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, e per la prevalenza delle prime" (Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204).
E, anzi, la compatibilità costituzionale delle norme di legge devolutive di controversie alla detta giurisdizione richiede proprio che vi siano coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse (Corte cost. 15 luglio 2016, n. 179).
Ciò in quanto i poteri che connotano l'autorità amministrativa possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia mediante comportamenti, così interagendo con variegate e sovrapponibili situazioni giuridiche soggettive.
Ne deriva che non è la natura dell'atto a delimitare l'ambito della giurisdizione esclusiva, appunto in quanto essa si configura anche rispetto ad atti paritetici, ma la circostanza che l'Amministrazione spenda un potere pubblico.
La giurisprudenza della Corte costituzionale (6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191), che si è misurata in particolare con l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in vasti settori dell'agire pubblico a opera degli artt. 33 e ss. d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituiti dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, identifica, infatti, i criteri che legittimano tale giurisdizione in riferimento esclusivo alle materie prescelte dal legislatore e all'esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, di un potere pubblico, così escludendo i "meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio" (Corte cost. 15 luglio 2016, n. 179).
Nondimeno il Collegio ritiene necessario indagare anche la natura giuridica dell'atto impugnato, sulla base della quale è stato dichiarato il difetto di giurisdizione da parte del giudice di primo grado.
L'orientamento in base al quale la giurisdizione amministrativa esclusiva riguarda tendenzialmente tutta la fase esecutiva del rapporto sarebbe stato, infatti, "superato" secondo quanto argomentato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con ordinanza 8 luglio 2019, n. 18267.
La giurisprudenza più recente ha ripartito la giurisdizione sulle controversie relative alla fase esecutiva di una concessione di servizio nel senso di attribuirla al giudice ordinario

quando hanno a oggetto l'adempimento e la correlata determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, nonché la valutazione "in via incidentale, [del]la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione del corrispettivo" e al giudice amministrativo nei casi in cui l'amministrazione, successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenga con atti autoritativi incidenti direttamente sulla procedura di affidamento, mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio, o comunque adotti atti autoritativi in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. n. 241 del 1990, oltre che nei casi previsti dalla legge (Cass. civ., SS. UU., 8 luglio 2019, n. 18267 e 18 dicembre 2018, n. 32728). Ciò in quanto il potere autoritativo "non è ravvisabile in linea di principio quando, esaurita la fase pubblicistica della scelta del concessionario, sia sorto il "vincolo" contrattuale e siano in contestazione la delimitazione del contenuto del rapporto, gli adempimenti delle obbligazioni contrattuali e i relativi effetti sul piano del rapporto, salvo che l'amministrazione intervenga con atti autoritativi che incidono direttamente, seppure successivamente all'aggiudicazione, sulla procedura di affidamento mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio o comunque nella fase esecutiva mediante altri poteri riconosciuti dalla legge" (Cass. civ., SS. UU., 8 luglio 2019, n. 18267 e 18 dicembre 2018, n. 32728).

Anche la giurisprudenza amministrativa è orientata nel senso che la giurisdizione del giudice ordinario è ancorata alle questioni inerenti l'adempimento e l'inadempimento della concessione stessa, nonché alle conseguenze risarcitorie, relativi ai rapporti paritetici, ferma restando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei casi in cui l'amministrazione eserciti poteri autoritativi tipizzati dalla legge (Cons. St., sez. V, 9 aprile 2020, n. 2348, emessa proprio in materia di giurisdizione sulla determina di un Ente territoriale di risoluzione per grave inadempimento di un contratto di affidamento del servizio di gestione parcheggi).

Si tratta quindi di esaminare il caso di specie al fine di valutare se i provvedimenti impugnati costituiscano esercizio di pubblico potere nel senso di cui alla giurisprudenza della Corte costituzionale ("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", Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204).

Il C.g.a. ha ritenuto che, al di là della specifica definizione del potere esercitato (che attiene alla successiva fase di merito) l'Amministrazione abbia fatto uso di potere autoritativo, che si giustifica ed è finalizzato ad assicurare la continuità nell'espletamento del servizio pubblico e quindi del pubblico interesse, con la conseguenza che non vi sono motivi per ritenere che non operi l'ipotesi di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. Infatti, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, possono residuare in capo all'autorità procedente poteri pubblici riferibili, tra l'altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva (Corte cost. n. 43 del 2011), in relazione ai quali è prevista la giurisdizione esclusiva, a norma dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., sempre che detti poteri (in particolare, di autotutela) siano tipizzati dalla legge nazionale in senso compatibile con la legislazione eurounitaria.

Del resto la giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di specificare, in relazione alla diversa fattispecie di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n.

1, c.p.a., che non contempla la fase esecutiva del rapporto, che la risoluzione anticipata del contratto disposta autoritativamente è di competenza del giudice ordinario solo se incide su un rapporto di natura privatistica in cui le parti sono in condizione di parità, come nel caso dell'inadempimento delle obbligazioni poste a carico dell'appaltatore, non implicando l'esercizio di poteri discrezionali dell'Amministrazione (Cass. civ., SS. UU., 10 gennaio 2019, n. 489). Invece, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo allorché, come nella fattispecie, "venga esercitato un potere autoritativo di risoluzione contrattuale che implichi o valutazioni di carattere discrezionale circa la convenienza per l'Amministrazione di proseguire nel rapporto già in essere, o la rilevazione in autotutela dell'esistenza di una causa di nullità dell'aggiudicazione, anche successivamente alla stipula del contratto" (Cons. St., sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1084).

41. Risarcimento danni.
Molte le sentenze in materia di risarcimento danni.

41.1. Responsabilità della P.A. per inerzia o ritardo in caso di sopravvenienza normativa che impedisce al privato di realizzare il progetto al quale l'istanza era preordinata.
Il C.g.a., con sentenza 15 dicembre 2020, n. 1136 ha rimesso all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le questioni: a) se si configuri o meno una interruzione del nesso di causalità della fattispecie risarcitoria *ex* art. 2043 c.c. di tipo omissivo se, successivamente all'inerzia dell'Amministrazione su istanza pretensiva del privato, di per sé foriera di ledere il solo bene tempo, si verifichi una sopravvenienza normativa che, impedendo al privato di realizzare il progetto al quale l'istanza era preordinata, determini la lesione dell'aspettativa sostanziale sottesa alla domanda presentata all'Amministrazione, che sarebbe stata comunque soddisfatta, nonostante l'intervenuta nuova disciplina, se l'Amministrazione avesse ottemperato per tempo; b) se il paradigma normativo cui ancorare la responsabilità dell'Amministrazione da provvedimento (ovvero da inerzia e/o ritardo) sia costituito dalla responsabilità contrattuale piuttosto che da quella aquiliana; c) in caso di risposta al quesito *sub* b) nel senso della natura contrattuale della responsabilità, se la sopravvenienza normativa occorsa intervenga, all'interno della fattispecie risarcitoria, in punto di quantificazione del danno (art. 1223 c.c.) o di prevedibilità del medesimo (art. 1225 c.c.); d) in caso di risposta al quesito sub b) nel senso della natura contrattuale della responsabilità, se deve o meno essere riconosciuta la responsabilità dell'Amministrazione per il danno da mancata vendita dell'energia nei termini, anche probatori, sopra illustrati; e) in via subordinata, in caso di risposta al quesito sub b) nel senso della natura extracontrattuale della responsabilità, se in ipotesi di responsabilità colposa da lesione dell'interesse legittimo pretensivo integrata nel paradigma normativo di cui all'art. 2043 c.c. la Pubblica amministrazione sia tenuta o meno a rispondere anche dei danni derivanti dalla preclusione al soddisfacimento del detto interesse a cagione dell' evento - per essa imprevedibile - rappresentato dalla sopravvenienza normativa primaria preclusiva e, in ipotesi di positiva risposta al detto quesito, se tale risposta non renda non manifestamente infondato un dubbio di compatibilità di tale ricostruzione

con il precetto di cui all'art. 81, comma 3, Cost.; f) sempre in via subordinata, in caso di risposta al quesito sub b) nel senso della natura extracontrattuale della responsabilità se debba o meno essere riconosciuta, nel caso all'esame del C.g.a., la responsabilità della Regione per il danno da mancata vendita dell'energia nei termini, anche probatori, sopra illustrati.

La prima questione attiene alla nozione di causalità materiale. Essa si pone nel solco della domanda di parte, nella quale il danno richiesto è inquadrato nella prospettiva dell'art. 2043 c.c., che si applica secondo le coordinate generalmente applicate dalla giurisprudenza amministrativa nel solco delle linee direttrici tracciate dalla giurisprudenza civile in ordine alla responsabilità aquiliana. Si anticipa che le successive questioni, subordinate alla prima, mirano ad una revisione critica del regime consolidato di scrutinio della responsabilità dell'Amministrazione in una duplice direzione, assimilazione della responsabilità dell'Amministrazione alla responsabilità contrattuale e apprezzamento del ruolo del rapporto di diritto pubblico sotteso alla nascita dell'obbligazione risarcitoria.

Nella dimensione generale della responsabilità della pubblica amministrazione, il nesso di causalità tra la condotta e l'evento lesivo - c.d. "causalità materiale" - consiste nel verificare se l'attività illegittima dell'Amministrazione 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. Il relativo giudizio attiene al nesso di causalità tra il vizio che inficia il provvedimento ed il contenuto del provvedimento stesso e - declinando il principio nella dimensione del danno da ritardo - al nesso fra l'inerzia dell'amministrazione e la frustrazione di una situazione giuridica o interesse di natura pretensiva vantato dal privato (Cons. St., sez. V, 2 aprile 2020, n. 2210). Esaurito positivamente il vaglio sulla causalità materiale a fronte d'un evento dannoso causalmente riconducibile alla condotta illecita, a sua volta l'obbligazione risarcitoria richiede, sul piano dimostrativo, l'allegazione e la prova delle conseguenze dannose, secondo un (distinto) regime di causalità giuridica che ne prefigura la ristorabilità solo in quanto si atteggino, secondo un canone di normalità e adeguatezza causale, ad esito immediato e diretto della lesione del bene della vita ai sensi degli artt. 1223 e 2056 c.c.. Si riassumono gli elementi di fatto rilevanti sul punto.

Ha chiarito la Sezione che in relazione alla prima questione si tratta di valutare se l'elemento sopravvenuto svolge una funzione causale rilevante nell'ambito del giudizio di responsabilità considerando il tema del concorso di cause o del nesso causale, che intercettano, con diversa terminologia, il medesimo problema, osservandolo in una diversa prospettiva *ex post* con riguardo al concorso di cause e *ex ante* con riferimento all'interruzione del nesso di causalità. Ciò considerando la lesione posta alla base della domanda risarcitoria, che comprende il bene della vita della realizzazione degli impianti, con i conseguenti introiti, derivanti, in tesi, dagli incentivi e dagli introiti della vendita. La teoria condizionalistica, richiamata dalla stessa Adunanza plenaria ai fini della valutazione del nesso di causalità (12 maggio 2017, n. 2), non distingue fra le cause che

determinano l'evento, potendo espandersi potenzialmente senza limiti. La giurisprudenza ha quindi introdotto meccanismi correttivi volti a porre un freno alla forza espansiva della teoria condizionalistica, specie nel caso in cui il decorso causale vede la presenza, come nel caso di specie, di concause (comunque sempre nella prospettiva della causa interruttiva del nesso di causalità mentre risulta meno esplorata, almeno a livello giurisprudenziale, la possibilità che l'evento sopravvenuto spieghi efficacia riduttiva del danno). Considerato che "i principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. e dalla regolarità causale, in assenza di altre norme nell'ordinamento in tema di nesso eziologico ed integrando essi principi di tipo logico e conformi a massime di esperienza" (Cass. civ., S.U., 11 gennaio 2008, n. 581) è stato elaborato un procedimento per l'accertamento del nesso causale che si articola in due fasi. Nella prima si individuano, mediante la teoria della *conditio sine qua non*, tutte le cause di un determinato evento. Nella seconda fase si provvede a circoscrivere di esse la possibile responsabilità dello stesso. In ordine al criterio da utilizzare ai fini della limitazione del nesso causale sono state elaborate varie teorie, la più utilizzata delle quali risulta essere quella della causalità adeguata o regolarità causale. La teoria della causalità adeguata consiste in un'elaborazione per cui non ogni antecedente storico dell'evento ne rappresenta la causa, ma solo quello rispetto al quale l'evento, sulla base di un giudizio ex ante e in astratto, ne costituisca uno sviluppo adeguato, oggettivamente probabile, normale, o secondo alcuni solo possibile, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*. Secondo la diversa teoria della causalità umana il nesso di causalità tra la condotta e l'evento sussiste in presenza di due elementi, uno positivo ed uno negativo: quello positivo è che la condotta costituisca *conditio sine qua non* dell'evento; quello negativo che l'evento stesso non sia dovuto all'intervento di fattori eccezionali. La premessa da cui muove la teoria in esame è che esiste una "sfera di signoria" in cui l'uomo può dominare gli accadimenti in virtù dei suoi poteri conoscitivi e volitivi. Solo i risultati che rientrano nella sfera di controllo del soggetto possono dirsi da lui causati, mentre non possono esserlo quelli che, al contrario, sfuggono al suo potere di dominio. In base alla teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento, la condotta umana può considerarsi causa dell'evento quando, oltre a costituire condizione dello stesso, crei o aumenti un rischio non consentito dall'ordinamento (teoria dell'aumento del rischio), ovvero, secondo altro angolo visuale, abbia determinato un evento che costituisca concretizzazione dello specifico rischio che la norma incriminatrice mirava a prevenire (teoria dello scopo della norma violata).

Ha inoltre affermato il C.g.a. che qualora l'Adunanza plenaria ritenga che la sopravvenienza normativa non interrompa il nesso di causalità materiale fra condotta omissiva colposa dell'Amministrazione ed evento di danno, neppure si può affermare, quanto alla causalità giuridica, che la sopravvenuta normativa interrompa il nesso fra evento lesivo e conseguenze dannose.

Il C.g.a. ha quindi illustrato le conseguenze che derivano sulla concreta modalità di valutazione della responsabilità dell'Amministrazione in ragione dell'assimilazione di quest'ultima alla responsabilità contrattuale e della dinamica derivante dalle particolarità

del rapporto di diritto pubblico. Innanzitutto si elencano gli aspetti di sostanziale continuità (rispetto al regime concretamente applicato dalla giurisprudenza) circa i requisiti della fattispecie risarcitoria: a) la prova della condotta non iure, del contra ius e del nesso di causalità è resa con la modalità illustrate sopra, che non differiscono in modo sostanziale dagli oneri di allegazione e di prova che si richiedono al contraente che vuole far valere in giudizio l'inadempimento della controparte, allegando l'inadempimento e il provvedimento positivo o l'inadempimento e i motivi di fondatezza della domanda o i motivi di illegittimità del provvedimento; b) l'elemento soggettivo è presunto in forza dell'illegittimità del provvedimento adottato o del comportamento omissivo tenuto, con un meccanismo di inversione dell'onere della prova che non differisce, quanto alla concreta operatività, dal sistema di ascrizione della responsabilità contrattuale delineato dall'art. 1218 c.c.; c) deve essere provato il danno sia in punto di an che di quantum, così come avviene per entrambe le tipologie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, con le peculiarità già evidenziate che derivano più dalla situazione giuridica lesa che dalla natura della responsabilità; d) in punto di limiti temporali di esercizio dell'azione risarcitoria si applica (si applica comunque, indipendentemente dalla natura della responsabilità dell'Amministrazione) il regime speciale contenuto nel codice del processo amministrativo, in particolare il termine di decadenza indicato nell'art. 30, commi 3, 4 e 5 c.p.a., con regime temporale reputato legittimo dalla Corte costituzionale (sentenza 4 maggio 2017, n. 94); senonché le domande risarcitorie pendenti che ricadono nella precedente disciplina (A.P. 6 luglio 2015, n. 6) ricadono nel regime prescrizionale delle obbligazioni da contratto. Le novità che derivano dalla considerazione attribuita al rapporto di diritto pubblico nell'ambito della nascita e configurazione dell'obbligazione risarcitoria attengono al rigoroso scrutinio richiesto al fine di valutare il danno evento e il danno conseguenza (nei termini sopra illustrati). Le novità che derivano dalla qualificazione della responsabilità in termini di responsabilità contrattuale attengono a: la costituzione in mora: in caso di inadempimento di obbligazioni derivanti da fatto illecito la mora è *ex se* mentre nel caso si qualifichi la responsabilità dell'Amministrazione per lesione di interesse legittimo quale responsabilità contrattuale viene meno tale conseguenza automatica; l'applicabilità del canone della prevedibilità del danno (art. 1225 c.c.), nel senso che, in caso di colpa, è risarcibile solo il danno prevedibile al momento in cui è sorta l'obbligazione. Conclusivamente, si pone all'Adunanza plenaria la seguente, seconda, questione: se il paradigma normativo cui ancorare la responsabilità dell'Amministrazione da provvedimento (o, ed è quel che più rileva nel caso di specie, da inerzia e/o ritardo) non debba essere ricondotto al disposto di cui all'art. 1218 c.c.

In tal caso si chiede (terza questione) all'Adunanza plenaria di stabilire se la sopravvenienza normativa occorsa intervenga, all'interno della fattispecie risarcitoria, in punto di quantificazione del danno (art. 1223 c.c.) o di prevedibilità del medesimo (art. 1225 c.c.).

La quarta questione ha riguardo anch'essa al danno conseguenza, così come sopra inquadrato considerando la particolare natura della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, che si assume lesa, nei termini anzidetti, dalla condotta dell'Amministra-

zione, impedisca il risarcimento dei danni afferenti alle libere scelte imprenditoriali anche se è provato che le conseguenze dannose prodotte sul versante imprenditoriale abbiano quale fonte la condotta dell'Ente.
La quinta e sesta questione vengono formulate in via subordinata, per il caso in cui l'Adunanza plenaria ritenga che la responsabilità dell'Amministrazione non possa essere qualificata in termini di responsabilità contrattuale, e riguarda la valorizzazione di quanto appena sopra esposto in relazione alla quantificazione del danno quale conseguenza immediata e diretta (art. 1223 c.c.).
Con la quinta questione si chiede, per le stesse motivazioni addotte sopra in riferimento alla qualificazione della responsabilità dell'Amministrazione come responsabilità contrattuale (questione tre), se la determinazione del danno conseguenza escluda, per le ragioni sopra addotte, i danni prodotti dopo la sopravvenienza normativa. Si aggiunge che, posto che l'interesse pretensivo assai di frequente viene soddisfatto attraverso l'adozione di provvedimenti a contenuto durevole nel tempo, ad avviso del C.g.a. vi sarebbe da dubitare della compatibilità costituzionale di un simile quadro, sotto il profilo dell'art. 81, comma 3, Cost.: un'azione risarcitoria svincolata dal parametro del danno prevedibile comporterebbe un aggravio ed una imprevedibilità di costi, impedendo una corretta programmazione della spesa pubblica. Posto che è patrimonio acquisito quello secondo il quale "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali" (Corte cost., sentenza 22 ottobre 1996, n. 356 e ordinanza 19 giugno 2019, n. 151), si sottopone pertanto all'Adunanza plenaria la seguente questione: "se in ipotesi di responsabilità colposa da lesione dell'interesse legittimo pretensivo integrata nel paradigma normativo di cui all'art. 2043 c.c. la pubblica amministrazione sia tenuta a rispondere anche dei danni derivanti dalla preclusione al soddisfacimento del detto interesse a cagione dell'evento - per essa imprevedibile- rappresentato dalla sopravvenienza normativa primaria preclusiva e, in ipotesi di positiva risposta al detto quesito, se tale risposta non renda non manifestamente infondato un dubbio di compatibilità di tale ricostruzione con il precetto di cui all'art. 81, terzo comma, Cost.".
Con la sesta questione si chiede, per le stesse motivazioni addotte sopra in riferimento alla qualificazione della responsabilità dell'Amministrazione come responsabilità contrattuale (questione quattro), "se debba o meno essere riconosciuta la responsabilità della Regione per il danno da mancata vendita dell'energia nei termini, anche probatori, sopra illustrati".

41.2. Danno da ritardo.
Con sentenza 2 novembre 2020, n. 6755 la sez. III ha affermato che l'ingiustizia del danno e, quindi, la sua risarcibilità per il ritardo dell'azione amministrativa è configurabile solo ove il provvedimento favorevole sia stato adottato, sia pure in ritardo, dall'autorità competente ovvero sarebbe dovuto essere adottato, sulla base di un giudizio prognostico effettuabile sia in caso di adozione di un provvedimento negativo sia in caso di inerzia reiterata, in esito al procedimento.

Ha ricordato la Sezione che il tempo dell'azione amministrativa non è un bene in sé, ma la misura di un bene consistente nella soddisfazione dell'interesse ottenibile soltanto mediante il legittimo, tempestivo, esercizio della stessa azione amministrativa. La Sezione ha quindi aderito all'indirizzo giurisprudenziale (Cons. St., sez. IV, 22 luglio 2020, n. 4669; id. 27 febbraio 2020, n. 1437; id. 2 dicembre 2019, n. 8235; id. 15 luglio 2019, n. 4951)secondo cui l'espresso riferimento al danno ingiusto – contenuto nell'art. 2-*bis*, l. n. 241 del 1990, così come nel comma 2 dell'art. 30 c.p.a., secondo cui può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal "mancato esercizio di quella obbligatoria" – induce a ritenere che per poter riconoscere la tutela risarcitoria in tali fattispecie, come in quelle in cui la lesione nasce da un provvedimento espresso, non possa in alcun caso prescindersi dalla spettanza di un bene della vita, atteso che è soltanto la lesione di quest'ultimo che qualifica in termini di ingiustizia il danno derivante tanto dal provvedimento illegittimo e colpevole dell'amministrazione quanto dalla sua colpevole inerzia e lo rende risarcibile. Il giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita si presenta come un'applicazione particolare dei principi generali in tema di nesso di causalità materiale e mira a stabilire quale sarebbe stato il corso delle cose se il fatto antigiuridico non si fosse prodotto e, cioè, se l'amministrazione avesse agito correttamente (Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751 sui criterî per l'accertamento della causalità materiale, sulla base dei principi generali di cui agli artt. 40 e 41 c.p. declinati secondo la regola della c.d. "causalità adeguata" e temperati in base al canone del "più probabile che non").

41.3. *Compensatio lucri cum damno* ed emotrasfusioni con sangue infetto.

La sez. III, con sentenza 24 giugno 2020, n. 4028 ha affermato che la *compensatio lucri cum damno* opera in tutti i casi in cui sussista una coincidenza tra il soggetto autore dell'illecito tenuto al risarcimento e quello chiamato per legge ad erogare il beneficio, con l'effetto di assicurare al danneggiato una reintegra del suo patrimonio completa e senza duplicazioni; ciò che si verifica, paradigmaticamente, proprio nel caso dell'indennizzo corrisposto al danneggiato, ai sensi della l. 25 febbraio 1992, n. 210, a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto, il quale pertanto deve essere integralmente scomputato dalle somme spettanti a titolo di risarcimento del danno, venendo altrimenti la vittima a godere di un ingiustificato arricchimento consistente nel porre a carico di un medesimo soggetto (il Ministero della salute) due diverse attribuzioni patrimoniali in relazione al medesimo fatto lesivo.

Ha chiarito la Sezione che trattandosi di erogazione periodica - assegno bimestrale calcolato in base alla gravità dei danni subiti (tabella B allegata alla l. 29 aprile 1976, n. 177, come modificata dalla l. 2 maggio 1984, n. 111, art. 7; l. n. 210 del 1992, art. 2) - detta esigenza rimarrebbe in buona parte insoddisfatta ove il defalco dall'entità del risarcimento spettante venisse limitato ai ratei già corrisposti al momento della liquidazione del danno, con esclusione di quelli futuri, volta che nella specie deve ritenersi già determinato ovvero determinabile il loro preciso ammontare.

Ha aggiunto la Sezione che la formula della "capitalizzazione" sottende appunto l'esigenza di valorizzare, in termini più o meno fittizi, una prestazione economica di carattere durevole e solitamente commisurata alla vita dell'avente diritto, al fine di tradurla in una entità monetaria unitaria, laddove, per le più varie esigenze giuridiche, si renda necessario considerare la prima, con la sua caratteristica articolazione temporale, in luogo della seconda, con la sua tipica connotazione una tantum: così (inevitabilmente) concepita, la "capitalizzazione" è inconciliabile con qualsivoglia delimitazione temporale che non sia quella rapportata all'intero arco temporale di (prevedibile) erogazione della prestazione continuativa, ciò tanto più laddove, come nella fattispecie in esame, si tratti di assicurare la piena esplicazione del summenzionato principio della *compensatio lucri cum damno*, così come recepito in sede giurisprudenziale (a livello nomofilattico e nell'ambito della concreta decisione oggetto di ottemperanza).
La questione, dalla determinazione della rilevanza temporale della prestazione indennitaria ex l. n. 201 del 1992, si sposta quindi, anche al fine di verificare la correttezza della statuizione di inammissibilità recata dalla sentenza appellata, sul tema della individuazione dei criteri sulla scorta dei quali concretizzare e quantificare quella rilevanza ai fini della esecuzione della condanna risarcitoria, ovvero, in ultima analisi, la disposta "capitalizzazione".

41.4. Onere della prova nell'azione risarcitoria conseguente all'annullamento giurisdizionale di una interdittiva antimafia

Il C.g.a., con sentenza 3 giugno 2020, n. 372 ha affermato che in sede di azione risarcitoria conseguente all'annullamento giurisdizionale di una interdittiva antimafia il riparto dell'onere della prova della colpa deve seguire i criteri generali e l'onere della prova a carico dell'Amministrazione non è in qualche modo attenuato, né la responsabilità può essere circoscritta solo a gradi più elevati di colpa (colpa grave).
Ha chiarito il C.g.a. che l'attività del Prefetto in materia di informative antimafia è certamente caratterizzata da ampia discrezionalità, ma non si tratta di un caso isolato di attività discrezionale nell'ordinamento, e l'attività discrezionale non si sottrae alla completa ed esaustiva verifica giurisdizionale.
Non possono non richiamarsi gli effetti estremamente penalizzanti dei provvedimenti interdittivi in capo agli operatori economici, il che onera la competente Amministrazione di un'attenta ponderazione di tutti gli elementi di fatto nella ricerca certosina del giusto punto di equilibrio tra le esigenze di una tutela anticipata e quella di preservare (sia pur in una logica probabilistica e non di certezza) margini di obiettività e di verificabilità al giudizio sotteso all'applicazione di misure di rigore.
Spetta pertanto all'Amministrazione dell'interno, in caso di informativa antimafia illegittima, provare che il proprio errore sia frutto di cause oggettive o della "complessità delle questioni da esaminare al fine di ricostruire un quadro indiziario attendibile, in presenza di diversi elementi sui quali si fondano comunemente i provvedimenti di cautela antimafia (frequentazioni, parentele, rapporti di affari, contatti da parte di soci con soggetti controindicati)" (Cons. St., sez. III, 5 giugno 2019, n. 3799).

Non contraddicono a quanto sin qui affermato le statuizioni della decisione del Consiglio di Stato n. 3799 del 2019 cit., che ha invece nel caso concreto esaminato escluso la colpa dell'Amministrazione dell'interno nell'adozione di una informativa antimafia illegittima.
Si afferma in tale decisione che "la configurabilità degli estremi della colpa dell'Amministrazione nell'adozione delle informative antimafia vada scrutinata in coerenza con la funzione, con la natura e con i contenuti delle relative misure. Si è, infatti efficacemente evidenziato come, in subiecta materia, vada riconosciuto il dovuto rilievo, anzitutto, alla portata della regola di azione che si rivela particolarmente sfuggente e di difficile decifrazione (…). Non può, infatti, essere obliato l'ampio spettro di discrezionalità assicurato all'Autorità prefettizia nel campo della prevenzione del fenomeno mafioso, il carattere preventivo e cautelativo dei provvedimenti da adottare, le difficoltà e la complessità delle questioni da esaminare al fine di ricostruire un quadro indiziario attendibile, in presenza di diversi elementi sui quali si fondano comunemente i provvedimenti di cautela antimafia (frequentazioni, parentele, rapporti di affari, contatti da parte di soci con soggetti controindicati)".
Tale decisione non afferma, per la colpa da interdittiva antimafia illegittima, principi nuovi e diversi rispetto a quelli enunciati in generale dalla giurisprudenza amministrativa in tema di riparto dell'onere della prova della colpa da provvedimento illegittimo, ma si limita a valutare la colpa avuto riguardo a tutte le circostanze concrete in cui è scaturita l'informativa illegittima.
È infatti evidente che se, nonostante ogni sforzo di diligenza dell'Amministrazione, residuino margini di opinabilità e apprezzamento prudentemente valutati dall'Amministrazione medesima, e se in tale contesto il giudice amministrativo ritenga illegittima una informativa che presenta margini di opinabilità, può anche pervenirsi ad escludere la colpa dell'Amministrazione.

41.5. Responsabilità risarcitoria per mancato scrutinio di magistrato ad incarico direttivo da parte del C.S.M..

La sez. II, con sentenza 12 marzo 2020, n. 1780 ha escluso che sia configurabile, anche in astratto, una posizione giuridica qualificata la cui lesione possa dare luogo a responsabilità risarcitoria da perdita di chance in capo al magistrato ordinario che, non essendo stato destinatario da parte della competente Commissione del Consiglio superiore di magistrato di nomina ad un incarico direttivo, non sia stato conseguentemente scrutinato dal plenum a seguito della mancata approvazione della proposta di nomina formulata esclusivamente nei confronti di altro candidato.
In considerazione della peculiare procedura delineata dall'art. 43 del Regolamento interno del Consiglio Superiore della Magistratura, secondo cui ciascuna Commissione delibera le proposte che intende sottoporre al Consiglio, qualora un magistrato ordinario, il quale abbia presentato domanda per il conferimento di un incarico direttivo, pur dopo essere stato favorevolmente giudicato dalla Commissione non sia stato tuttavia proposto per la nomina, egli non è neanche astrattamente titolare di alcun interesse giuridicamente qualificato a che il plenum, in caso di non approvazione della proposta

unanimemente formulata dalla Commissione nei confronti di altro candidato, esamini prioritariamente la sua posizione; pertanto, tale mancato scrutinio non può dar luogo ad alcuna responsabilità risarcitoria dell'amministrazione, neanche in termini di semplice perdita di chance.

41.6. Azione risarcitoria per danno ambientale.

Quanto all'azione risarcitoria per danno ambientale la sez. IV, con sentenza 20 ottobre 2020, n. 6349 ha affermato che a mezzo dell'azione prevista dagli artt. 309 ss., d.lgs. n. 152 del 2006 - che può essere attivata su impulso di regioni, province autonome, enti locali, persone fisiche o giuridiche nonché organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell'ambiente - si intende tutelare il valore "Ambiente", che costituisce l'oggetto di uno specifico interesse pubblico rispetto a casi di danno o anche di semplice minaccia di danno ambientale; in tal caso, quindi, il bene della vita tutelato in via diretta dal Legislatore non è l'interesse particolare di un soggetto che chiede di essere risarcito per il danno cagionato alla propria sfera patrimoniale, bensì l'interesse alla tutela ambientale posto in capo al Ministero dell'ambiente che, su sollecitazione dei soggetti sopra indicati, adotta le necessarie misure di precauzione, prevenzione e contenimento del danno a seguito della apposita valutazione discrezionale che è chiamato a svolgere ai sensi del comma 3 dell'art. 309, d.lgs. cit..

Ha chiarito la Sezione che le disposizioni del d.lgs. n. 152 del 2006 hanno consentito allo Stato di ottenere il risarcimento del danno ambientale da parte del responsabile, ma non consentono di ritenere che lo Stato medesimo – o altre pubbliche amministrazioni – di per sé rispondano del danno cagionato ad un singolo proprietario da un illecito cagionato da un terzo: se un soggetto cagiona un danno ad un proprietario, rendendo 'inservibile' il fondo con una condotta che ne comporta il suo inquinamento, il proprietario danneggiato può agire solo nei confronti dell'autore della condotta illecita, mentre lo Stato è titolare della pretesa risarcitoria per la lesione arrecata all'ambiente e può agire nei confronti del medesimo autore della condotta illecita, nonché nei confronti del proprietario del fondo inquinato, qualora sussistano i relativi presupposti.

E' pur vero che i soggetti pubblici e privati sopra indicati sono legittimati ad agire ai sensi dell'art. 310 T.U. cit. secondo i principi generali, per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 152 del 2006, nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministro dell'ambiente e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale, ma si tratta pur sempre di azioni volta a stimolare iniziative concrete a tutela dell'interesse generale ambientale che risulta essere stato leso e non di azioni risarcitorie a tutela di singoli beni privati.

Il Ministro dell'ambiente deve farsi parte attiva nell'adottare le misure di contenimento dei danni ambientali e di messa in sicurezza (e perciò può essere compulsato a mezzo di azioni giurisdizionali a cui sono legittimati i soggetti sopra indicati, ivi comprese le associazioni di tutela ambientale), ma non è soggetto passivo dell'azione di danno.

41.7. Liquidazione del risarcimento del danno conseguente alla occupazione *sine titulo* di un terreno.

La sez. IV, con sentenza 23 luglio 2020, n. 4709 ha affermato che qualora sia chiesto il risarcimento del danno conseguente alla occupazione senza titolo di un terreno, poi restituito dall'Amministrazione, non si applica l'art. 42 bis, comma 3, del testo unico sugli espropri (la cui regola del computo del 5% annuo sul valore dell'area si applica solo qualora l'Autorità che utilizza l'area ne disponga l'acquisizione) e il giudice amministrativo – in mancanza della specifica prova del danno conseguente al suo mancato godimento – può disporne la liquidazione secondo equità, tenendo conto della estensione del terreno, della durata della occupazione e della sua precedente utilizzazione, e può quantificare l'importo nel suo preciso ammontare (evitando la fissazione di parametri che implicano la previa determinazione del valore dell'area).

Ha chiarito la Sezione che il comma 3 dell'art. 42 bis del t.u. sugli espropri dispone che: "Per il periodo di occupazione senza titolo è computato a titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma".

Tale disposizione ha un campo di applicazione imprescindibilmente legato all'applicazione del comma 1 dell'art. 42 *bis*, il quale, come ribadito da questo Consiglio, in Adunanza Plenaria, ha disciplinato un procedimento semplificato da seguire quando l'amministrazione disponga l'acquisizione al proprio patrimonio di un bene che possieda, senza titolo, per un interesse pubblico, e che sia stato modificato nella sua originaria consistenza.

Si tratta di una normativa dal preciso ambito di applicazione, che delinea una "fattispecie normativa di diritto amministrativo settoriale in materia espropriativa, quale tassativamente predeterminata dal legislatore" (Cons. St., A.P., 20 gennaio 2020, n. 4; Corte cost. 30 aprile 2015, n. 71).

Relativamente alla questione se il parametro del 5 per cento annuo (previsto dal comma 3) sia applicabile anche quando l'area sia restituita al proprietario, il Collegio è consapevole che alcuni precedenti della Sezione – richiamati dall'appellante - hanno liquidato proprio in base a tale parametro, in via equitativa, il danno patito dal privato per l'occupazione senza titolo (Cons. St., sez. IV, 27 maggio 2019, n. 3428).

La Sezione, tuttavia, dopo maturo esame e *re melius perpensa*, ritiene che questa impostazione vada tuttavia rimeditata.

Logicamente, prima ancora di esaminare l'applicabilità del comma 3 sopra riportato per quantificare il danno fatto valere nel presente giudizio, il Collegio ritiene che vada comunque approfondito se sia configurabile una responsabilità risarcitoria e, in particolare, un danno derivante dall'occupazione senza titolo di un fondo, allorché, nel giudizio, il ricorrente si sia limitato ad allegare la mera lesione della facoltà di godimento del bene, senza ulteriormente specificare e descrivere i pregiudizi patrimoniali che da essa sono scaturiti.

Nel caso in esame, per l'appunto, in prime cure, l'interessato ha descritto la lesione arrecata al suo diritto di proprietà, lamentando che l'occupazione del bene da parte del

Comune avrebbe cagionato il suo mancato godimento per tutto il periodo in cui l'occupazione si è protratta.
È necessario domandarsi, dunque, preliminarmente, se, in ragione della allegazione 'estremamente sintetica' del pregiudizio sofferto (ampliata in questo secondo grado di processo), possa comunque riconoscersi l'esistenza di un danno risarcibile, inteso come conseguenza pregiudizievole, economicamente valutabile, verificatasi nel patrimonio di chi asserisce di avere subito la lesione di una sua situazione giuridica soggettiva.
In base alle allegazioni dell'interessato, questo pregiudizio viene infatti a coincidere con la lesione di una delle due facoltà del diritto di proprietà – quella di godimento - in cui, tradizionalmente e usualmente, si articola il contenuto di questa situazione giuridica soggettiva.
Da tale compromissione, nondimeno, non si fa scaturire una conseguenza pregiudizievole specifica, quale sarebbe il non aver potuto trarre profitto da un uso – e, dunque, da un godimento - diretto o indiretto del bene (ad es., adibendolo ad una proficua coltivazione oppure concedendolo in locazione [per chi ritiene che quest'ultima ipotesi costituisca esplicazione della facoltà di godimento e non di quella di disposizione]).
L'orientamento di questo Consiglio incline all'applicazione del criterio dettato dall'art. 42 *bis*, comma 3, d.P.R. n. 327 del 2001, per l'aspetto relativo alla quantificazione del danno (per fattispecie diverse da quelle disciplinate dal medesimo art. 42 bis, e in particolare per i casi di rilevata spettanza di un risarcimento, nelle ipotesi di restituzione dell'area o di constatato acquisto del bene da parte dell'Amministrazione in assenza dell'atto formale di acquisizione), ha riguardato i profili relativi all' "an": si è affermato che, in presenza della lesione o della compressione della facoltà di godimento derivanti dall'occupazione senza titolo, non fosse necessario assolvere ad un onere di descrizione - del pregiudizio patrimoniale sofferto - particolarmente particolareggiato e dettagliato, per ammetterne la sussistenza.
A tale semplificazione degli oneri di allegazione e di prova della sussistenza del danno patrimoniale, seguiva quella relativa alla quantificazione attuata con l'applicazione dell'art. 42 *bis*, comma 3, d.P.R. n. 327 del 2001.
Si accoglieva, dunque, un'impostazione particolarmente favorevole al proprietario sia sul versante dell'allegazione e della prova dell'*an* del danno, che sul versante relativo al quantum.
La Sezione ritiene che si possa dare continuità a questo orientamento solo per quanto riguarda l'*an* del danno: si può ritenere sufficientemente provata la sussistenza di un danno patrimoniale per il solo fatto che il proprietario di un bene ne abbia sofferto lo spossessamento e ne abbia dunque perduto, temporaneamente, il godimento.
Non rileva in questa sede approfondire la questione se la lesione così arrecata al diritto di proprietà costituisca un c.d. "danno-evento", circa il profilo dell'*an*, oppure un danno conseguenza *in re ipsa*, circa il profilo del *quantum*.
A fronte di un sistema normativo articolato e composito, sovranazionale e nazionale, scandito da norme di rango diverso, che attribuisce una consistente e multiforme tutela al diritto di proprietà, mediante le previsioni di differenti rimedi, il quadro degli oneri

probatori gravanti su chi si assume danneggiato va "semplificato", nel rispetto delle regole che presidiano il processo, al fine di dare piena attuazione al principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 1 c.p.a.).
L'allegazione della perdita temporanea della facoltà di godimento costituisce non soltanto un profilo rilevante ai fini della descrizione della lesione occorsa alla situazione giuridica soggettiva, che si assume violata, ma anche un aspetto dirimente per gli aspetti correlati ai pregiudizi economici che da quella lesione sono scaturiti.
Secondo una valutazione basata sull'*id quod plerumque accidit* e, dunque, facendosi applicazione dell'istituto delle presunzioni semplici (art. 2729 c.c.), può evidenziarsi come la perdita del godimento del bene si traduca, di regola, nella perdita del valore d'uso di quel bene o, anche, della sua mera "disponibilità statica"; di quella che, con locuzione descrittiva, può essere definita come una "posta attiva potenziale" della sfera giuridica dell'interessato, cioé dei molteplici impieghi, profittevoli o anche solo di svago, che si traggono dall'essere nella disponibilità del bene.
Pur se con riguardo alla diversa fattispecie del ritardo del pagamento di un'obbligazione pecuniaria, la Corte di Cassazione (SS.UU., 16 luglio 2008, n. 19499) ha fornito importanti principi in materia di prova: ha ammesso che si possa fornire la prova della sussistenza del maggior danno attraverso il meccanismo delle presunzioni semplici, con tecniche di semplificazione dell'istruzione probatoria variate nel corso del tempo e adattate al mutare del contesto economico-sociale; ha affermato che "è stato da tempo chiarito come, in definitiva, è nel rapporto tra normalità ed anormalità, tra regola ed eccezione che si rinviene il criterio teorico pratico della ripartizione dell'onere della prova, il quale non costituisce un istituto giuridico in sé concluso, ma un modo di osservare l'esperienza giuridica. E la giurisprudenza ha quindi fatto ricorso, tutte le volte che il modello legale prefissato non risultava appagante in relazione alle posizioni delle parti riguardo ai singoli temi probatori, allo schema della presunzione in modo talora così tipico e costante da creare, in definitiva, vere e proprie regole di giudizio. Col risultato non già di invertire l'onere della prova, ma di distribuirlo in senso conforme alla realtà dell'esperienza positiva"; ha dunque ritenuto che, poiché di regola del bene-denaro si fa un uso remunerativo o proficuo, si può presumere l'esistenza del (maggior) danno occorso e di quantificarlo attraverso un criterio equitativamente determinato.
Il principio di diritto suesposto risulta applicabile – ai sensi degli artt. 2043, 2056 e 1226 c.c. e con le precisazioni di seguito esposte - anche quando l'Amministrazione abbia temporaneamente occupato senza titolo un bene altrui (e non lo abbia formalmente acquisito in applicazione dell'art. 42 bis del testo unico sugli espropri), nel corso di un procedimento non conclusosi con un valido ed efficace decreto d'esproprio o con un accordo di cessione.
Anche in tal caso, per un certo lasso di tempo, è configurabile il 'mancato godimento' di un bene (il fondo illegittimamente occupato) del quale, usualmente, il titolare può fare un uso remunerativo o proficuo: anzi, mentre la mera disponibilità del denaro di per sé non soddisfa esigenze ed aspirazioni personali, la mera disponibilità di un proprio fondo ne consente molteplici impieghi, profittevoli o anche solo di svago.

41.8. Tutela dei propri diritti soggettivi nelle materie a giurisdizione esclusiva.
La sez. II, con la sentenza 31 dicembre 2020, n. 8546 ha affermato che la Pubblica amministrazione può agire in giudizio per la tutela dei propri diritti soggettivi nelle materie a giurisdizione esclusiva, quale tipicamente la contrattualistica pubblica; ciò accade tipicamente per azioni a titolo di responsabilità precontrattuale proposte nei confronti delle controparti private, per condotte scorrette nella fase delle trattative; allo stesso paradigma è riconducibile l'azione risarcitoria per il danno che l'Amministrazione ritenga di avere subito dalla mancata stipula del contratto per l'annullamento dell'aggiudicazione per causa riconducibile all'aggiudicatario; al fine di valutare la sussistenza dell'illecito, tuttavia, devono comunque essere utilizzate a "parti invertite" e con i necessari adattamenti tutte le categorie concettuali elaborate dalla giurisprudenza con riferimento alla condotta della pubblica amministrazione; pertanto anche il privato fruisce della "esimente" della complessità giuridica di un istituto, laddove il suo corretto inquadramento sia alla base del comportamento che gli viene addebitato dalla controparte pubblica.
Ha premesso la Sezione che la possibilità di agire in giudizio a tutela dei propri diritti soggettivi in ambiti di giurisdizione esclusiva da parte della Pubblica amministrazione è stata da sempre riconosciuta dal giudice amministrativo, avuto riguardo in particolare alle azioni a titolo di responsabilità precontrattuale proposte nei confronti delle controparti private, per condotte scorrette nella fase delle trattative. A favore della riconosciuta bilateralità direzionale delle tutele milita in primo luogo il principio di concentrazione delle stesse, che avrebbe reso irrazionale ed antieconomico non trattare unitariamente la domanda riconvenzionale di un'amministrazione verso il privato che l'abbia evocata in giudizio innanzi al giudice amministrativo, con l'evidente rischio anche di contrasto di giudicati (Cons. St., A.P., 20 luglio 2012, n. 28; nonché da ultimo Cost. n. 179 del 2016). L'aggiudicazione definitiva, pur integrando il momento di cesura tra una generica aspettativa di buon esito della gara, più o meno rafforzata dalla tipologia dei contatti intercorsi, e una specifica connotazione soggettiva quale "vincitore" della procedura ad evidenza pubblica, attiene ancora tuttavia al piano delle "trattative", di cui costituisce il massimo punto espressivo, al di là del quale nasce il sinallagma contrattuale e gli obblighi tra le parti si connotano della vicendevolezza riconducibile allo stesso. Il suo annullamento, quindi, eliminando tale diaframma formale fra la fase delle trattative e la fase della stipula del contratto e della susseguente esecuzione della prestazione, fa sostanzialmente retroagire i rapporti tra le parti alla prima di esse, ivi collocando la necessaria valutazione del comportamento del privato.
Ha aggiunto la Sezione che al fine di dirimere una controversia che veda quale parte attrice l'Amministrazione, anziché il privato, devono comunque essere utilizzate le categorie concettuali elaborate dalla giurisprudenza "a parti rovesciate", non limitandosi alla operatività a discolpa (anche) del privato della "esimente" della "obiettiva situazione di incertezza circa le corrette determinazioni (pubblicistiche) da assumere".
Il dibattito sulla responsabilità riveniente dalla non corretta gestione della dinamica relazionale nella contrattualistica pubblica ha costituito da tempo l'ambito più fertile di sviluppo della teorica di un sistema di diritto comune che attingendo ai principi civilistici

ne mutua l'essenza al fine di ampliare la soglia della risarcibilità ed elevare il livello di collaborazione richiesto alla pubblica amministrazione, seppur senza rinunciare alle prerogative del proprio potere autoritativo. La commistione tra regole pubblicistiche e regole privatistiche che ne connota la disciplina, infatti, sì da renderle operanti non in sequenza temporale, ma in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione, ben giustificano l'approccio osmotico a categorie concettuali tipiche del diritto privato da parte dei titolari di pubblici poteri (Cons. St., sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237). Da qui la rilevanza attribuita a quelle di correttezza, che non possono pertanto essere relegate soltanto ad una o più delle singole fasi in cui si suddivide una gara, ma le permeano nella loro interezza, in quanto le stesse, oltre che intrise di aspetti pubblicistici e privatistici, sono tutte pur sempre teleologicamente orientate all'unico fine della stipulazione del contratto. Prima della quale, dunque, il loro rispetto non può che riguardare le "trattative", il "contatto" più o meno intensamente qualificato nelle quali esse si sono circostanziate, a seconda del grado di sviluppo del procedimento.

Va ricordato altresì come la differenza tra violazione delle regole pubblicistiche e civilistiche risiede nel fatto che la prima, in quanto riferita all'esercizio diretto ed immediato del potere, impatta sul provvedimento, determinandone, di regola, l'invalidità; l'altra, invece, si riferisce al comportamento, seppur collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere, complessivamente tenuto dalla stazione appaltante o dall'amministrazione aggiudicatrice nel corso della gara e la loro violazione genera non invalidità provvedimentale, ma responsabilità. Il che non può non valere anche con riferimento alla condotta del privato, seppure a sua volta destinata a confluire in atti dell'Amministrazione. Essa, dunque, va egualmente valutata alla stregua della rispondenza ai richiamati canoni di correttezza comportamentale, non potendo certo porsi sullo stesso piano un errore o una dimenticanza o una scelta determinata da errore di diritto scusabile, e un'altra, consapevolmente volta invece a trarre in inganno il contraente pubblico. Diversamente opinando, si arriverebbe al paradosso di "punire" con maggior rigore la condotta che abbia inciso in via "mediata" su un provvedimento, rispetto a quella ascrivibile direttamente al funzionario preposto ad esprimere la volontà dell'Amministrazione, la cui responsabilità, espressamente evocata in caso di annullamento d'ufficio dal portato testuale del comma 1 dell'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990, rientra comunque nella normale perimetrazione della colpevolezza.

Ha ancora ricordato la Sezione che il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, richiedendosi la positiva verifica di tutti i requisiti previsti, e cioè la lesione della situazione soggettiva tutelata, la colpa, l'esistenza di un danno patrimoniale e la sussistenza di un nesso causale tra l'illecito e il danno subito. Essendo tuttavia la Pubblica amministrazione chiamata a muoversi (anche) all'interno di un quadro procedimentale rigorosamente predeterminato fin dalla fase della scelta del contraente, non gode certo della medesima "libertà di autodeterminazione" riconosciuta e tutelata nel privato (Cons. St., A.P., 4 maggio 2018, n. 5) se non nel senso della tutela dell'affidamento riposto nel buon esito delle procedure, scongiurando fattori di indebito procrastinamento della definizione delle stesse e

conseguentemente dell'interesse pubblico sotteso all'attivazione della procedura concorsuale. Affinché, tuttavia, tale generica aspettativa di buon esito intrinseca all'esercizio di qualsivoglia funzione pubblica, venga attinta dal comportamento del privato è necessario che quest'ultimo abbia colpevolmente orientato le scelte (sbagliate) dell'Amministrazione.
Sia l'Amministrazione che il privato sono tenuti a comportarsi secondo i principi di correttezza e buona fede nelle trattative; la tutela dell'aspettativa della pubblica amministrazione, tuttavia, non può identificarsi in quella della "libertà di autodeterminazione negoziale", in quanto la stessa è chiamata a muoversi all'interno di un quadro procedimentale rigorosamente predeterminato, stante la commistione tra regole di diritto pubblico e regole di diritto privato che connota tipicamente l'ambito della contrattualistica pubblica; perché possa dirsi lesa l'aspettativa qualificata della pubblica amministrazione è pertanto necessario che il privato abbia rafforzato colpevolmente la fiducia dell'Amministrazione nel buon esito del procedimento; la mancata stipula del contratto che consegua all'annullamento dell'aggiudicazione può costituire un fatto riconducibile allo stesso idoneo a far "scattare" i meccanismi speciali di tutela rinforzata previsti dal legislatore (oggi, la c.d. "garanzia a prima richiesta" *ex* art. 93, d.lgs. n. 50 del 2016), ma perché a ciò consegua anche il risarcimento degli ulteriori danni subiti devono sussistere anche i rimanenti presupposti dell'illecito civile.

42. Ricorso straordinario al Capo dello Stato.
La sez. II, con sentenza 22 gennaio 2020, n. 545 ha affermato che la regola di alternatività tra ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e impugnazione giurisdizionale opera quando, dopo l'impugnazione in sede straordinaria dell'atto presupposto, venga gravato in sede giurisdizionale l'atto conseguente, al fine di dimostrarne l'illegittimità derivata dalla dedotta invalidità dell'atto presupposto; cosicché il giudizio già pendente avverso l'atto presupposto esercita una *vis attractiva* su ogni altro atto ad esso oggettivamente connesso e fa escludere che la contestazione rivolta agli atti connessi possa aver luogo attraverso separato ricorso in diversa sede; è pertanto inammissibile l'impugnazione in sede giurisdizionale del decreto di esproprio se con precedente ricorso straordinario al Presidente della Repubblica era stata impugnata l'occupazione d'urgenza dei terreni.
La Sezione ha richiamato l'interpretazione estensiva del principio di alternatività fra ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e ricorso giurisdizionale, enunciato dall'art. 8, comma 2, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199. Nel prestare adesione all'orientamento maggioritario, la Sezione ha osservato che si tratta di un indirizzo teleologico fondato su una nozione di alternatività di carattere sostanziale che privilegia le esigenze di economia dei giudizi e persegue la finalità di evitare contrasti fra giudicati sede.
Quanto alla possibile obiezione che attiene al *vulnus* al diritto di difesa che deriverebbe, nella fattispecie, dalla predetta interpretazione, che renderebbe di fatto impossibile la proposizione della domanda di risarcimento danni, ha chiarito la Sezione che se è vero che per consolidato orientamento la natura impugnatoria del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ammesso contro atti amministrativi definitivi e per soli

motivi di legittimità (art. 8, d.P.R. n. 1199 del 1971), esclude che con lo stesso possano esercitarsi azioni differenti rispetto a quella di annullamento, tuttavia la domanda risarcitoria è ammissibile in sede giurisdizionale, dove la stessa è proponibile anche in via autonoma e indipendentemente dalla rituale impugnazione dell'atto lesivo (art. 30 c.p.a.).

43. Processo amministrativo.

43.1. Rapporti tra regole del processo amministrativo e diritto europeo.

La sez. IV, con sentenza 9 luglio 2020, n. 4403 ha affermato che l'applicazione del diritto europeo deve sottostare alle regole del processo amministrativo.

La Sezione ha richiamato la sentenza Corte giustizia Ue 17 marzo 2016, C- 161/15, Bensada, la quale ha affermato che un motivo attinente alla violazione del diritto di essere sentito, come garantito dal diritto dell'Unione, sollevato per la prima volta dinanzi al giudice nazionale, in un procedimento per cassazione, deve essere dichiarato ricevibile se tale diritto, come garantito dall'ordinamento nazionale, soddisfa le condizioni previste da detto ordinamento per essere qualificato come motivo di ordine pubblico; sicché la Corte, nel riconoscere l'operatività del principio di autonomia processuale degli Stati membri, prendendo come parametro nella fattispecie quello di equivalenza, ha ritenuto che, qualora esso non sia violato, la violazione del diritto di essere sentiti, se non ritualmente e tempestivamente dedotta nel processo, resta ferma e non scatta l'obbligo di funzionalizzare la regola processuale nazionale per rendere effettivo il diritto comunitario. Inoltre, la Corte giustizia Ue, nella pronuncia 14 dicembre 1995, in cause riunite C-430/93 e C-431/93, van Schijndel, con riferimento al principio dispositivo, ha chiarito che "il diritto comunitario non impone ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo, alla cui osservanza sono tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda" (punto 22). Più in generale, la Corte di giustizia Ue, sezione I, nella sentenza 4 marzo 2020, C–34/19, Telecom Italia s.p.a., ha affermato che: "Il diritto dell'Unione dev'essere interpretato nel senso che esso non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme di procedura interne che riconoscono autorità di cosa giudicata a una pronuncia di un organo giurisdizionale, anche qualora ciò consenta di porre rimedio a una violazione di una disposizione del diritto dell'Unione, senza con ciò escludere la possibilità per gli interessati di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei loro diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione".

43.2. Processo amministrativo nel periodo dell'emergenza Covid-19.

Molte le decisioni del Consiglio di Stato e del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana intervenute sulle disposizioni, emanate nel periodo di emergenza sanitaria Covid-19, che hanno inciso sulla gestione delle udienze (pubbliche e camerali) per

consentire la prosecuzione dell'attività giurisdizionale, garantendo sempre il diritto di difesa.
In particolare, sulle udienze da remoto il C.g.a., con decreto monocratico cautelare (21 dicembre 2020, n. 858) ha affermato che deve essere disconnesso dalla discussione in udienza da remoto l'avvocato se nel luogo da cui è collegato telematicamente è visibile la presenza di un'altra persona non identificata e non preventivamente autorizzata a partecipare alla camera di consiglio se non trova riscontro il reiterato invito del Presidente del Collegio a far allontanare il soggetto non autorizzato.
In relazione all'istanza di tutela monocratica *ex* art. 84, d.l. n. 18 del 2020 contenuta in memoria non notificata la sez. VI, con decreto 2 aprile 2020, n. 1641 ha affermato che domanda cautelare *ex* art. 55 c.p.a. fonda la procedibilità dell'istanza cautelare con decreto monocratico ex art. 84, d.l. n. 18 del 2020, riferita a ricorso presentato il 12 marzo 2020 e pendente nel periodo fra l'8 marzo ed il 15 marzo 2020, anche se contenuta in memoria non notificata, essendo volta solo a sollecitare la decisione monocratica già prevista direttamente dal citato art. 84. Ha chiarito il decreto che a tale decisione monocratica cautelare *ex* art. 84, d.l. n. 18 del 2020 non si applica l'art. 56, comma 1, c.p.a., e quindi il presupposto dell'estrema gravita ed urgenza, essendo la stessa da emanare in presenza dei presupposti di cui all'art. 55 c.p.a., anche se con forma e rito monocratico e da confermarsi in sede collegiale in apposita camera di consiglio da tenersi successivamente al 15 aprile 2020.

Diverse sono state le pronunce sulle istanze di rinvio della discussione.
La sez. V, con ordinanza 10 aprile 2020, n. 1881 ha escluso che la decisione cautelare collegiale calendarizzata in periodo ricompreso fra il 6 e il 15 aprile 2020, rientrante nel regime di cui al terzo periodo dell'art. 84, comma 2, d.l. n. 18 del 2020, possa essere rinviata su richiesta dell'appellante, atteso che il differimento *ope legis* della camera di consiglio è ammesso dal terzo periodo del citato comma 2 dell'art. 84, in caso di richiesta di "una delle parti su cui incide la misura cautelare", e tale non è la stessa parte istante che ha ottenuto la tutela monocratica. Diversamente opinando la stessa parte istante sarebbe ammessa a protrarre a proprio vantaggio - in conseguenza di richiesta unilaterale proveniente da sé - gli effetti favorevoli del decreto monocratico.
La sez. IV, con ordinanza 8 maggio 2020, n. 2475 ha respinto l'istanza della parte appellata di differire l'esame dell'appello cautelare proposto dall'Amministrazione alla fine della fase emergenziale, onde consentirne la discussione orale secondo i noti principi costituzionali e comunitari. La Sezione ha disatteso la richiesta di differimento ritenendo, da un lato, che esso potesse compromettere la ragionevole durata del giudizio cautelare; dall'altro che il decorso del tempo potesse vanificare e privare di utilità la richiesta cautelare dell'appellante Amministrazione, con lesione del principio di economia processuale.
Anche la sez. VI (21 aprile 2020, n. 2539) ha respinto l'istanza di rinvio della trattazione della camera di consiglio cautelare per consentire la discussione orale. Ha chiarito che l'art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020 va interpretato nel senso che ciascuna delle parti ha facoltà di chiedere il differimento dell'udienza a data successiva al termine della fase

emergenziale Covid-19 allo scopo di potere discutere oralmente la controversia, qualora si ritenga che dal differimento richiesto da una parte non sia compromesso il diritto della controparte ad una ragionevole durata del processo e quando la causa non sia di tale semplicità da non richiedere alcuna discussione potendosi pur sempre, nel rito cartolare, con la necessaria prudenza, far prevalere esigenze manifeste di economia processuale (e ciò in particolare nella fase cautelare, mentre la pretermissione della discussione nel giudizio di merito va valutata anche alla luce di potenziali effetti irreversibili sul diritto di difesa che andrebbero per quanto possibile evitati stante la necessaria temporaneità e proporzionalità delle misure processuali semplificate legate alla situazione pandemica "acuta").

La Sezione ha preliminarmente ricordato che rito processuale emergenziale dettato dall'art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, per il periodo che va dal 15 aprile 2020 e fino al 30 giugno 2020, ha previsto il rinvio della trattazione e la "rimessione in termini" in relazione a quelli che, per effetto della sospensione dei termini processuali disposta dal comma 1 dello stesso art. 84, comma 1, "non sia stato possibile osservare e adotta ogni conseguente provvedimento per l'ulteriore e più sollecito svolgimento del processo". La norma sembra, dunque, autorizzare il giudice a disporre il rinvio della trattazione della causa solo per consentire il compiuto esercizio del contraddittorio scritto di cui all'art. 73 c.p.a. (impedito dalla sospensione dei termini predisposta dal 8 marzo 2020 e fino al 15 aprile 2020), senza accordare alla parte alcuna facoltà di chiedere un differimento al solo fine di potere discutere oralmente la causa. Ha aggiunto la Sezione che il contraddittorio cartolare "coatto" – cioè non frutto di una libera opzione difensiva, bensì imposto anche contro la volontà delle parti che invece preferiscano differire la causa a data successiva al termine della fase emergenziale, pur di potersi confrontare direttamente con il proprio giudice – non appare una soluzione ermeneutica compatibile con i canoni della interpretazione conforme a Costituzione, che il giudice comune ha sempre l'onere di esperire con riguardo alla disposizione di cui deve fare applicazione.

Il contraddittorio cartolare "coatto" costituirebbe una deviazione irragionevole rispetto allo "statuto" di rango costituzionale che si esprime nei principi del "giusto processo". Ed invero, il comma 2 dell'art. 111 Cost., nello stabilire che il "giusto processo" – qualsiasi processo – debba svolgersi "nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità", impone, non solo un procedimento nel quale tutti i soggetti potenzialmente incisi dalla funzione giurisdizionale devono esserne necessariamente "parti", ma anche che queste ultime abbiamo la possibilità concreta di esporre puntualmente (e, ove lo ritengano, anche oralmente) le loro ragioni, rispondendo e contestando le quelle degli altri; lo stesso art. 24 Cost. – comprendendo, oltre al diritto di accesso al giudizio, anche il diritto di ottenere dal giudice una tutela adeguata ed effettiva della situazione sostanziale azionata – non può che contenere anche la garanzia procedurale dell'interlocuzione diretta con il giudice.

La tesi ermeneutica esposta è corroborata anche dall'interpretazione convenzionalmente orientata, sancita dalla Corte costituzionale (a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007) quale logico corollario del rinnovato rango interposto delle norme della Carta

europea dei diritti dell'uomo (sia pure con la particolarità che, in tal caso, il giudice nazionale è tenuto ad una previa ricognizione degli esiti dell'attività ermeneutica condotta dalla giurisdizione internazionale). É noto che la Corte europea ha offerto una interpretazione evolutiva dell'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, che ha finito per ricomprendervi anche il processo e, prima ancora, il procedimento amministrativo (al concetto di «tribunale» sono state ascritte anche le autorità amministrative che, pur non esercitando una funzione propriamente giurisdizionale, sono tuttavia capaci di adottare "*criminal offences*" o che comunque incidono su "*civil rights and obligations*").
Ebbene, il processo cartolare "coatto" si porrebbe in contrasto con la citata norma convenzionale, così come interpretata dalla Corte europea dei diritti, sotto un duplice aspetto.
In primo luogo, il divieto assoluto di contraddittorio orale potrebbe rilevarsi un ostacolo significativo per il ricorrente che voglia provocare la revisione in qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione resa dall'autorità amministrativa.
Sotto altro profilo, sarebbe evidente il contrasto con il principio della pubblicità dell'udienza: è noto che la Corte europea ha ritenuto che alcune situazioni eccezionali, attinenti alla natura delle questioni da trattare (quale, ad esempio, il carattere "altamente tecnico" del contenzioso) possano giustificare che si faccia a meno di un'udienza pubblica, purché l'udienza a porte chiuse, per tutta o parte della durata, deve essere "strettamente imposta dalle circostanze della causa" (*ex plurimis*, sentenza 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia e sentenza 26 luglio 2011, Paleari contro Italia); anche, secondo la Corte costituzionale la pubblicità del giudizio non ha valore assoluto, potendo cedere in presenza di particolari ragioni giustificative, purché, tuttavia, obiettive e razionali (sentenze n. 212 del 1986 e n. 12 del 1971). Sennonché, l'imposizione dell'assenza forzata, non solo del pubblico, ma anche dei difensori, finirebbe per connotare il rito emergenziale in termini di giustizia "segreta", refrattaria ad ogni forma di controllo pubblico.

Con ordinanza 15 maggio 2020, n. 3109 la sez. II ha chiarito che anche nell'udienza svolta in forma telematica senza la partecipazione dei difensori, ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito nella l. 27 aprile 2020, n. 24 - che ha previsto il passaggio "in decisione senza discussione orale" - in caso di rilievo d'ufficio di un profilo di inammissibilità della impugnazione deve essere fatta applicazione della disposizione dell'art. 73, comma 3, seconda parte, c.p.a., dettata per l'ipotesi in cui la questione emerga dopo il passaggio in decisione, assegnando alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie e riservando la decisione ad altra camera di consiglio.

In tema di opposizione alla richiesta di discussione da remoto la sez. V del Consiglio di Stato, con decreto 3 giugno 2020, n. 881 ha affermato che deve essere accolta l'opposizione alla richiesta di discussione orale della causa, e quindi la causa passa in decisione senza discussione orale, ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, nel caso in cui – stante il contesto circostanziale e normativo speciale relativo allo svolgimento

dell'udienza mediante modalità telematiche e fatta salva l'integrità del contraddittorio comunque pienamente garantita – l'opposizione risulti fondata su elementi di meritevolezza, non emergendo una obiettiva peculiarità della causa tale da superare il principio della concorde convergenza delle parti nel richiedere la discussione orale nelle modalità attualmente previste.

43.3. Notifica del ricorso.

La sez. V, con ordinanza 20 aprile 2020, n. 2489 ha affermato che è rilevante e non manifestamente infondate la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 4, c.p.a., limitatamente alle parole "se ritiene che l'esito negativo della notificazione dipenda da causa non imputabile al notificante", in relazione agli artt. 3, 24, 76, 111, 113 e 117, comma primo, Cost., nonché in relazione ai principi generali della materia dell'equo processo e agli obblighi internazionali che ne derivano ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e ciò in quanto per un errore nella notifica che ha un rilievo meramente formale una volta che sia avvenuta la rinnovazione, finisce per porre un ostacolo procedurale che preclude definitivamente alla parte la possibilità di far valere la propria posizione dinanzi ad un giudice e costituisce una sostanziale negazione del diritto invocato, frustrando definitivamente la legittima aspettativa delle parti rispetto al bene della vita al quale aspiravano, senza un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in gioco.

Giova premettere che il comma 4 dell'art. 44 c.p.a. prevedere che "4. Nei casi in cui sia nulla la notificazione e il destinatario non si costituisca in giudizio, il giudice, se ritiene che l'esito negativo della notificazione dipenda da causa non imputabile al notificante, fissa al ricorrente un termine perentorio per rinnovarla. La rinnovazione impedisce ogni decadenza".

Ha ricordato la Sezione che con sentenza 26 giugno 2018, n. 132, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 44, comma 3, c.p.a. (secondo cui "La costituzione degli intimati sana la nullità della notificazione del ricorso, salvi i diritti acquisiti anteriormente alla comparizione, nonché le irregolarità di cui al comma 2") limitatamente alle parole "salvi i diritti acquisiti anteriormente alla comparizione", per violazione dei princìpi e dei criteri direttivi della legge delega che imponevano al legislatore delegato di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, e di coordinarle con le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto espressive di principi generali.

Per la Corte, la disposizione censurata, in primo luogo, si pone in aperto contrasto con l'art. 156, comma 3, c.p.c., il quale prevede la sanatoria *ex tunc* della nullità degli atti processuali per raggiungimento dello scopo, principio, questo, indubbiamente di carattere generale; in secondo luogo, non si pone in linea con la giurisprudenza della Corte di cassazione formatasi con riferimento alla notificazione degli atti processuali civili e con la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato, antecedente all'entrata in vigore del codice, relativa proprio alla nullità della notificazione del ricorso.

Parimenti, nel caso di specie l'art. 44, comma 4, c.p.c. in primo luogo si pone in aperto contrasto con l'art. 291, comma 1, c.p.c., il quale prevede l'istituto della rinnovazione

della notificazione del ricorso che impedisce ogni decadenza in omaggio al principio di conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda nel processo, principio, questo, indubbiamente di carattere generale che discende direttamente dall'ordinamento, interpretato alla luce della Costituzione.
Invero, in conformità con l'indirizzo, espresso dalla sentenza della Corte costituzionale 12 marzo 2007, n. 77 in tema di *translatio iudicii*, che tendeva a circoscrivere i casi in cui l'errore processuale può compromettere in modo irrimediabile l'azione, al principio delineato dagli artt. 24 e 111 Cost., per cui le disposizioni processuali non sono fine a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito, si ispira pressoché costantemente - nel regolare questioni di rito - il vigente codice di procedura civile, che non sacrifica il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al "bene della vita" oggetto della loro contesa.
In secondo luogo, la disposizione censurata non si pone in linea con la giurisprudenza della Corte di cassazione formatasi con riferimento alla notificazione delle impugnazioni, per le quali parimenti la notifica dell'atto introduttivo va effettuata entro termini perentori (Cass. civ., 27 settembre 2011, n. 19702 in tema di notifica ricorso per cassazione; id. 15 settembre 2011, n. 18849), senza trascurare la sua affermata estensione al rito avanti al giudice tributario per effetto del rinvio di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (Cass. civ., 2 agosto 2000, n. 10136).
Né il ricorso per cassazione, né il procedimento avanti al giudice tributario conoscono l'istituto della contumacia, ma in entrambi i procedimenti è pacifica, per la Corte di cassazione, l'applicazione dell'art. 291 c.p.c.
La disposizione censurata si pone, altresì, in aperto contrasto con la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato, antecedente all'entrata in vigore del codice, relativa proprio alla nullità della notificazione del ricorso (Cons. St. 12 giugno 2009, n. 3747; 6 maggio 1989, n. 286; 17 febbraio 1986, n. 121).
Un ulteriore profilo di illegittimità della norma censurata si ravvisa rispetto ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità ricavabili dall'art. 3 Cost..
L'irragionevolezza e la violazione del principio di proporzionalità risultano manifesti anche ove si consideri che in tal modo viene a determinarsi un'ingiustificata lesione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., del principio di effettività di tutela di cui all'art. 111 e del diritto ad un processo equo ai sensi dell'art. 6 della Convenzione EDU, il quale, secondo la giurisprudenza della Corte europea, implica che eventuali limitazioni all'accesso ad un giudice possano essere ammesse solo in presenza di un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito.
Quest'ultimo profilo configura una violazione dell'art. 117, comma primo, Cost., per contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU (Corte cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349).
Infatti la norma di cui si contesta la legittimità, per un errore nella notifica che ha un rilievo meramente formale una volta che sia avvenuta la rinnovazione, finisce per porre un ostacolo procedurale che preclude definitivamente alla parte la possibilità di far valere la propria posizione dinanzi ad un giudice e costituisce una sostanziale negazione

del diritto invocato, frustrando definitivamente la legittima aspettativa delle parti rispetto al bene della vita al quale aspiravano, senza un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in gioco. Infatti alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali sembra da escludere, in materia processuale, la compatibilità con la Costituzione di soluzioni dirette a conferire rilievo a meri formalismi che limitano il diritto d'azione compromettendone l'essenza, qualora non siano giustificati da effettive garanzie difensive o da concorrenti e prevalenti interessi di altra natura, rivelando, in molti casi, il fallimento della tutela giurisdizionale e della sua effettività. Ed invero, la tutela delle situazioni giuridiche soggettive prevista dagli artt. 24 e 113 Cost., con particolare riguardo all'interesse legittimo, in attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, implica la necessità di favorire la pronuncia di merito, scopo ultimo del processo, senza assecondare decisioni di rito che non siano in un rapporto ragionevole di proporzionalità con lo scopo perseguito.

43.4. Competenza del Tribunale amministrativo regionale.

Con ordinanza 3 novembre 2020, n. 6782 ha affermato che rientra nella competenza funzionale del Tar del Lazio, sede di Roma, la controversia avente ad oggetto i finanziamenti erogati da Invitalia quale soggetto delegato dal Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, ai sensi dell'art. 5, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, ad attuare le specifiche misure di incentivo alla produzione e alla fornitura di dispositivi medici e di dispositivi di protezione individuale nell'ambito dell'emergenza da Covid-19.

Ha ricordato la Sezione che l'art. 5, d.l. n. 18 del 2020 istituisce una "specifica misura di incentivo alla produzione e alla fornitura di dispositivi medici e di dispositivi di protezione individuale, operante secondo modalità compatibili con la normativa europea, autorizzando a tal fine la spesa complessiva di 50 milioni di euro per l'anno 2020", stabilendo tra l'altro che, "per assicurare la produzione e la fornitura di dispositivi medici e dispositivi di protezione individuale, ai valori di mercato correnti al 31 dicembre 2019, in relazione alla inadeguata disponibilità degli stessi nel periodo di emergenza Covid-19, il Commissario straordinario …. è autorizzato a erogare finanziamenti mediante contributi a fondo perduto e in conto gestione, nonché finanziamenti agevolati". La disposizione ha cura di specificare, sul versante organizzativo e operativo che "il Commissario straordinario si avvale dell'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo di impresa s.p.a. – Invitalia, in qualità di soggetto gestore della misura".

Il rapporto di avvalimento amministrativo, previsto direttamente dalla legge, in virtù del quale il Commissario straordinario amministrazione utilizza risorse, capacità organizzative e gestionali proprie di un apparato organizzativo di un'altra Pubblica amministrazione, implica e presuppone la conservazione della titolarità della funzione in capo al Commissario nonchè la riconducibilità ad esso degli atti di esercizio "gestionale".

Questa notazione è già ampiamente sufficiente a ricondurre la fattispecie in esame nell'alveo dell'art. 135, comma 1, lett. e), c.p.a., a mente del quale "le controversie aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di

emergenza dichiarate ai sensi dell'art. 5, comma 1, l. 24 febbraio 1992, n. 225 nonché gli atti, i provvedimenti e le ordinanze emanati ai sensi dell'art. 5, commi 2 e 4, della medesima l. n. 225 del 1992". Nel caso di specie i provvedimenti di erogazione degli incentivi o di non ammissione alle agevolazioni rimangono "provvedimenti commissariali" anche se sono stati concretamente adottati dall'apparato amministrativo terzo del quale il Commissario è autorizzato ad avvalersi. E' infatti evidente che in situazioni emergenziali come quella conseguente all'attuale diffusione pandemica, la misura organizzativa più razionale ed efficace è quella di istituire un amministrazione straordinaria dotata di poteri anche derogatori, scevra dal "carico", nello stretto torno temporale in cui è chiamata ad operare, di erigere una struttura e reperire le risorse umane, potendo all'uopo "avvalersi" operativamente di strutture già esistente e funzionalmente idonee in ragione delle specifiche competenze possedute.
L' "avvalimento", in quanto strumento meramente organizzativo, ferma la titolarità della funzione, nulla sposta in ordine alla competenza territoriale del Tar Lazio, declinata dalla legge processuale come "funzionale" e "inderogabile" (art. 135 c.p.a. cit.) proprio in ragione della titolarità e della *mission* della funzione commissariale.

43.5. Principio di sinteticità e chiarezza degli scritti difensivi.
Con sentenza 13 febbraio 2020, n. 1164 la sez. IV ha affermato che il principio di chiarezza e sinteticità espositiva di cui all'art. 3, comma 2, c.p.a. sanziona non già la prolissità in sé di un atto difensivo bensì la mancanza di chiarezza; la sua inosservanza espone il ricorrente al rischio di una declaratoria di inammissibilità dell'intera impugnazione o del singolo motivo di ricorso; ciò non già per l'irragionevole estensione dell'atto o del motivo ma in quanto rischia di pregiudicare l'intellegibilità delle questioni rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata.
Ha ricordato la Sezione che analoghe previsioni sono contenute nell'art. 40 c.p.a., il quale prescrive che il ricorso deve contenere "distintamente", tra l'altro "i motivi specifici su cui si fonda" (comma 1, lett. d) e che "I motivi proposti in violazione del comma 1, lett. d) sono inammissibili" (comma 2) (Cass. civ., sez. I, 13 aprile 2017, n. 9570).

La sez. IV, con sentenza 1 dicembre 2020, n. 7622 ha chiarito che è inammissibile il ricorso che viola il principio di sinteticità, a nulla rilevando che tale gravame sia stato proposto prima dell'adozione del decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 22 dicembre 2016 sui limiti dimensionali, avendo il dovere di sinteticità una valenza peculiare nel giudizio amministrativo caratterizzato dalla centralità dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica.
Ha chiarito la Sezione che nella loro strumentalità all'attuazione del principio di ragionevole durata del processo, *ex* art. 111, secondo comma, Cost., i principi di chiarezza e sinteticità, quanto alla *causa petendi* ed al *petitum*, rendono più immediata ed agevole la decisione del giudice, evitando l'attardarsi delle parti su argomentazioni ed eccezioni proposte a mero scopo tuzioristico, rendendo meno probabile il ricorso ai mezzi di impugnazione e, tra questi, in particolare al ricorso per revocazione.

Nel caso sottoposto all'esame della Sezione l'atto di appello risulta caratterizzato da diverse reiterazioni delle medesime argomentazioni e dalla conseguente esposizione delle stesse in modo talvolta non specifico ed esaustivo. Il mancato rispetto del precetto di cui all'art. 3, comma 2, c.p.a., espone pertanto l'appellante alla declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione, non già per l'irragionevole estensione del ricorso (la quale non è normativamente sanzionata), ma in quanto rischia di pregiudicare l'intellegibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata.

43.6. Legittimazione ad agire in giudizio.

Con riferimento alla legittimazione attiva delle associazioni rappresentative di utenti o consumatori l'Adunanza plenaria, con sentenza 20 febbraio 2020, n. 6 ha affermato che 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.

Tali norme di settore, secondo la sentenza del Consiglio di Stato, sez. 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*, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico della finanza) prevede testualmente che "Le associazioni dei consumatori inserite nell'elenco di cui all'art. 137, d.lgs. 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 artt. 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.

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.

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 del Codice dei consumatori).

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

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

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 (c.d. "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.

In conclusione, la tenuta del diritto vivente sulla tutela degli interessi diffusi non è messa in dubbio nemmeno dagli artt. 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 aprile 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.
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".

43.7. Intervento in giudizio.

- *Intervento ad adiuvandum.*

Con sentenza 2 aprile 2020, n. 10 l'Adunanza plenaria (alla quale la questione era stata rimessa dalla sez. III con ord. 16 dicembre 2019, n. 8501) ha affermato che nel processo amministrativo non è sufficiente a consentire l'intervento la sola circostanza che l'interventore sia parte di un giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella oggetto del giudizio nel quale intende intervenire.
Ha chiarito l'Adunanza plenaria che osta al riconoscimento di una situazione che legittimi a intervenire una obiettiva diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingue due processi, sì da non potersi configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem*.
Al contrario, laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le *quaestiones iuris* controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di interesse del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce.

Non a caso, in base a un orientamento del tutto consolidato, nel processo amministrativo l'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale (Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 853; id., sez. V, 2 agosto 2011, n. 4557).
Come ha già chiarito l'Adunanza plenaria nella sentenza n. 23 del 4 novembre 2016, risulterebbe peraltro sistematicamente incongruo ammettere l'intervento volontario in ipotesi che si risolvessero nel demandare ad un giudice diverso da quello naturale (art. 25, comma primo, Cost.) il compito di verificare in concreto l'effettività dell'interesse all'intervento (e, con essa, la concreta rilevanza della questione ai fini della definizione del giudizio a quo), in assenza di un adeguato quadro conoscitivo di carattere processuale, ove si pensi, solo a mo' di esempio, alla necessaria verifica che il giudice *ad quem* sarebbe chiamato a svolgere, ai fini del richiamato giudizio di rilevanza, circa l'effettiva sussistenza in capo all'interveniente dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del giudizio *a quo*.

- *Intervento ad opponendum*.
L'Adunanza plenaria (alla quale la questione era stata rimessa dalla sez. III, con sentenza 23 dicembre 2019, n. 8672), con sentenza 26 ottobre 2020, n. 23, ha affermato che non è sufficiente a consentire l'istanza di intervento *ad opponendum* la sola circostanza per cui il proponente tale istanza sia parte in un giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella divisata nell'ambito del giudizio.
Si è chiarito (Cons. St., A.P., 4 novembre 2016, n. 23) che "laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le *quaestiones iuris* controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di interesse del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, in toto scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce". Non a caso, del resto, nel processo amministrativo l'intervento, *ad adiuvandum* o *ad opponendum*, può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale. Tali considerazioni non mutano per il solo fatto che il Giudice innanzi al quale pende il giudizio, in cui è parte chi (successivamente) spiega intervento innanzi all'Adunanza plenaria, abbia ritenuto di disporre la sospensione del medesimo, in attesa della enunciazione del principio di diritto, cui conformare la propria successiva pronuncia. Si tratta, in questo caso, di sospensione disposta dal Giudice, ai sensi degli artt. 79, comma 1, c.p.a. e 295 c.p.c., che, per un verso, è sorretta da ponderate ragioni di opportunità e, per altro verso, non incide direttamente sul *thema decidendum*, ma consente al medesimo Giudice di vagliare gli approdi cui perviene l'Adunanza plenaria in funzione nomofilattica. Ciò, per di più, senza che la pronuncia attesa possa inevitabilmente condizionare l'esito del giudizio in cui è parte chi ha spiegato intervento, ben potendo il Giudice di tale controversia non condividere il principio di diritto enunciato e disporre ai sensi dell'art. 97, comma 3, c.p.a..

43.8. Deposito di scritti difensivi.

La sez. IV, con sentenza 13 febbraio 2020, n. 1137 ha chiarito che l'apparente antinomia, rilevabile tra il primo ed il terzo periodo dell'art. 4, comma 4, disp. att. c.p.a., va risolta nel senso che il termine delle ore 24.00 per il deposito degli atti di parte vale solo per quegli atti processuali che non siano depositati in vista di una camera di consiglio o di un'udienza di cui sia (in quel momento) già fissata o già nota la data; invece, in presenza di una camera di consiglio o di un'udienza già fissata, il deposito effettuato oltre le ore 12.00 dell'ultimo giorno utile è inammissibile.

Ad avviso della Sezione, stante la mancanza di un chiaro sistema di preclusioni quanto alla proposizione delle eccezioni di parte, nonché quanto alla deduzione dei fatti e delle prove, la soluzione più rigorosa è quella più aderente alla lettera della legge, ove si tenga presente che i termini processuali per il deposito di atti e memorie sono generalmente ritenuti perentori e che la loro violazione è ritenuta suscettibile di essere rilevata d'ufficio. Pertanto, nel momento in cui un deposito effettuato oltre le ore 12.00 dell'ultimo giorno utile viene qualificato dalla legge come "effettuato il giorno successivo", pare logico dedurne l'inammissibilità, ovviamente nel caso in cui il termine per il deposito di atti e memorie vada computato a ritroso. Infatti ad altri fini, in particolare ai fini del calcolo dei termini dilatori minimi per la trattazione in udienze pubbliche e o in camere di consiglio, non sembra dubbio che il deposito ad es. del ricorso introduttivo dopo le ore 12.00, ma prima delle ore 24.00, dell'ultimo giorno utile, sia perfettamente valido, secondo quanto previsto dal primo periodo del novellato art. 4, comma 4, disp. att. c.p.a..

Il profilo più critico della tesi meno rigorosa (seguita da Cons. St., sez. IV, 1 giugno 2018, n. 3309) si coglie nel terzo periodo del più volte menzionato art. 4, comma 4, perché una volta che si intenda escludere che esso determini l'inammissibilità dei depositi pomeridiani scadenti nell'ultimo giorno utile, si è poi costretti a ritenere che il deposito pomeridiano comporti lo slittamento dei termini successivi con le immaginabili conseguenze sullo stimolo a comportamenti opportunistici e tattiche dilatorie lesivi del valore della ragionevole durata del processo.

Si può aggiungere che appare debole anche la tesi secondo la quale l'art. 4, comma 4, terzo periodo, cit. troverebbe applicazione solo nei rari casi in cui un deposito determinerebbe, già in base ad altre disposizioni del codice del processo amministrativo, la decorrenza di un termine a difesa. Infatti, l'art. 7, d.l. 31 agosto 2016, n. 168, nell'introdurre il nuovo testo dell'art. 4, comma 4, non pospone la decorrenza iniziale dei termini a difesa al giorno successivo, ma contiene un riferimento più vago ai termini a difesa, con espressione non del tutto univoca. Alla stregua della tesi più liberale l'intervento legislativo finirebbe col risultare stravagante, perché motivato dall'intento di regolare solo ipotesi particolarissime, come quella del termine per l'istanza di fissazione dell'udienza, o ipotesi almeno in parte controverse, come quella sulla decorrenza del termine per i motivi aggiunti. Se, dunque, deve assicurarsi alla disposizione che qui interessa un effetto "utile" e coerente con i principî processuali (a partire da quello di ragionevole durata, messo seriamente in crisi dalla interpretazione più liberale), la tesi rigorosa, dalla quale

discende l'inammissibilità dei depositi pomeridiani, appare più plausibile e coerente con il valore costituzionale del giusto processo.

43.9. Patrocinio a spese dello Stato.

La sez. III, con sentenza 11 febbraio 2020, n. 1036 ha chiarito che ai sensi dell'art. 136, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 affinché il magistrato possa revocare il beneficio del patrocinio a spese dello Stato preventivamente concesso dall'apposita Commissione, oltre al requisito reddituale, è necessaria la non manifesta infondatezza della causa ovvero l'aver "agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave".

Ha ricordato la Sezione che ai sensi degli artt. 74 e 126, d.P.R. n. 115 del 2002, per poter beneficiare del patrocinio a spese dello Stato è necessaria la contestuale sussistenza di due requisiti, e cioè che il reddito sia inferiore ad una certa soglia prestabilita e che la causa sia "non manifestamente infondata".

Nel caso di specie, posta la sussistenza del requisito reddituale non messo in discussione dal giudice di prime cure, la revoca del beneficio disposta nella sentenza appellata è motivata sulla sola base della manifesta infondatezza della causa, non avendo il giudice evidenziato in motivazione la sussistenza della mala fede o della colpa grave.

Di tale motivazione occorre, dunque, comprenderne la portata ed il significato. Com'è stato stabilito in una recente pronuncia (Cons. St., sez. III, 1 agosto 2019, n. 5475), l'art. 74 cit., richiede il requisito "negativo" della "non manifesta infondatezza" della pretesa azionata e non quello "positivo" della la sua fondatezza. Ciò in quanto bisogna tener conto della rilevanza costituzionale del diritto di difesa (art. 24 Cost.), che potrebbe venir meno laddove fosse richiesta - per beneficiare del patrocinio gratuito - la prova della fondatezza delle ragioni che si intendono far valere in sede giurisdizionale. Nella medesima pronuncia, si legge, poi, che da tale assunto ne consegue che - sebbene nella stragrande maggioranza dei casi il rigetto dell'impugnativa è correlato alla manifesta infondatezza della pretesa azionata in sede giurisdizionale - nondimeno possono sussistere delle eccezioni: possono ricorrere casi in cui vi siano margini di incertezza sull'interpretazione delle disposizioni applicabili, in cui vi sia un orientamento non sempre conforme da parte della giurisprudenza, tanto da poter giustificare, anche in caso di rigetto del ricorso, la conferma dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato in considerazione della "non manifesta infondatezza" della pretesa azionata.

43.10. Questioni in rito.

La sentenza della sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1878, ha affermato che nell'ipotesi in cui il Collegio, dopo il passaggio in decisione della causa, rilevi d'ufficio, in camera di consiglio, una possibile questione di rito assegna alle parti in solo termine per eventuali controdeduzione e non i tre termini previsti dall'art. 73, comma 1, c.p.a..

Ha chiarito la Sezione che la concessione del suddetto termine a difesa (ovvero la instaurazione del contraddittorio in udienza con facoltà delle parti di interloquire) è previsto nel caso in cui la questione su cui deve essere sviluppato il contraddittorio abbia carattere dirimente ai fini della decisione e il rilievo officioso venga delibato, per la prima

volta, in camera di consiglio, successivamente al passaggio in decisione della controversia, come del resto si arguisce dall'inequivoco tenore letterale della norma ("Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie").
La concessione del termine a difesa costituisce, invece, un'eventualità del tutto eccezionale e, soprattutto, discrezionalmente rimessa alla decisione del Collegio, quando la questione in relazione alla quale viene sollecitato il contraddittorio, sia invece rilevata in sede di discussione, limitandosi la norma a statuire che la *quaestio iuris* venga, in questo caso, soltanto indicata in udienza dandone atto a verbale. Al giudice che rileva, fuori udienza, la possibile questione di inammissibilità, è fatto obbligo di assegnare un solo termine per le deduzioni delle parti su questo singolo aspetto, sicché non si vede come possa proporsi l'applicazione dei tre termini di cui all'art. 73, comma 1, c.p.a., a fronte di un dato testuale così inequivoco.
Ha aggiunto la Sezione che il termine assegnato è rimesso alla discrezionalità del giudice, essendo prevista soltanto una misura massima di esso e dovendosi invece fissare quella minima in modo congruo, parametrato alla complessità e al numero delle questioni trattate.
Ha poi affermato la Sezione che l'obbligo di attivare il contraddittorio *ex* art. 73, comma 3, c.p.a. presuppone che il collegio debba pronunciare sopra una questione che assume valore dirimente ai fini della decisione della causa; tale non è, per definizione, quella inerente l'eccessiva lunghezza di una memoria difensiva attesa la natura meramente illustrativa delle stesse.
L'imposizione di una redazione sintetica degli scritti difensivi delle parti costituisce espressione del principio del giusto processo, sancito dall'art. 111 Cost., in particolare, nella sua declinazione di "ragionevole durata" (art. 111, secondo comma, Cost.), essendo immediatamente lampante che scritti ridondanti, ripetitivi o parossisticamente estesi non consentono un'efficiente e rapida definizione delle controversie, andando a detrimento del sistema giustizia e, in definitiva, della parti stesse.
Le memorie (al pari di tutti gli scritti di parte) devono essere redatte secondo le specifiche tecniche indicate nel decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 2016 (art. 8) e nel rispetto dei limiti dimensionali ivi previsti (art. 3) il che equivale, nel rito sull'accesso ed in quello camerale *ex* art. 87 c.p.a., ad uno scritto di 15 pagine al massimo. Ogni autorizzazione al superamento dei limiti imposti deve essere richiesta, di regola (art. 6), in via preventiva e non successiva, salvo ricorrano "gravi e giustificati motivi" (art. 7) comprovati dal richiedente; ove ciò non accada, il giudice limita l'esame degli scritti difensivi alle parti non eccedenti.

43.11. Spese di giudizio nei giudizi in materia di accesso alle informazioni ambientali.

Con sentenza 13 febbraio 2020, n. 1137 la sez. IV ha affermato che la Convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998 sull'accesso alle informazioni ambientali e le direttive applicative - che, *in parte qua*, non introducono precetti puntuali e inderogabili in capo agli

Stati lasciando loro ampi margini di flessibilità applicativa - non comportano una deroga al principio della soccombenza di cui all'art. 26 c.p.a., posto che il pagamento delle spese di lite non configura una barriera all'accesso alla giustizia in materia ambientale, mentre il diritto UE mira principalmente a questo obbiettivo e solo in via riflessa alle difficoltà insite nella gestione del processo.
La Sezione ha ricordato che l'art. 9, comma 4, della Convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998 sull'accesso alle informazioni ambientali stabilisce che il procedimento giurisdizionale avverso le decisioni assunte in materia ambientale non deve essere mai "eccessivamente oneroso".
I giudici nazionali, anche prima del recepimento della citata Convenzione, erano tenuti ad interpretare il diritto interno in modo tale che ai soggetti dell'ordinamento non venisse impedito di proporre o proseguire un ricorso giurisdizionale rientrante nell'ambito di applicazione dello stesso articolo a causa dell'onere finanziario che potrebbe derivarne (Corte giust. UE, 14 ottobre 2018, C- 167/17).
Ad avviso della Sezione, tuttavia, tale giurisprudenza e la richiamata Convenzione non comportano la deroga al principio della soccombenza di cui all'art. 26 c.p.a., a norma del quale, quando si emette una decisione, occorre provvedere anche sulle spese del giudizio, secondo gli artt. 91, 92, 93, 94, 96 e 97 c.p.c.. Sul punto, la stessa giurisprudenza comunitaria ha affermato che, per garantire una tutela giurisdizionale effettiva senza costi eccessivi nel settore ambientale (in applicazione della citata direttiva 2003/35), le spese del procedimento non devono superare le capacità finanziarie di un ricorrente «medio» né apparire oggettivamente irragionevoli; è tuttavia consentito ai giudici nazionali di condannare il soccombente a pagare le spese del giudizio, a condizione che l'importo delle stesse sia ragionevole e che esse non siano, nel loro complesso, onerose (Corte giust. UE, 13 febbraio 2014, C-530/11).
Del resto, già in precedenza, la Corte di giustizia aveva affermato che l'art. 10 *bis*, comma 5, della direttiva 27 giugno 1985, n. 85/337/Cee del Consiglio (concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati) e l'art. 15 *bis*, comma 5, della direttiva 24 settembre 1996 n. 96/61/Ce del Consiglio (sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento), come modificate dalla direttiva 26 maggio 2003, n. 2003/35/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, implicano che alle persone ivi contemplate non venga impedito di proporre o di proseguire un ricorso giurisdizionale rientrante nell'ambito di applicazione di tali articoli a causa dell'onere finanziario che potrebbe risultarne (Corte giust. UE, 11 aprile 2013, C- 260/11). Nella medesima occasione, la Corte giustizia aveva affermato che "qualora un giudice nazionale sia chiamato a pronunciarsi sulla condanna alle spese di un privato rimasto soccombente, in qualità di ricorrente, in una controversia in materia ambientale o, più in generale, qualora sia tenuto, come possono esserlo i giudici del Regno Unito, a prendere posizione, in una fase anteriore del procedimento, su un'eventuale limitazione dei costi che possono essere posti a carico della parte rimasta soccombente, egli deve assicurarsi del rispetto di tale requisito tenendo conto tanto dell'interesse della persona che desidera difendere i propri diritti quanto dell'interesse generale connesso alla tutela dell'ambiente; nell'ambito di tale valutazione, il giudice nazionale non può basarsi unicamente sulla

situazione economica dell'interessato, ma deve altresì procedere ad un'analisi oggettiva dell'importo delle spese; peraltro, egli può tenere conto della situazione delle parti in causa, delle ragionevoli possibilità di successo del richiedente, dell'importanza della posta in gioco per il medesimo e per la tutela dell'ambiente, della complessità del diritto e della procedura applicabili, del carattere eventualmente temerario del ricorso nelle sue varie fasi nonché della sussistenza di un sistema nazionale di assistenza giurisdizionale o di un regime cautelare in materia di spese; per contro, la circostanza che l'interessato, in concreto, non sia stato dissuaso dall'esercitare la sua azione non è sufficiente, di per sé, per considerare che il procedimento non sia eccessivamente oneroso per il medesimo; infine, tale valutazione non può essere compiuta in base a criteri diversi a seconda che essa abbia luogo in esito ad un procedimento di primo grado, ad un appello o ad un'ulteriore impugnazione.".

43.12. Giudizio cautelare.

- *Rinuncia alla domanda cautelare.*

Il C.g.a., con decreto 10 dicembre 2020, n. 152 ha affermato che si può dare atto della rinuncia alla domanda cautelare con decreto monocratico ai sensi dell'art. 35, comma 2, c.p.a., da applicarsi analogicamente, per identità di *ratio* e per argomento *a fortiori*, atteso che se è consentita la declaratoria, con decreto monocratico, di estinzione dell'intero giudizio per rinuncia, a maggior ragione, per ragioni di economia processuale, deve consentirsi la declaratoria, con decreto monocratico, della estinzione di una singola fase o incidente processuale.

- *Appello avverso un decreto cautelare presidenziale.*

La sez. III, con decreto ha affermato che il decreto presidenziale del Tribunale amministrativo regionale è ammesso soltanto allorché sia dimostrato il pericolo concreto di irreversibile perdita di un "bene della vita" tutelato da norme costituzionali.

Con decreto 25 agosto 2020, n. 624 il C.g.a. ha dichiarato il non luogo a provvedere sulla proposizione dell'appello avverso un decreto cautelare presidenziale del giudice di primo grado, rappresentando lo stesso un rimedio giuridico inesistente secondo il vigente tessuto processuale poiché, ai sensi dell'art. 56, comma 2, c.p.a.; sulle istanze di rimedi giuridici inesistenti non vi è luogo a provvedere, perché non vi è luogo a incardinare una fase o grado di giudizio, esulando dalle competenze presidenziali l'esercizio di qualsivoglia potere processuale non previsto da nessuna disposizione di legge, sia nel senso che non è possibile provvedere sul merito della richiesta, sia nel senso che non è possibile rimettere l'affare all'esame del collegio.

É stato chiarito nel decreto che il ricorso risulta depositato e iscritto a ruolo mediante una "forzatura" del sistema informatico, con attribuzione della classificazione errata quale "appello avverso ordinanza cautelare", essendo inesistente la tipologia "appello avverso decreto cautelare"; per ragioni di economia processuale il sistema informatico non dovrebbe consentire il deposito e iscrizione a ruolo di istanze non previste dall'ordinamento. Per tale profilo organizzativo il decreto è stato trasmesso, per conoscenza e competenza, al Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa.

Lo stesso C.g.a., con decreto 22 maggio 2020, n. 455 ha, invece, dichiarato inammissibile l'appello proposto avverso il decreto monocratico cautelare del giudice di primo grado sul rilievo che per la misura cautelare monocratica presidenziale *ex* art. 56 la legge non prevede, né per il sistema processuale appare configurabile, la via di un distinto e autonomo appello, sicché ogni questione di revisione al riguardo va trattata nel medesimo grado della misura stessa, o con lo stesso mezzo o in occasione delle conseguente collegiale camera di consiglio (la cui "ordinanza cautelare" potrà semmai, a letterale tenore dell'art. 62, formare oggetto di appello cautelare). Ha aggiunto che il sistema dinanzi delineato non appare (in ragione della peculiarità dei presupposti che legittimano l'adozione delle misure *ex* art. 56 c.p.a.) in contrasto con il principio costituzionale della pienezza ed effettività della tutela (art. 24 Cost.), anche in ragione della prevista revocabilità e modificabilità del decreto cautelare (art. 56, comma 5, c.p.a.).

43.13. Appello.

Molte le sentenze di rilievo che hanno pronunciato su diversi aspetti relativi al giudizio di appello.

- *Notifica dell'appello non andata a buon fine.*

La sez. IV, con sentenza 9 marzo 2020, n. 1690 ha affermato che ove la prima notifica dell'appello, proposta correttamente nel termine decadenziale, non sia andata a buon fine per causa non imputabile al notificante stesso, la successiva rinotificazione retroagisce e impedisce ogni decadenza se il notificante ha riattivato l'attività notificatoria entro un termine ragionevole da individuarsi nella metà del termine concesso dall'art. 92, comma 1, c.p.a. per la proposizione dell' impugnazione; termine entro il quale l'appellante notificante deve riattivare l'attività notificatoria ove la prima notificazione, proposta correttamente nel termine decadenziale, non sia andata a buon fine per causa non imputabile al notificante stesso.

La Sezione si è conformata all'orientamento della Corte di cassazione (SS.UU. n. 17532 del 2009) secondo cui "In tema di notificazioni degli atti processuali, qualora la notificazione dell'atto, da effettuarsi entro un termine perentorio, non si concluda positivamente per circostanze non imputabili al richiedente, questi ha la facoltà e l'onere - anche alla luce del principio della ragionevole durata del processo, atteso che la richiesta di un provvedimento giudiziale comporterebbe un allungamento dei tempi del giudizio - di richiedere all'ufficiale giudiziario la ripresa del procedimento notificatorio, e, ai fini del rispetto del termine, la conseguente notificazione avrà effetto dalla data iniziale di attivazione del procedimento, sempreché la ripresa del medesimo sia intervenuta entro un termine ragionevolmente contenuto, tenuti presenti i tempi necessari secondo la comune diligenza per conoscere l'esito negativo della notificazione e per assumere le informazioni ulteriori conseguentemente necessarie.

In concreto la Sezione, aderendo all'indicazione di SS.UU. n. 14594 del 2016, ha stabilito che il termine ragionevolmente contenuto, entro il quale va riattivata l'attività notificatoria, non deve superare la metà dei termini indicati dall'art. 92, comma 1, c.p.a. per la proposizione delle impugnazioni.

- *Estensione della notifica dell'appello a tutti i controinteressati per la prima volta dinanzi al giudice di secondo grado.*

Con ordinanza 15 luglio 2020, n. 4578 la sez. II ha affermato che il giudice di appello che, contrariamente a quanto assunto dal Tar, non ritenga il gravame manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato, può disporre per la prima volta dinanzi a sé l'integrazione del contraddittorio.

Ha ricordato l'ordinanza che il Codice del processo amministrativo nell'individuare le altre parti, diverse dagli originari ricorrente e resistente, da evocare nel giudizio di appello, fa riferimento a tutti coloro che hanno interesse a contraddire (art. 95, comma 1, c.p.a.). Anche per l'appello vale la regola secondo cui al fine della regolare instaurazione del contraddittorio è sufficiente la notifica ad almeno una parte avversa, salva la successiva integrazione.

Tale integrazione, tuttavia, non è necessaria, laddove l'impugnazione sia ritenuta manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata. Trattasi della evidente trasposizione della medesima regola declinata dall'art. 49 c.p.a. per il primo grado di giudizio, con la chiara finalità di evitare formalità superflue e un inutile dispendio di attività processuale. Il meccanismo, peraltro, troverebbe comunque applicazione nel giudizio di impugnazione giusta il rinvio c.d. "interno" contenuto nell'art. 38 del Codice, che consente in ogni caso di attingere alle regole generali del giudizio di primo grado di cui al Libro II dello stesso anche nelle impugnazioni e nei riti speciali.

La disciplina introdotta con l'art. 49, comma 2, c.p.a., per quanto rispondente ad apprezzabile ratio di contenimento della durata, sovverte la regola in forza della quale il giudice, di regola, prima accerta l'integrità del contraddittorio e solo dopo procede alla valutazione del merito. Essa, infatti, ammette la possibilità di definire il merito della controversia a prescindere dall'esame dell'integrità del contraddittorio. Ciò non rende percorribile, in assenza di esplicita censura in merito, la rimessione degli atti al giudice di prime cure *ex* art. 105 c.p.a., siccome talvolta avvenuto in passato, in verità per fattispecie solo astrattamente sovrapponibili e comunque ancora riconducibili alla disciplina antecedente l'entrata in vigore del Codice.

- *Termine lungo per appellare la sentenza del giudice di primo grado.*

La sentenza 20 luglio 2020, n. 639 del C.g.a. ha affermato che termine "lungo" per appellare la sentenza del Tar è un termine residuale, che non è determinato dalla volontà delle parti, ed è finalizzato a fare in modo che la pendenza del rapporto processuale abbia termine definitivamente a prescindere dalle scelte processuali degli attori per eliminare ogni incertezza sulla formazione del giudicato; il termine lungo rimane perentorio, insuperabile e sottratto alla volontà ed alle scelte processuali delle parti.

Ha chiarito il C.g.a. che l'utilizzo del termine "in difetto" da parte dell'art. 92, comma 3, c.p.a. in luogo del termine "indipendentemente" (usato dall'art. 327, comma 1, c.p.c.) non comporta una totale ed ontologica revisione della disciplina dei termini, che è inspirata a dare certezza al giudicato ed ai suoi effetti.

Se si accedesse alla diversa interpretazione i termini per proporre appello andrebbero così individuati: - un termine "breve" decorrente dalla notifica della sentenza; - un termine "lungo"; - un termine calcolato sommando un ulteriore termine breve al termine lungo, per il solo fatto, del tutto eventuale, che la sentenza sia stata notificata a ridosso dello scadere del termine lungo.
Tale ultimo termine sarebbe dotato di una certa aleatorietà perché è determinato dalla data in cui, avvicinandosi la scadenza del termine lungo, la sentenza viene notificata a cura della parte.
In definitiva la data del termine "ultimo" cui ancorare la definitiva certezza della immodificabilità del giudicato sarebbe lasciata ad una delle parti processuali.
Tale conclusione non è ritenuta condivisibile dal Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Siciliana.
Ha ricordato che i termini per proporre impugnazione, per conforme giurisprudenza civile ed amministrativa, sono tutti perentori e previsti, come rileva la migliore dottrina, a pena di estinzione del potere concesso alla parte. In modo particolare il termine "lungo" è da sempre ritenuto un termine residuale, che non è determinato dalla volontà delle parti, ed è finalizzato a fare in modo che la pendenza del rapporto processuale abbia termine definitivamente a prescindere dalle scelte processuali degli attori per eliminare ogni incertezza sulla formazione del giudicato.
L'esigenza di certezza di stabilità del giudicato è ancora più rilevante nel processo amministrativo dove, di norma, oggetto dello scrutinio sono gli atti ed i provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione.
Sul piano squisitamente lessicale tra il termine "indipendentemente" (art. 327, comma 1, c.p.c.) ed il termine "in difetto" (art. 92, comma 3, c.p.a.) intercorre il tipico rapporto tra *genus* e *species*.
Utilizzando il termine "indipendentemente" (*genus*) si ipotizza che la notifica della sentenza potrebbe esserci come non esserci. Con il termine "in difetto" (*species*) si considera solo l'ipotesi in cui la notifica non vi sia. Anche sul piano strettamente linguistico alla *species* non viene riconosciuta la capacità di modificare l'ontologica essenza del *genus*. Nel caso specifico l'art. 92, comma 3, c.p.a. non opera lo stravolgimento sostanziale della disciplina dei termini dell'impugnazione proposta da parte appellante. Il termine lungo rimane perentorio, insuperabile e sottratto alla volontà ed alle scelte processuali delle parti.

- *Divieto dei* nova *in appello.*
Con sentenza 13 febbraio 2020, n. 1164 la sez. IV ha ricordato che il divieto dei *nova* in appello, *ex* art. 104, comma 1, c.p.a., si applica solo all'originario ricorrente; infatti, solo a quest'ultimo, una volta delimitato il *thema decidendum* con i motivi di impugnazione articolati in primo grado, è precluso un ampliamento dello stesso nel giudizio d'appello; viceversa, rispetto alle parti resistenti il medesimo divieto va inteso come riferito alle sole eccezioni in senso tecnico, non rilevabili d'ufficio, ma non anche alle mere difese rispetto agli altrui motivi di impugnazione

- *Appello avverso ordinanza di c.d. accesso istruttorio.*

La sentenza della sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1878 ha dichiarato inammissibile l'appello proposto avverso una ordinanza di c.d. accesso istruttorio.

Si tratta di un orientamento ribadito anche di recente, che giustifica l'ammissibilità dell'impugnazione, affermando la natura autonoma della suddetta istanza, il cui accoglimento prescinderebbe dalla pertinenza della documentazione con l'oggetto della causa pendente fra le parti e sarebbe condizionato, per converso, dalla sola sussistenza dei requisiti che gli artt. 22 e ss., l. 7 agosto 1990, n. 241 pongono come requisiti per l'accoglimento dell'istanza di accesso agli atti.

Tale orientamento non accoglie il principio dell'impugnabilità *tout court* delle ordinanze istruttorie.

Esso distingue, infatti, in seno alle ordinanze emesse ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., fra quelle a carattere meramente istruttorio - che si pronunciano sulla domanda, dando rilievo soltanto alla rilevanza degli atti dei quali si chiede l'ostensione con il *thema decidendum* del giudizio in corso, rispetto alle quali ordinanze l'appello non sarebbe ammissibile – e quelle, invece, di natura autonoma e decisoria, volte a valutare se sussistano o meno i presupposti inerenti all'accesso in quanto tale, ai sensi della richiamata normativa della l. n. 241 del 1990, a prescindere da ogni rilievo che la documentazione richiesta assume nell'ambito del giudizio nel quale l'istanza *ex* art. 116, comma 2, c.p.a. si incardina, per le quali invece l'appello risulterebbe ammissibile (Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2019, n. 6950).

Ad avviso della Sezione, invece, va ribadito il principio di diritto già enunciato con la sentenza della sez. IV, 12 luglio 2013, n. 3759, secondo cui "L'ordinanza istruttoria prevista dall'art. 1, 1° comma, ultima parte della l. 21 luglio 2000, n. 205, ed ora dall'art. 116, comma 2, c.p.a., mediante la quale è decisa in camera di consiglio l'impugnativa di cui all'art. 25, comma 5, l. n. 241 del 1990 proposta, come nel caso di specie, per l'accesso ai documenti amministrativi in pendenza di ricorso, presuppone non soltanto la riscontrata sussistenza delle condizioni per l'esercizio del diritto di accesso, ma anche l'acclarata utilità dei documenti ai fini della decisione di merito, trattandosi di atto strettamente inerente ai poteri istruttori del giudice, non autonomamente appellabile, ferma la possibilità di contestarne la legittimità in sede di impugnazione della sentenza di merito; l'istanza di accesso proposta in pendenza di ricorso ha carattere strumentale rispetto alle domande ed eccezioni proposte nel giudizio nel quale l'istanza stessa si inserisce e ciò in omaggio al carattere istruttorio dell'ordinanza, risultante dalla previsione legislativa; l'ordinanza collegiale che si pronuncia sull'istanza, avendo natura istruttoria, presuppone comunque il vaglio della pertinenza dei documenti in relazione al giudizio in corso".

La continuità con tale *dictum*, si impone per un molteplice ordine di rilievi.

In primo luogo, il riferimento testuale contenuto nell'art. 116, comma 2, alla "connessione" che deve intercorrere fra il giudizio pendente e l'istanza proposta, affinché quest'ultima possa ammissibilmente proporsi nel medesimo giudizio, realizzando quell'economia di mezzi, insita nel *simultaneus processus*, evidenzia che non si è, propriamente, al cospetto di un'*actio ad exhibendum* qualificabile come "autonoma", così come

postulato dal sopra richiamato orientamento favorevole all'impugnabilità dell'ordinanza, ma ad uno strumento di tutela che si inserisce in una lite già incardinata ed è ad essa intimamente intrecciata.
Il dato letterale contenuto nella norma di cui all'art. 116, comma 2, c.p.a., rimarca, dunque, la strumentalità della richiesta, e, perciò, logicamente, anche della decisione su di essa, rispetto a quello che è il *thema decidendum* del giudizio principale.
Ne consegue che, in ragione della dedotta strumentalità, l'ordinanza collegiale che decide sull'istanza di accesso dovrà fondarsi su questi elementi di effettiva connessione fra gli aspetti del giudizio principale e dell'istanza incidentale, valorizzando l'incidenza della documentazione alla quale si chiede di accedere con la res litigiosa di cui si dibatte.
La connessione sottolineata impone, quindi, che la contestazione di parte circa la decisione sull'istanza prodotta dall'interessato avvenga mediante la proposizione di un unico mezzo di impugnazione, che avrà ad oggetto, ovviamente, la sola sentenza che definisce il giudizio cui l'istanza accede, dovendosi così opinare per l'ammissibilità del solo appello relativo alla sentenza definitiva che conclude il giudizio o della sentenza parziale che, pur non definendo l'intero giudizio, decide però anche dell'istanza istruttoria.
L'elemento della "connessione" con il ricorso principale, sottolineata dal dato normativo, induce ad escludere che l'ordinanza in questione presenti il carattere della definitiva decisorietà, che costituisce un requisito indispensabile affinché possa ammettersene l'autonoma impugnazione.
Va considerato, a tale riguardo, il cospicuo e recente orientamento giurisprudenziale, di tenore generale, che esclude l'impugnazione di quei provvedimenti di cui non sia predicabile la natura decisoria definitiva (Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2019, n. 27842; Cons. St., sez. IV, 9 aprile 2018, n. 2141).
In particolare, come rilevato dalla più recente delle sentenze poc'anzi enumerate (Cass. civ., sez. un., n. 27842 del 2019), per definire la nozione di decisorietà "Utili indicazioni provengono anche dall'art. 360, comma 3, c.p.c. che, nel sistema processualcivilistico, esclude l'immediata proponibilità del ricorso per cassazione avverso le sentenze (e i provvedimenti diversi dalla sentenza) "che decidono di questioni insorte (di rito o di merito) senza definire, neppure parzialmente, il giudizio", quali sono le sentenze non definitive che non chiudono il processo dinanzi al giudice che le ha pronunciate o emesse a norma dell'art. 279 c.p.c., comma 2, n. 4, cui seguano i provvedimenti per l'ulteriore corso del giudizio medesimo (Cass.civ., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25774). La citata norma fa riferimento alla nozione di "giudizio" come procedimento devoluto al giudice di appello (Cass.civ., sez. un., 10 febbraio 2017, n. 3556), il quale non può dirsi definito (neppure parzialmente) fino a quando il giudice non abbia rigettato o accolto l'impugnazione (anche se in parte), pronunciando sentenza definitiva o non definitiva su domanda o parziale".
Relativamente alla fattispecie tratteggiata dall'art. 116, comma 2, c.p.a. e concernente la vicenda in esame, sulla scorta delle chiare indicazioni enunciate dalla Suprema corte, per "giudizio" deve intendersi quello introdotto con il ricorso principale, cui accede, incidentalmente, la "connessa" istanza di accesso, la cui decisione è inidonea ad incidere, nel senso sopra indicato, sulla definizione, finanche parziale, del giudizio principale.

Così ragionando, non può qualificarsi come definitivamente decisoria l'ordinanza che risolve, separatamente dal giudizio principale, la questione dell'accesso e, conseguentemente, non può ammettersene l'impugnabilità.

43.14. Revocazione.

- *Giudice competente a decidere il ricorso per revocazione.*

Il C.g.a., con sentenza C.g.a. 3 giugno 2020, n. 401, ha affermato che il ricorso per revocazione è deciso dallo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata anche se la giurisdizione in relazione alla documentazione prodotta a fondamento dei vizi revocatori dedotti non sarebbe del giudice amministrativo.

Ha ricordato il C.g.a. che ai sensi dell'art. 106, comma 2, c.p.a. "la revocazione è proponibile con ricorso davanti allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata". La disposizione contiene una duplice prescrizione, l'una che si riflette sulla giurisdizione (appartenente al plesso giurisdizionale nell'ambito del quale è incardinato il giudice che ha pronunciato la sentenza revocanda) e l'altra che riguarda l'attribuzione, all'interno di quel plesso, della competenza a decidere la revocazione al medesimo giudice (individuato per grado e ambito territoriale) che ha pronunciato la sentenza gravata.

La peculiare natura della revocazione, che ha il medesimo oggetto del giudizio anteriormente svoltosi e che mira a restaurare il processo nelle condizioni in cui avrebbe dovuto trovarsi quello concluso con la sentenza revocanda se il vizio revocatorio non ci fosse stato, richiede, infatti, l'identità delle parti processuali della sentenza revocanda e del giudizio di revocazione (Cass. civ., sez. III, ordinanza 24 gennaio 2020, n. 1583), con la sola precisazione che per stesso giudice si intende stesso ufficio giudiziario. Secondo il consolidato orientamento della Corte di Cassazione, nella prescrizione dell'art. 398, comma 1, c.p.c., a tenore del quale la revocazione si propone davanti allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata, l'espressione "stesso giudice" designa lo stesso ufficio giudiziario (Cass. civ., sez. V, 28 gennaio 2015, n. 1554; così anche l'Adunanza plenaria (24 gennaio 2014, n. 5).

Del resto, in termini giuridici più generali, il *contrarius actus* è di competenza, fatte salve le ipotesi di successione nel rapporto, di colui che ha posto in essere l'*actus*.

- *Revocazione per contrasto di giudicati.*

La sez. IV, con sentenza 27 marzo 2020, n. 2137 ha affermato che nel processo amministrativo la revocazione *ex* art. 395, n. 5, c.p.c. (per contrasto di giudicati) non è proponibile nel caso di contrasto tra sentenza definitiva e sentenza parziale (c.d. giudicato interno).

Ha chiarito la Sezione che il contrasto di giudicati deducibile quale motivo di revocazione ex art. 395, n. 5, c.p.c. è solo quello (c.d. esterno) relativo a sentenze pronunciate tra le stesse parti ma in un diverso giudizio e non quello (c.d. interno) relativo al contrasto tra la sentenza definitiva e quelle non definitive o parziali pronunciate nel medesimo giudizio.

Ne consegue che il (supposto) contrasto con il giudicato interno, quale *species* di errore di diritto, è, al pari di tutti gli altri errori di diritto che il Consiglio di Stato possa compiere, sottratto al controllo di ulteriori istanze giurisdizionali: ciò, del resto, risponde e consegue tanto all'autonomia costituzionalmente riservata al Consiglio di Stato (artt. 103 e 111 Cost.), quanto, prima ancora, al fondamentale principio costituzionale di ragionevole durata del processo".
La Sezione ha osservato che per consolidata giurisprudenza civile, il contrasto con un giudicato interno, ossia maturato nell'ambito della medesima vicenda processuale, non è censurabile con l'azione di revocazione *ex* art. 395, n. 5, c.p.c., bensì con l'ordinario ricorso per cassazione ex art. 360, n. 4, c.p.c., poiché concreta un errore di diritto (processuale).
Anche nel processo amministrativo la revocazione non si applica nei casi di (supposto) contrasto con il giudicato interno: oltre i due gradi di giudizio (ambedue con cognizione di merito) in cui si articola l'attuale assetto della giustizia amministrativa, infatti, non è *funditus* data altra istanza giurisdizionale di controllo, ad eccezione del mero sindacato, da parte della Corte di cassazione, circa il rispetto dei limiti esterni della giurisdizione.

43.15. Opposizione di terzo.
Il C.g.a., con sentenza 3 agosto 2020, n. 699 ha affermato che la legittimazione a proporre opposizione di terzo nei confronti della decisione del giudice amministrativo resa tra altri soggetti va riconosciuta - oltre che ai controinteressati pretermessi, ai controinteressati sopravvenuti ed ai controinteressati non facilmente identificabili (e l'appellante non rientra in alcuna delle richiamate categorie) - anche ai terzi titolari di una situazione giuridica autonoma e incompatibile, rispetto a quella riferibile alla parte risultata vittoriosa per effetto della sentenza oggetto di opposizione.
Nell'attuale formulazione dell'art. 108, comma 1, c.p.a., dopo le modifiche apportate dal d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195, la legittimazione a proporre opposizione si incentra su due elementi essenziali: la mancata partecipazione al giudizio conclusosi con la sentenza opposta ed il pregiudizio che reca la sentenza ad una posizione giuridica di diritto soggettivo o di interesse legittimo di cui l'opponente risulti titolare. L'appellante, dunque, in quanto aspirante alla nomina in caso di scorrimento della graduatoria e pregiudicato dall'inserimento nella stessa (ed in posizione migliore) di altro soggetto originariamente escluso, era legittimato alla proposizione dell'opposizione di terzo avverso la sentenza che aveva annullato il provvedimento di esclusione del candidato in questione.
Per pacifica giurisprudenza, mentre l'opposizione del litisconsorte pretermesso ha un marcato tratto rescindente, per il terzo che sia titolare di una posizione autonoma e incompatibile, l'opposizione ha natura rescindente e rescissoria, perché mira anche all'accertamento di una pretesa in conflitto con quella accertata giudizialmente.
Mentre nel caso di litisconsorte pretermesso in primo grado, l'accoglimento dell'opposizione di terzo comporta l'annullamento della sentenza opposta con rinvio al Tar, a causa della violazione del contraddittorio, nel diverso caso di terzo titolare di una posi-

zione pregiudicata dalla sentenza opposta, ma non controinteressato, non essendovi lesione del contraddittorio, la sentenza di primo grado non va annullata ed il giudice di appello decide direttamente sull'opposizione.

43.16. Sospensione del giudizio.

La sez. II, con sentenza 6 agosto 2020, n. 4963 ha affermato che qualora, dopo che è stata disposta la sospensione del giudizio, questo venga riavviato d'ufficio in assenza del formale impulso di parte ai sensi dell'art. 80, comma 1, c.p.a., si verifica – non diversamente dall'ipotesi in cui, al contrario, sia omessa la sospensione del giudizio in un caso in cui questa è necessaria a norma dell'art. 295 c.p.c. - una lesione del diritto di difesa idonea a determinare l'annullamento della sentenza con rinvio della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 105 del medesimo codice.

Ha chiarito la Sezione che la sospensione necessaria del processo è istituto previsto dall'art. 295 c.p.c., oggi codificato nel processo amministrativo all'art. 79, comma 1, c.p.a., con specifica applicazione, *in subiecta materia*, del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., e consegue all'ipotesi in cui il giudice stesso o altro giudice "deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa". Essa costituisce un'eccezione al principio generale dell'autonomia dei giudizi che ormai informa l'intera giurisdizione, e proprio per tale ragione, determinando un arresto del giudizio che può risolversi in un allungamento, anche notevole, dei tempi processuali, deve essere interpretata in una accezione restrittiva dei presupposti su cui si fonda.

L'art. 295 c.p.c., dunque, postula non un mero collegamento tra due statuizioni emanande, ma un vincolo di stretta consequenzialità, tale per cui l'altro giudizio, oltre a coinvolgere le medesime parti, investe un indispensabile antecedente giuridico, la cui soluzione sia determinante, in tutto o in parte, con effetto di giudicato, per l'esito della causa da sospendere.

Scopo della sospensione necessaria è dunque quello di evitare il contrasto di giudicati, assicurando l'uniformità delle decisioni. Al di fuori di questa ipotesi la sospensione non è mai obbligatoria, perché, come debitamente evidenziato dalla Suprema Corte nella ordinanza del 27 luglio 2004, n. 14060, essa determina l'arresto del processo dipendente per un tempo indeterminato "e certamente non breve […] fino al passaggio in giudicato della decisione sulla causa pregiudiziale […] onde evitare il rischio di conflitto tra giudicati", così dilatando i tempi della decisione finale del giudizio e le aspettative ad una sua rapida definizione che le parti che si oppongono alla sospensione legittimamente possono vantare.

La pregiudizialità necessaria si pone tra rapporti giuridici diversi, collegati in modo tale per cui la situazione giuridica della causa pregiudiziale si pone come elemento costitutivo, modificativo, impeditivo o estintivo del distinto rapporto dedotto nella causa dipendente, la cui esistenza è dunque necessariamente presupposta dalla prima.

Ha poi chiarito la sentenza che la sospensione di cui all'art. 295 c.p.c. va disposta, secondo il c.p.a., con ordinanza, dichiarata appellabile: in un'ottica di ragionevole durata del processo, infatti, non vi è più spazio per una scelta di sospensione non *ex lege* sottratta ad ogni successivo sindacato. La giurisprudenza amministrativa anteriore al c.p.a., cui

occorre piuttosto fare riferimento *ratione temporis*, aveva invece negato tale impugnabilità dell'ordinanza *de qua*, sulla base della sua affermata natura non decisoria. La riattivazione del processo sospeso, trova oggi una regolamentazione propria e autonoma rispetto a quella processualcivilistica nell'art. 80, comma 1, c.p.a. che non opera alcuna distinzione tra cause di sospensione, così recependo quell'indirizzo giurisprudenziale, prevalente nel vigore della legge processuale anteriore, che facendo applicazione analogica, ma in maniera chirurgica, degli artt. 297 c.p.c. e 367 c.p.c., richiedeva e nel contempo riteneva bastevole una mera istanza di fissazione dell'udienza entro sei mesi dalla conoscenza legale che era cessata la causa di sospensione. Anche in passato, dunque, non si è mai revocata in dubbio la necessità di un'iniziativa di parte per superare il temporaneo stallo del procedimento, salvo discutersi circa la forma di tale iniziativa, ora individuata nella mera istanza di fissazione dell'udienza ora in quella anche di riassunzione, ovvero sulla tempistica della sua proposizione e sull'esatta individuazione del *dies a quo* per il relativo computo. Con ciò non consentendosi comunque, rileva la Sezione, un'iniziativa d'ufficio se non funzionale alla declaratoria di perenzione, men che meno a prescindere dall'avvenuto superamento della causa di sospensione.

43.17. Interruzione del giudizio.

- *Interruzione del giudizio per fallimento dell'impresa.*

La sez. II, con sentenza 23 marzo 2020, n. 2011 ha affermato che la previsione dell'art. 43, comma 3 della legge fallimentare, nel testo introdotto dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, comporta un effetto interruttivo automatico del giudizio pendente in caso di fallimento di una parte nel senso che l'interruzione non dipende più dalla dichiarazione resa in giudizio dal difensore ma dalla conoscenza comunque acquisita dal giudice in quel giudizio; inoltre, tale disciplina, in caso di mancata costituzione del curatore fallimentare per la prosecuzione del giudizio, non fa venire meno la necessità che la interruzione sia comunque dichiarata nel corso del giudizio al fine di consentire la riassunzione nei confronti del fallimento.

La Sezione ha ricordato l'orientamento della Corte di Cassazione, secondo cui l'art. 43, comma 3, della legge fallimentare - che stabilisce che l'apertura del fallimento determina l'interruzione automatica del processo - va interpretato nel senso che, intervenuto il fallimento, l'interruzione è sottratta all'ordinario regime dettato in materia dall'art. 300 c.p.c., nel senso che deve essere dichiarata dal giudice non appena sia venuto a conoscenza dall'evento, ma non anche che la parte non fallita sia tenuta alla riassunzione del processo nei confronti del curatore indipendentemente dal fatto che l'interruzione sia stata o meno dichiarata (Cass. civ., sez. I, ord., 1 marzo 2017, n. 5288). La previsione dell'art. 43, comma 3 della legge fallimentare, infatti, nel prevedere un effetto interruttivo automatico provocato dal fallimento sulla lite pendente, ha inteso sottrarre alla discrezionalità della parte colpita dall'evento interruttivo la rappresentazione dello stesso all'interno del processo, mentre il decorso dei termini previsti dall'art. 305 c.p.c., ai fini della declaratoria di estinzione presuppone, rispetto alla parte contrapposta a quella colpita dall'evento interruttivo, non solo la conoscenza in forma legale del medesimo evento, ma anche una situazione di quiescenza del processo, che si verifica per effetto

della formale constatazione da parte del giudice istruttore dell'avvenuta interruzione automatica della lite, comunque essa sia stata conosciuta (Cass. civ., sez. I, 11 aprile 2018, n. 9016).
Inoltre, la conoscenza del fallimento di una parte che il procuratore di altra parte non colpita dall'evento interruttivo abbia acquisito in un determinato giudizio non sia idonea a far decorrere il termine per la riassunzione di altra causa, ancorché le parti siano assistite, in entrambi i processi, dagli stessi procuratori.

- *Interruzione del giudizio per morte della parte.*
La sez. VI, con ordinanza collegiale, 28 gennaio 2020, n. 704 ha affermato che la presenza di una dichiarazione del difensore costituito ex art. 300 c.p.c. relativa alla morte del proprio assistito, funzionale ad ottenere l'interruzione del processo, depositata in giudizio e legalmente conosciuta dalle altre parti mediante la celebrazione dell'udienza (in cui venga trattata la questione dell'avvenuta dichiarazione dell'evento interruttivo), si determina comunque l'interruzione del processo, con decorrenza del termine di riassunzione da rispettare a pena di estinzione del giudizio.
Ha ricordato la Sezione che *in subiecta materia*, secondo un primo indirizzo (Cons. St., sez. IV, 3 ottobre 2017, n. 4587; id., sez. V, 16 aprile 2014, n. 1954), la dichiarazione dell'evento interruttivo dovrebbe avvenire con atto notificato alle altre parti o con dichiarazione resa in udienza, fattispecie tipiche regolate dal legislatore ai sensi del combinato disposto degli artt. 79, comma 2, c.p.a. e 300 c.p.c., che non ammetterebbero atti equipollenti; di conseguenza, non assumerebbero rilevanza il mero deposito del certificato di morte della parte processuale ovvero la dichiarazione dell'evento interruttivo resa in atto depositato in giudizio, tenuto conto che, nel primo caso, mancherebbe una dichiarazione del difensore costituito ai fini della produzione dell'effetto interruttivo, nel secondo caso, in assenza di un onere di continuo monitoraggio del fascicolo del giudizio, non potrebbe ritenersi rilevante il deposito di un atto processuale non legalmente conosciuto dalle altre parti processuali.
Secondo altro indirizzo, invece, la richiesta di interruzione del processo dichiarata con atto depositato in giudizio potrebbe essere valorizzata ai fini dell'integrazione della fattispecie interruttiva (Cons. St., sez. II, 11 dicembre 2019, n. 8407, che ha dichiarato l'interruzione del processo sulla base di un certificato di morte e di una richiesta di interruzione depositati in atti; cfr. anche Cons. St., sez. IV, 6 novembre 2018, n. 6268 che, in un caso di mancata comparizione dei difensori all'udienza, ha comunque dichiarato l'interruzione del processo sulla base di un certificato di morte, acquisito al giudizio, riguardante una delle parti processuali).
La *ratio* sottesa alle disposizioni processuali, nella parte in cui subordinano l'interruzione del processo *ex* art. 300 c.p.c. ad apposita dichiarazione del difensore della parte costituita, risponde all'esigenza di tutelare l'effettività del diritto di difesa della parte colpita dall'evento interruttivo. In siffatte ipotesi, l'ordinamento processuale assicura al difensore costituito, professionista qualificato in grado di meglio apprezzare le iniziative processuali da svolgere a tutela del proprio assistito, il potere di scelta tra la prosecuzione

del processo e la sua interruzione, dipendendo l'effetto interruttivo da una sua dichiarazione espressa da rendere in giudizio.
Tale iniziativa, riservata al difensore costituito, peraltro, è regolata dall'ordinamento processuale civile (art. 300 c.p.c.), cui rinvia l'art. 79, comma 2, c.p.a., anche nelle forme di comunicazione all'uopo da osservare, potendo il difensore rendere la dichiarazione verbalmente in udienza ovvero per iscritto con atto da notificarsi alle altre parti processuali.

43.18. Estinzione del giudizio.

- Perenzione.

La sez. IV, con sentenza 27 gennaio 2020, n. 645 ha affermato che l'ordinanza collegiale che, in appello, definisce il giudizio di opposizione avverso il decreto di perenzione è sottratta a qualsiasi mezzo ordinario d'impugnazione – salva la revocazione, in presenza dei relativi presupposti.
Ha ricordato che Sezione che tale l'ordinanza ha natura decisoria e definitiva del grado del giudizio in cui è resa, sicché essa, in quanto pronunciata nell'ambito del giudizio di secondo grado, non è ulteriormente impugnabile con il mezzo ordinario dell'appello. Tale regola costituisce anche corollario dell'art. 6, comma 1, c.p.a., per il quale il Consiglio di Stato è organo di ultimo grado della giustizia amministrativa.

43.19. Decreto ingiuntivo.

Con sentenza 3 dicembre 2020, n. 7666 la Sezione III ha affermato che nell'ipotesi di decreto ingiuntivo emesso nei confronti della Asl e della Regione, avente ad oggetto la remunerazione di prestazioni sanitarie erogate da soggetto accreditato, ed opposto solo dalla prima, il termine decennale di prescrizione resta sospeso fino al passaggio in giudicato della sentenza che decide sull'opposizione, ai sensi dell'art. 2943, comma 2, c.c., nei soli confronti dell'Amministrazione opponente, mentre, nei confronti della Regione, la notifica del decreto ingiuntivo e la consumazione del termine per proporre opposizione, nelle more della richiesta di rilascio del decreto di esecutorietà *ex* art. 647 c.p.c., fanno sì che decorra nuovamente il termine di prescrizione, con la conseguente inammissibilità del ricorso di ottemperanza del provvedimento monitorio proposto nei confronti della Regione laddove, alla data della sua proposizione, esso sia interamente decorso.
Ha ricordato la Sezione che sebbene ai sensi dell'art. 1306, comma 2, c.c. "gli altri debitori possono opporla (la sentenza pronunziata tra il creditore e uno dei debitori in solido) al creditore, salvo che sia fondata sopra ragioni personali al condebitore" (e tale non potrebbe essere considerata, per la sua inerenza al fatto costitutivo del credito, la riduzione del quantum operata dal giudice civile), la menzionata previsione deve essere coordinata, sul versante processuale, con il disposto dell'art. 645 c.p.c., che onera l'intimato di proporre opposizione al fine di evitare che il decreto ingiuntivo si consolidi nei suoi confronti *ex* art. 656 c.p.c.. Ne consegue che l'applicazione della menzionata disposizione del codice civile presuppone che il rapporto sostanziale non si sia cristallizzato nei confronti di taluno dei coobbligati: ciò che inevitabilmente avviene laddove uno di

essi non abbia proposto tempestiva opposizione avverso il decreto ingiuntivo, lasciando che sullo stesso scendesse l'autorità del giudicato.
La conclusione esposta trova ulteriore conferma nel disposto dell'art. 653, comma 2, c.p.c., ai sensi del quale "se l'opposizione è accolta solo in parte il titolo esecutivo è costituito esclusivamente dalla sentenza…". Ha aggiunto la Sezione che l'art. 1306, comma 2, c.c. non potrebbe essere invocato al fine di sostenere che l'effetto "sostitutivo" (del titolo-sentenza di accoglimento parziale dell'opposizione al titolo-decreto ingiuntivo opposto) si è prodotto anche nei confronti della Regione appellante: mentre infatti il predetto art. 1306, comma 2, c.c. non contempla alcun effetto estensivo automatico del giudicato formatosi nei confronti di uno dei coobbligati a vantaggio dell'altro, rimettendo a quest'ultimo la decisione se "opporre" al creditore la sentenza pronunciata inter alios, l'art. 653, comma 2, c.p.c. si riferisce ad una fattispecie oggettivamente rilevante, presupponente la proposizione dell'opposizione al decreto ingiuntivo, con la sua conseguente limitazione della sua rilevanza nei (soli) confronti dell'opponente.
La Sezione ha aggiunto che dal combinato disposto dell'art. 2943, commi 1 e 2, c.c., ai sensi dei quali "la prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, sia questo di cognizione ovvero conservativo o esecutivo" ed "è pure interrotta dalla domanda proposta nel corso di un giudizio", e dell'art. 2945, commi 1 e 2, c.c., secondo cui "per effetto dell'interruzione s'inizia un nuovo periodo di prescrizione" e "se l'interruzione è avvenuta mediante uno degli atti indicati dai primi due commi dell'art. 2943, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio", si evince il principio generale secondo cui il tempo occorrente allo svolgimento del processo, funzionale al conseguimento di un titolo giurisdizionale in forza del quale procedere all'esecuzione coattiva del diritto azionato, non può determinare la sua estinzione a causa della inerzia del titolare, il quale ha manifestato, con la proposizione della domanda, la sua volontà di ottenere - mediante l'intervento del Giudice - il soddisfacimento della pretesa: in tale ipotesi, invero, all'inerzia sul piano "sostanziale" del creditore fa da contraltare l'iniziativa (assunta e proseguita nelle forme di rito) sul versante processuale, atta a smentire qualunque presunzione legale di disinteresse verso il diritto soggettivo dedotto in giudizio.
E' quindi evidente che una ratio siffatta, sottesa al duplice operare del meccanismo interruttivo-sospensivo del termine prescrizionale che si accompagna al fenomeno processuale, non ricorre laddove l'inerzia del creditore, sul piano "sostanziale", non sia giustificata dal parallelo "affidamento" al Giudice del *munus* di tutelare il diritto di cui il medesimo è titolare: ciò che si verifica, con riferimento alla fattispecie in esame, laddove esso, avendo ottenuto un provvedimento ingiuntivo, non provveda a richiedere al Giudice la declaratoria della sua esecutività, nemmeno – come nella specie – entro il termine decennale di prescrizione, assumendo quale *dies a quo* la data di esaurimento del termine concesso all'intimato per presentare opposizione avverso il decreto monitorio. Può del resto, in tale ottica, seriamente dubitarsi del fatto che l'attribuzione di efficacia interruttiva (del termine di prescrizione) alla proposizione (mediante notificazione alla controparte) del ricorso per decreto ingiuntivo trovi fondamento normativo nel comma 1 dell'art. 2943 c.c., piuttosto che (non essendo il procedimento monitorio assimilabile

tout court ad un giudizio di cognizione) nel comma 4 del medesimo articolo, laddove prevede che "la prescrizione è inoltre interrotta da ogni altro atto che valga a costituire in mora il debitore": sì che, aderendo a tale prospettiva, verrebbe meno anche il presupposto cui è subordinata la parentesi sospensiva del termine di prescrizione correlata alla pendenza del "giudizio".

43.20. Giudicato.

Molte le sentenze del giudice di appello in tema di giudicato.

- *Preclusione da giudicato (c.d. implicito) in distinte domande*.

La sez. V, con sentenza 26 novembre 2020 n. 7437 ha pronunciato sulla operatività del principio di preclusione da giudicato (c.d. implicito) in distinte domande.

Ha affermato che tale preclusione può ritenersi sì operante, ma pur sempre nei limiti dell'azione in concreto e non certo ai fini di distinte (per quanto di fatto connesse) domande, aventi diverso oggetto.

Ha ricordato la Sezione che il giudicato sostanziale, destinato a "fase stato ad ogni effetto" tra le parti (art. 2909 c.c.) anche in successivi giudizi (in termini di giudicato c.d. esterno), si formi in via di principio – nella logica della corrispondenza tra chiesto e pronunziato (art. 112 c.p.c.) e del sotteso principio della domanda (artt. 2907 c.c.; 99 c.p.c.; 40 c.p.a.) – sul diritto (nel senso lato di situazione soggettiva meritevole di tutela, come tale comprensivo degli interessi legittimi: cfr. art. 24 Cost.) fatto valere in giudizio tramite l'esercizio dell'azione ed accertato con sentenze di merito (artt. 276 e 277 c.p.c. e art. 34 c.p.a.), e non già in ordine ai fatti (siano essi costitutivi, ovvero modificativi, impeditivi o estintivi) che, a livello di fattispecie legale, rilevano ai fini della sua esistenza e tutela.

Per tale via, dovrebbe trarsene l'immediato e duplice corollario: a) che sono estranee al giudicato sostanziale le questioni di natura processuale, destinate ad esitare in pronunce di rito, come deve dirsi (art. 35, comma 1, lett. b, c.p.c.) per quelle inerenti l'interesse ad agire; b) che, sotto distinto profilo, trattandosi di circostanze fattuali (rilevanti in termini di fatti costitutivi della pretesa, correlata all'accertamento dell'illegittimità del provvedimento amministrativo), non ne sia, in via di principio, preclusa la difforme valorizzazione nel distinto giudizio preordinato all'accertamento dei presupposti per l'erogazione della tutela risarcitoria.

Tuttavia, è altrettanto vero a) che, per un verso, che in ordine agli antecedenti logici necessari alla decisione, ancorché concretanti mere circostanze fattuali, è destinata a maturare una generale preclusione alla loro successiva messa in discussione (in virtù della "copertura" che il giudicato offre alle strumentali deduzioni di parte, sia quanto effettivamente dedotte, sia in quanto potenzialmente deducibili); b) che, per altro verso, anche decisioni su questioni a contenuto processuale (ivi comprese quelle inerenti, come nella specie, all'interesse ad agire: cfr. per esempio Cass. 13 aprile 1987, n. 3670) si ritiene maturata una preclusione operante nei successivi giudizi attivati tra le parti.

Vale osservare, in realtà, che non si tratti né di contraddizione né di eccezione ai richiamati principi generali. In effetti è più corretto ritenere (in conformità ad una bene intesa

nozione di azione c.d. in concreto, come tale contrapposta alla mera possibilità di astratta proposizione della domanda giudiziale) che – mentre le sentenze che decidono su momenti o requisiti dell'azione in quanto esercizio di poteri processuali non sono di merito, poiché riguardano i requisiti dei singoli atti processuali, nei quali si concreta e si svolge quell'esercizio – le sentenze che, per contro, decidono sulla legittimazione e sull'interesse ad agire come "condizioni" della tutela richiesta in giudizio sono (in tutto e per tutto) sentenze che riguardano il merito, sempre che pronuncino concretamente sull'esistenza o no di tali condizioni e non sulle modalità con cui la stessa esistenza è di volta in volta prospettata e descritta nei singoli atti processuali.
Alla luce di ciò, una corretta esegesi dell'art. 34 c.p.c. porta a ritenere: a) che concretino pronunce di mero rito solo quelle (di formale inammissibilità del ricorso) che postulino l'accertamento della (attuale e concreta) insussistenza dell'interesse a ricorrere (che, perciò, ben potrebbe essere, senza preclusione di sorta, ritenuto sussistente in un distinto e successivo giudizio); b) che, per contro, l'accertamento (strumentale) della sussistenza della relativa condizione dell'azione impugnatoria si incorpori (senza possibilità di successiva messa in discussione, che contraddirebbe il riconoscimento del bene della vita) nella decisione di merito che ne consegue (o, quanto meno, in quella di accoglimento: note essendo le dispute, nella specie comunque non rilevanti, in ordine ai limiti oggettivi dei giudicati di rigetto della domanda).

- *Giudicato silente*.
Sul c.d. "giudicato silente" la sez. III, con sentenza 7 luglio 2020, n. 4369, ha affermato che a fronte di un giudicato silente, che lasci indeterminata la conformazione di un segmento della fase esecutiva, il giudice dell'ottemperanza può trovarsi nella necessità di scegliere tra diverse soluzioni, in modo analogo destinate a provocare un arricchimento regolativo del tratto esecutivo rimasto incompiuto. In queste ipotesi, l'applicazione di regole ordinamentali che riconducono l'ottemperanza a conclusioni coerenti con il sistema normativo è preferibile ad altre soluzioni che orienterebbero l'esecuzione verso un esito interpretativo *extra ordinem*. A tanto si perviene colmando lo spazio regolativo lasciato vuoto dal giudicato, senza alterarne il contenuto ma integrandolo nella parte mancante attraverso l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento (v. art. 12 disposizioni preliminari al codice civile).

- *Effetti conformativi del giudicato ultradecennale*.
La sez. VI, con sentenza 11 marzo 2020, n. 1738, ha pronunciato sugli effetti conformativi del giudicato ultradecennale, precisando che qualora sul procedimento di repressione di abuso edilizio si formi un giudicato che imponga all'Amministrazione, prima di disporre la demolizione, di concludere il precedente procedimento amministrativo al fine di valutare l'effettiva consistenza delle opere di urbanizzazione e di una vecchia istanza di concessione ancora pendente, il Comune, prima di procedere alla demolizione, deve dare esecuzione al predetto giudicato, anche se per effetto del decorso di un decennio il privato non possa più agire con l'*actio iudicati*, atteso che l'effetto conforma-

tivo che da esso discende non si estingue con la prescrizione dell'*actio iudicati* ed "impedisce" di procedere alla demolizione delle opere prima di aver esaminato le predette questioni.
Il giudicato di annullamento di atti amministrativi produce, normalmente, effetti, oltre che di accertamento, di eliminazione, di ripristinazione e conformativi. In particolare, il vincolo conformativo assume una valenza differente a seconda che oggetto di sindacato sia un'attività amministrativa vincolata o discrezionale: a) nel primo caso esso è pieno nel senso che viene delineata in modo completo la modalità successiva di svolgimento dell'azione amministrativa; b) nel secondo caso esso ha valenza meno pregnante, in quanto non può estendersi, per assicurare il rispetto del principio costituzionale di separazione dei poteri, a valutazioni riservate alla pubblica amministrazione. Per quanto il giudizio amministrativo verta sul rapporto giuridico al fine di accertare la spettanza delle utilità finali oggetto dell'interesse legittimo, quando l'attività amministrativa è discrezionale, il vincolo giudiziale non può incidere su spazi di decisione, afferenti all'opportunità, attribuiti alla pubblica amministrazione.
Nella fase successiva al giudicato, occorre distinguere un momento relativo alla "medesima vicenda amministrativa "e un momento relativo ad una "diversa, ancorché collegata, vicenda amministrativa".
Nel primo caso relativo alla "medesima vicenda amministrativa", l'azione amministrativa successiva al giudicato, quando l'accertamento non è stato pieno in ragione dell'esistenza di poteri discrezionali, è retta da "regole giudiziali" e da "regole legali". Ne consegue che: a) una parte di tale azione deve rispettare i vincoli che derivano dal giudicato e, in particolare, il vincolo conformativo; b) un'altra parte della medesima azione, non oggetto di specifico accertamento giudiziale, deve rispettare i vincoli posti dal principio di legalità.
Se l'Amministrazione viola la prima tipologia di vincoli di tipo giudiziale, non eseguendo il giudicato o ponendo in essere un'attività di violazione o elusione del giudicato stesso, la tutela si svolge sul piano dell'esecuzione ed è costituita dall'azione di ottemperanza, con la quale si può contestare l'omissione ovvero la nullità degli atti adottati (artt. 112 ss. c.p.a.). Il Codice del processo amministrativo ha previsto che tale azione debba essere proposta entro il termine di prescrizione di dieci anni decorrenti dal passaggio in giudicato della sentenza, in quanto ha configurato l'esistenza di un "diritto soggettivo all'esecuzione" sottoposto all'efficacia estintiva propria della prescrizione. Anche l'azione di nullità per violazione o elusione del giudicato, che per la sua specialità, non soggiace al termine di centottanta giorni previsto per le altre cause di nullità (art. 30 c.p.a.), deve essere proposta nel rispetto del suddetto termine prescrizionale (art. 31, comma 4, c.p.a.).
Se l'Amministrazione viola la seconda tipologia di vincoli di tipo legale, la tutela si svolge sul piano della cognizione ed è costituita, in presenza di atti amministrativi, dall'azione di annullamento (art. 29 c.p.a.), che deve essere proposta nel termine di decadenza di sessanta giorni (art. 41, comma 2, c.p.a.) ovvero dall'azione di nullità (art. 31, comma 4, c.p.a.), che deve essere proposta nel termine di centottanta giorni.

Nel secondo caso relativa alla "diversa vicenda amministrativa", l'azione amministrativa è retta dalle regole legali e, dunque, deve rispettare il solo principio di legalità, in quanto si tratta di un rapporto differente da quello che è stato oggetto di accertamento giudiziale.
Deve, però, ritenersi che, in alcuni casi, quando le due vicende presentano profili di collegamento sostanziale si produce quello che può essere definito "effetto conformativo" di coerenza o razionalità della complessiva azione amministrativa discendente dal giudicato.
In particolare, tale effetto, imponendo un obbligo non sottoposto a termine, produce uno svolgimento interno delle situazioni giuridiche coinvolte di tipo preclusivo nel senso che l'amministrazione non può regolare la "vicenda diversa" in contrasto con il complessivo accertamento giudiziale già svolto in ossequio al suddetto canone di coerenza nell'esercizio del potere.
La peculiarietà della vicenda amministrativa risiede nel fatto che la forma di tutela si svolge esclusivamente sul piano della cognizione mediante la proposizione di un'azione di annullamento per violazione di legge o eccesso di potere che deve essere proposta nei riportati termini di decadenza. Ne consegue che il suddetto effetto conformativo incide anche, nei sensi indicati, sulla nuova attività amministrativa senza alcun limite temporale se non quello derivante dalla decorrenza del termine di decadenza per l'impugnazione dell'atto amministrativo che con tale effetto si pone in contrasto.
In definitiva, l'effetto conformativo discendente dal giudicato impedisce l'adozione di atti amministrativi che con esso confliggono, anche indipendentemente dalla azionabilità in ottemperanza delle statuizioni della sentenza passata in cosa giudicata e della declaratoria di nullità degli atti adottati. Vengono così a scindersi l'eseguibilità del giudicato (impedita dalla prescrizione dell'actio iudicati) e la persistenza dell'effetto conformativo del medesimo, che comporta, comunque, il dovere dell'amministrazione di non adottare atti che contrastino con l'accertamento giudiziale e il conseguenziale effetto conformativo. Il diritto all'esecuzione del giudicato non è azionabile ma il dovere di tener conto del giudicato nelle ulteriori attività dell'amministrazione permane, con la conseguente possibilità di ritenere annullabile l'atto che non lo consideri.
Quanto esposto vale anche in presenza di attività amministrativa di repressione di abusi edilizi.
L'attività in esame è, normalmente, vincolata con la conseguenza che il giudice amministrativo accerta il rapporto con la produzione di un vincolo conformativo pieno sulla successiva attività amministrativa.
Può accadere, però, in presenza soprattutto di annullamento giudiziale di titoli edilizi già rilasciati ovvero per la complessità della vicenda amministrativa, che la pubblica amministrazione sia titolare di poteri discrezionali, con le conseguenze in ordine al regime dell'attività successiva sopra riportate.

43.21. Giudizio di ottemperanza.
Molte le sentenze del giudice di appello sul giudizio di ottemperanza.

- *Giudizio di ottemperanza in relazione ad una sentenza di rigetto del ricorso.*
La sez. IV, con sentenza 22 giugno 2020, n. 4003 ha dichiarato inammissibile il giudizio di ottemperanza in relazione ad una sentenza di rigetto del ricorso.
Ha chiarito la Sezione che l'effettività della tutela giurisdizionale è la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, vale a dire di garantire la soddisfazione dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio dal ricorrente il cui ricorso, rivelandosi fondato, sia stato accolto.
Il principio di effettività della tutela si traduce nella capacità del processo di garantire al ricorrente vittorioso in giudizio il bene della vita, finale o strumentale, del quale sia stata accertata la spettanza.
Il giudizio di ottemperanza è uno strumento fondamentale per garantire che la tutela dell'interesse legittimo sia piena ed effettiva, in quanto, attribuendo al giudice amministrativo la giurisdizione con cognizione estesa al merito, ha la funzione di adeguare la situazione di fatto, ove del caso attraverso la sostituzione del giudice all'amministrazione inerte, alla situazione di diritto scolpita nel giudicato o, comunque, in una sentenza esecutiva.
Nel caso in esame la sentenza di cui è chiesta l'esecuzione è di irricevibilità rispetto all'appello, proposto avverso la sentenza del giudice di primo grado che ha respinto il ricorso.
Pertanto, non sussiste alcun giudicato attributivo di un bene della vita da eseguire, essendo la sentenza di rigetto evidentemente autoesecutiva, mentre il bene della vita, cui aspira il ricorrente, costituisce oggetto del potere amministrativo che l'Amministrazione comunale deve esercitare, come ha esercitato, sulla relativa istanza pretensiva presentata dagli interessati.

- *Termine di prescrizione decennale previsto dall'art. 114, comma 1, c.p.a. e sua interruzione.*
L'Adunanza plenaria, con sentenza 4 dicembre 2020, n. 24, si è espressa sull'ambito di applicazione del termine di prescrizione decennale previsto dall'art. 114, comma 1, c.p.a. e sulla sua interruzione, affermando che può essere interrotto anche con un atto stragiudiziale volto a conseguire quanto spetta in base al giudicato.
Ha chiarito l'Alto consesso che sotto il profilo lessicale va sottolineato come l'art. 114, comma 1, c.p.a. abbia sancito la 'regola della prescrizione decennale' riferendosi alla proponibilità della 'azione' di esecuzione del giudicato e non al rilievo del decorso del tempo sulle posizioni giuridiche oggetto del giudicato, a differenza di quanto ha previsto l'art. 2953 c.c..
Ad avviso dell'Adunanza Plenaria il legislatore si è consapevolmente riferito alla prescrizione della 'azione', senza fare riferimento alle posizioni giuridiche oggetto del giudicato.
Per quanto riguarda l'*actio iudicati* riguardante il giudicato (del giudice civile o del giudice amministrativo) avente per oggetto diritti, non vi era alcuna lacuna da colmare, proprio perché già gli artt. 2953 e 2943, quarto comma, del codice civile del 1942 hanno sancito le regole della prescrizione decennale e della sua interrompibilità.
Invece, per quanto riguarda l'*actio iudicati* riguardante il giudicato avente per oggetto interessi legittimi, il legislatore – nel tenere conto del precedente dibattito – ha ritenuto di

non trasporre in legge il principio che la giurisprudenza, a partire dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 1991, ha enunciato, in assenza di una specifica disposizione di legge.
Infatti, l'art. 114, comma 1, ha introdotto la diversa regola per la quale in ogni caso è 'interrompibile' il termine di prescrizione decennale, quando si agisce con l'*actio iudicati*: non rileva sotto tale profilo la posizione soggettiva di cui si chieda tutela al giudice dell'ottemperanza. Da tale comma, si desume chiaramente la determinazione del legislatore di qualificare come termine di prescrizione e non di decadenza quello entro il quale è proponibile il ricorso d'ottemperanza: non si può ritenere che il legislatore abbia utilizzato termini aventi un significato diverso da quello attribuibile in base alle nozioni generali.
Con riferimento ai diritti, tale determinazione risultava del resto costituzionalmente obbligata, poiché – per il principio di uguaglianza e per i principi fondanti la giustizia amministrativa (artt. 3, 103 e 113 Cost.) – di certo non si sarebbe potuto introdurre per essi un termine decennale di 'decadenza', tale da rendere del tutto incoerente la disciplina processuale sull'actio iudicati con quella sostanziale prevista dall'art. 2953 c.c. (che consente di interrompere la prescrizione anche quando si tratti di un diritto che abbia dato luogo ad un giudicato favorevole).
Una specifica ed autonoma portata applicativa dell'art. 114, comma 1, ha allora riguardato proprio l'*actio iudicati* riguardanti i giudicati aventi per oggetto posizioni di interesse legittimo, nel senso che il legislatore ha espressamente ammesso, in ogni caso, che il termine decennale, proprio perché è di prescrizione e non di decadenza, possa essere interrotto anche con idonei atti stragiudiziali, senza la necessità che entro il termine decennale sia notificato il ricorso d'ottemperanza. La scelta del legislatore è stata dunque quella di disporre regole unitarie per l'*actio iudicati*, quanto al tempo della proposizione del ricorso d'ottemperanza, con riferimento sia ai diritti che agli interessi: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.
Ad avviso della Adunanza Plenaria, tale scelta risulta pienamente coerente con il principio di effettività della tutela e con la giurisprudenza costituzionale, poiché: a) l'art. 1 c.p.a. dispone che 'la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo', senza distinguere i diritti dagli interessi, aventi pari dignità ai sensi degli artt. 24 e 103 Cost., sicché ben si regge su tale principio la regola per la quale in ogni caso chi abbia ottenuto un giudicato favorevole possa sollecitare l'Amministrazione soccombente anche in sede stragiudiziale, affinché ci sia l'esecuzione, con la conseguente interruzione del termine di proposizione dell'*actio iudicati*; b) più volte la Corte costituzionale, anche con le sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006, ha evidenziato lo 'stretto intreccio' che talvolta vi è tra gli interessi e i diritti devoluti dalla legge alla giurisdizione amministrativa esclusiva, sicché si giustifica un regime giuridico unitario (e dunque semplificato) dell'actio iudicati, che ai fini della proponibilità del rimedio – in presenza di atti stragiudiziali volti all'esecuzione del giudicato – renda irrilevante l'esame della natura della posizione fatta valere nel giudizio di cognizione.

La regola generale della interrompibilità del termine decennale di prescrizione dell'actio iudicati neppure risulta in contrasto con gli artt. 97 e 111 Cost., diversamente da quanto è stato paventato dall'ordinanza di rimessione. Si deve infatti considerare che l'Amministrazione risultata soccombente nel giudizio di cognizione ha il dovere di dare esecuzione d'ufficio al giudicato: la mancata esecuzione del giudicato si pone in sé in contrasto con il principio del buon andamento dell'azione amministrativa.
Il rimedio del ricorso d'ottemperanza va visto come *extrema ratio* per ottenere in sede di giurisdizione di merito l'esecuzione del giudicato, qualora in sede amministrativa non vi sia stata una definizione della questione conforme al giudicato stesso, a seguito dei contatti eventualmente intercorsi tra le parti. Tali contatti vanno considerati di per sé consentiti dal sistema e, in particolare, dall'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241, il quale va interpretato nel senso che ben può essere concluso un accordo di natura transattiva, volto a definire una volta per tutte la controversia. È pertanto del tutto fisiologico che nel corso del tempo il vincitore del giudizio di cognizione solleciti l'Amministrazione ad eseguire il giudicato, prospettando se del caso soluzioni che possano essere concordate, prima di proporre il giudizio d'ottemperanza (anche in un'ottica deflattiva del contenzioso).
In questo contesto, gli atti di impulso univocamente rivolti ad ottenere l'esecuzione del giudicato sono stati evidentemente ritenuti idonei dal legislatore ad interrompere il termine di prescrizione dell'*actio iudicati*, non potendo essere 'premiata' l'Amministrazione - con una regola della non interrompibilità della prescrizione – quando, malgrado tali atti, non vi sia stata né la 'unilaterale' esecuzione del giudicato, né una soluzione consensuale.

- *Ottemperanza al giudicato civile formatosi su una controversia di lavoro*.
La sez. VI ha pronunciato (16 marzo 2020, n. 1865) sull'ottemperanza al giudicato civile formatosi su una controversia di lavoro e corresponsione di interessi chiarendo che se nel dispositivo della sentenza ottemperanda relativa ad una controversia di lavoro manchi una condanna espressa alla corresponsione degli interessi legali, gli stessi devono essere corrisposti, ai sensi dell'art. 429 c.p.c., trattandosi di "accessori che costituiscono elemento naturale del capitale"; ciò deve coordinarsi con il principio della non integrabilità del giudicato civile ottemperando dal giudice amministrativo, con la conseguenza che andranno corrisposti solo gli interessi maturati successivamente al giudicato se il giudice civile abbia omesso la pronuncia sugli interessi anteriori ed il relativo capo di sentenza non sia stato impugnato.
Ha affermato la Sezione che in presenza di debiti di valuta - quali sono le obbligazioni pecuniarie fondate su un rapporto contrattuale, avendo ad oggetto quale prestazione principale il pagamento di una somma di denaro - la domanda di condanna al pagamento degli interessi si atteggia, di regola, quale domanda diversa da quella riferita al capitale, in quanto sorretta da una *causa petendi* (ritardo nella corresponsione di somme dovute) non coincidente con quella fondante la domanda principale (riferita al capitale) cui accede (Cass. civ., sez. I, ord., 15 marzo 2019, n. 7500). Pertanto, qualora la parte abbia proposto in sede giurisdizionale due domande cumulate, connesse da un vincolo di accessorietà, tendenti ad ottenere - a fronte di una condotta inadempiente tenuta dalla

controparte contrattuale - il pagamento sia del capitale, che degli interessi, ove il giudice adito statuisca esclusivamente sulla domanda principale, si realizza una fattispecie di omessa pronuncia sulla domanda accessoria (riferita alla debenza degli interessi). Per l'effetto, la domanda non esaminata, non può ritenersi accolta in sede giurisdizionale, non concorrendo, pertanto, a delineare l'ambito oggettivo del giudicato da eseguire.
Con riferimento ai crediti fondati in un rapporto di lavoro, come valorizzato dall'appellante, vige un regime eccezionale, dettato dall'art. 429, comma 3, c.p.c. che, prescindendo dalla domanda di parte, impone al giudice di riconoscere d'ufficio gli accessori sulla somma liquidata, costituenti, dunque, una componente dell'importo complessivamente dovuto. Qualora, tuttavia, il giudice adito, disattendendo l'art. 429, comma 3, c.p.c., pur condannando la parte datoriale al pagamento di quanto richiesto dal ricorrente a titolo di capitale, ometta di pronunciare sulla debenza degli interessi, la relativa questione non può ritenersi compresa nella portata applicativa del giudicato.
Per l'effetto, il riconoscimento degli interessi non compresi nell'oggetto della condanna giudiziale richiederebbe un'integrazione del giudicato, mediante la spendita di un potere avente natura cognitoria, precluso a questo Consiglio, chiamato, nella specie, ad assicurare l'ottemperanza di una sentenza del giudice civile, come tale riferita a rapporti sostanziali sottratti alla giurisdizione amministrativa.
La giurisprudenza ordinaria, nel pronunciare sulla possibilità di riconoscere d'ufficio, in sede impugnatoria, gli interessi legali dovuti *ex* art. 429, comma 3, c.p.c., ove gli stessi non siano stati oggetto di condanna da parte del giudice a quo e il lavoratore non abbia proposto al riguardo specifico motivo di impugnazione, distingue a seconda che il lavoratore sia risultato soccombente o vittorioso nel precedente grado di giudizio in relazione alla domanda di condanna al pagamento del capitale.
In particolare, qualora il lavoratore sia risultato soccombente, l'impugnazione diretta contro il solo capo di sentenza riferito al capitale, rimettendo in discussione, altresì, la debenza degli accessori, ove accolta, impone al giudice dell'impugnazione di pronunciare, anche d'ufficio, pure sugli interessi dovuti.
Qualora, invece, il lavoratore sia risultato vittorioso con riferimento alla domanda di condanna al pagamento del capitale e il giudice *a quo* abbia omesso di pronunciare sugli interessi -anche in tale caso a prescindere da una domanda di parte, risultando gli interessi una componente della somma all'uopo da liquidare, ai sensi dell'art. 429, comma 3, c.p.c. - si realizza una violazione del combinato disposto degli artt. 112 c.p.c. e 429, comma 3, c.p.c., che onera il lavoratore alla proposizione di specifico motivo di impugnazione, pena la formazione di un giudicato preclusivo alla futura richiesta degli interessi. Come precisato dalla Corte di cassazione (n. 17353 del 2010; id. n. 7395 del 2010; id. n. 16484 del 2009; id. n. 15878 del 2003; id. n.4943 del 1995), "[è]pur vero che già la pronuncia di primo grado aveva omesso di applicare la rivalutazione monetaria *ex* art. 429 c.p.c., u.c. senza che A.F. proponesse specifico motivo d'appello a riguardo. Ed è altresì vero che l'applicabilità d'ufficio della rivalutazione monetaria *ex* art. 429 c.p.c., u.c. trova il proprio limite nell'acquiescenza e nella conseguente formazione del giudicato sulla questione non investita da apposito mezzo di gravame. Tuttavia, ciò presuppone pur sempre che si sia verificata *ex* art. 329 cpv. c.p.c. acquiescenza sul relativo capo

autonomo della sentenza, mentre nel caso di specie la rivalutazione monetaria ha seguito la sorte del credito cui inerisce, vale a dire quella del credito per indennità varie, in prime cure fatto valere in via riconvenzionale dall'odierna ricorrente e poi coltivato con appello incidentale.
In altre parole, avendo l'appello incidentale coinvolto la sorte capitale, la statuizione relativa agli accessori non poteva separatamente passare in cosa giudicata, non costituendo di per sè capo autonomo della sentenza suscettibile di formare giudicato parziale per intervenuta acquiescenza ex art. 329 cpv. c.p.c. Infatti, come tale deve intendersi soltanto quella statuizione idonea a conservare la propria efficacia precettiva anche ove vengano meno le altre, mentre è indubbio che la statuizione sugli accessori (interessi e rivalutazione monetaria) non può sopravvivere senza quella avente ad oggetto il credito principale.
Diversamente opinando, si dovrebbe affermare che la riforma o la cassazione del capo di sentenza relativo alla sorta capitale non si estende, malgrado l'art.336 c.p.c., a quello concernente rivalutazione e interessi, che resterebbero dovuti pur non essendo più dovuta la sorte capitale, conclusione - questa all'evidenza inaccettabile.
Pertanto, l'impugnazione sulla quantificazione del credito principale impedisce il formarsi del giudicato sui relativi accessori.
Nè, a ben vedere, osta a tale ricostruzione la giurisprudenza (Cass. civ., n. 1028 del 1980; id., n. 4868 del 1985; id., n. 1925 del 1994) secondo cui il creditore vittorioso in primo grado, ma soccombente riguardo alla rivalutazione monetaria, ha l'onere di appellare specificamente, in via principale o incidentale, tale capo sfavorevole, sia che il giudice di primo grado (da detta norma investito del dovere di rivalutare il credito anche d'ufficio) abbia pronunciato in senso negativo sulla rivalutazione sia che abbia omesso di pronunciare, non potendo il giudice del gravame attribuire all'appellato la rivalutazione ormai esclusa per effetto dell'intervenuto giudicato interno. Infatti, tale orientamento muove da un differente presupposto, ossia quello del giudicato interno formatosi sul capo relativo alla sorta capitale, non impugnato dal creditore, sicchè la mancata applicazione della rivalutazione sul credito principale rende inapplicabile d'ufficio - vale a dire in assenza di apposita impugnazione l'accessorio costituito dalla rivalutazione medesima" (Cass. civ., sez. lav., 29 settembre 2016, n. 19312).
L'applicazione di tali coordinate ermeneutiche al caso di specie evidenzia l'infondatezza dell'appello, nella parte in cui è diretto ad ottenere la condanna dell'Amministrazione al pagamento degli interessi maturati anteriormente alla pubblicazione della sentenza ottemperanza.
Né a diversa conclusione potrebbe giungersi sulla base dell'indirizzo accolto dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1075 del 2010, tenuto conto che tale precedente è intervenuto con riferimento all'ottemperanza di un giudicato amministrativo, riferendosi, quindi, ad un giudizio in cui, stante il contenuto composito dell'ottemperanza (valorizzato da Cons. St., Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2), il giudice amministrativo, avendo giurisdizione altresì sul rapporto sostanziale, ha la possibilità di completare il giudicato ottemperando, mediante l'esercizio di un potere avente anche natura cognitoria.

- *Poteri del giudice dell'ottemperanza su debiti pecuniari.*
La sez. III, con sentenza 30 giugno 2020, n. 4111 ha affermato che il giudice dell'ottemperanza, se non può esaminare censure relative al debito portato dal titolo esecutivo, può verificare se sussista il presupposto dell'inadempimento a seguito dell'eccezione di avvenuto pagamento della sorte sollevata dall'amministrazione debitrice.
Ha chiarito la Sezione che gli unici pagamenti rilevanti in sede di giudizio ottemperanza come fattori estintivi, deducibili e conoscibili senza entrate in conflitto con il giudicato portato dal provvedimento monitorio, sono soltanto quelli successivi alla formazione del titolo, in quanto il giudicato formatosi sul decreto ingiuntivo non opposto concerne non soltanto l'esistenza del debito e la sua causale, ma altresì il suo ammontare a quella data; il debitore che assuma di avere interamente adempiuto al pagamento del debito e che, ciononostante, non abbia né contestato la successiva cessione del credito (in tesi già pagato), né abbia opposto il decreto ingiuntivo ottenuto dal cessionario, non può allegare nel giudizio di ottemperanza l'esistenza di pagamenti liberatori anteriori, ed è tenuto al pagamento delle somme portate dal decreto non opposto, salva la ripetizione dell'indebito.

- *Riparto dell'onere probatorio tra le parti nelle cause di ottemperanza inerenti il pagamento di crediti.*
Il C.g.a., con sentenza 20 aprile 2020, n. 253 ha affermato che in ordine al riparto dell'onere probatorio tra le parti nelle cause di ottemperanza inerenti il pagamento di crediti, si esula dai principi ordinari del processo amministrativo in ordine all'onere dell'Amministrazione di produrre in giudizio i documenti, perché non si versa in una situazione di asimmetria informativa tra privato e Amministrazione. Ad avviso del C.g.a., al contrario, trattandosi di un normale e paritetico rapporto di credito-debito, le parti si trovano in posizione paritaria, e il creditore è il soggetto meglio in grado di conoscere se il proprio credito è stato o meno soddisfatto. Semmai, l'asimmetria gioca, in materi di indennizzi di legge Pinto, in danno dell'Amministrazione, oberata di decreti di condanna da eseguire, e che potrebbe perciò avere difficoltà nel reperire e fornire tempestivamente la prova dell'avvenuto pagamento. Il creditore ha pertanto il dovere di agire con la normale prudenza e lealtà, e di non azionare liti per crediti già soddisfatti. Ove ciò possa accadere a causa di disallineamenti temporali tra l'avvio dell'azione e la notizia del pagamento, il creditore che abbia instaurato il giudizio ha l'onere di comunicare tempestivamente al giudice l'avvenuto pagamento, impedendo così che si arrivi ad una decisione di condanna per crediti già estinti.

43.21. Rito del silenzio.
Con ordinanza 10 novembre 2020, n. 6925 la sez. IV ha rimesso all'Adunanza plenaria le questioni se, nel giudizio proposto avverso il silenzio serbato dall'Amministrazione su una istanza del privato a) la nomina del commissario *ad acta*, disposta ai sensi dell'art. 117, comma 3, c.p.a., oppure il suo insediamento comportino – per l'Amministrazione soccombente nel giudizio proposto avverso il suo silenzio – la perdita del potere di provvedere sull'originaria istanza, e dunque se l'Amministrazione possa provvedere 'tar-

divamente' rispetto al termine fissato dal giudice amministrativo, fino a quando il commissario *ad acta* eserciti il potere conferitogli (e, nell'ipotesi affermativa, quale sia il regime giuridico dell'atto del commissario *ad acta*, che non abbia tenuto conto dell'atto 'tardivo' ed emani un atto con questo incoerente); b) per il caso in cui si ritenga che sussista – a partire da una certa data – esclusivamente il potere del commissario ad acta, quale sia il regime giuridico dell'atto emanato 'tardivamente' dall'Amministrazione.
Ha ricordato che ai sensi del comma 3 dell'art. 117 c.p.a. "Il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata". L'art. 117 c.p.a. non contiene più una previsione analoga a quella prima contenuta nell'art. 21 *bis*, comma 3, l. n. 1034 del 6 dicembre 1971, secondo cui "All'atto dell'insediamento il commissario, preliminarmente all'emanazione del provvedimento da adottare in via sostitutiva, accerta se anteriormente alla data dell'insediamento medesimo l'amministrazione abbia provveduto, ancorché in data successiva al termine assegnato dal giudice amministrativo con la decisione prevista dal comma 2". La differente formulazione della normativa sopravvenuta – che però neppure ha introdotto una regola opposta - rende attuale e di preminente rilievo il dubbio esposto e induce a domandarsi, in linea generale, se, nel regime giuridico attuale, sia possibile individuare una disciplina unitaria, composta da principi e regole comuni, per il commissario ad acta, in relazione alle diverse tipologie di giudizi nei quali esso è nominato (giudizio di ottemperanza, giudizio sul silenzio e giudizio cautelare).
Ha ricordato la Sezione che tre sono le soluzioni che sono state prospettate sulla questione in esame.
a) Secondo una prima risalente impostazione, che non risulta poi espressamente ribadita, il potere-dovere dell'amministrazione di dare esecuzione alla pronuncia verrebbe meno già dopo la nomina del commissario ad acta (Cons. St., sez. V, 10 marzo 1989, n. 165).
Andrebbe verificato comunque se tale tesi, espressa con riferimento al commissario nominato all'esito del giudizio di ottemperanza, si potrebbe applicare anche all'ipotesi del commissario nominato per provvedere in caso di perdurante inerzia dell'amministrazione.
b) Per un secondo orientamento, maggioritario nella giurisprudenza più recente, il cd 'esautoramento' dell'organo inottemperante (e, dunque, relativamente alla fattispecie in esame, l'"esautoramento' dell'organo inadempiente) si verificherebbe solo con l'operatività dell'investitura commissariale o, per dirla diversamente, dopo il suo 'insediamento' che attuerebbe il definitivo trasferimento del munus pubblico dall'ente che ne è titolare per legge a quello che ne diviene titolare in ragione della sentenza del giudice amministrativo (Cons. St., sez. V, 5 giugno 2018, n. 3378; id., sez. IV, 22 marzo 2017, n. 1300). A volte, si è precisato che a tal fine l'insediamento si deve intendere avvenuto con la redazione del verbale d'immissione (Cons. St., sez. V, 16 aprile 2014, n. 1975; id. 27 marzo 2013, n. 1768). Ancora, l'Adunanza plenaria 9 maggio 2019, n. 7 (che però non si è occupata *funditus* della questione), ha affermato che "L'insediamento del commissario ad acta… nella sua duplice veste di ausiliario del giudice e di organo straordinario

dell'amministrazione inadempiente surrogata, priva quest'ultima della potestà di provvedere".
c) Secondo un terzo orientamento, meno diffuso nella giurisprudenza più recente, ma apprezzato dalla dottrina, la competenza commissariale rimane 'concorrente' con quella dell'amministrazione, la quale ultima continua ad operare nell'ambito delle attribuzioni che la legge le riconosce e che non prevede siano estinte con l'insediamento del commissario (Cons. St., sez. IV, 10 maggio 2011, n. 2764; id., sez. V, 21 novembre 2003, n. 7617).
Quanto alle conseguenze sul regime giuridico degli atti adottati dall'Amministrazione, i primi due orientamenti prospettano l'analoga soluzione di considerare nulli gli atti adottati. Per il terzo orientamento, invece, di per sé non risulta viziato l'atto con cui l'Amministrazione istituzionalmente competente emana il provvedimento, sia pure dopo la nomina o l'insediamento del commissario *ad acta*.
Si potrebbe dunque risolvere la questione, affermando che – salva una diversa, chiara e univoca statuizione del giudice che ha nominato il commissario – l'organo istituzionalmente competente possa e debba provvedere: del resto, ogni possibile divergenza o mancata collaborazione tra questi ed il commissario può essere rapidamente risolta, se del caso, mediante la richiesta di chiarimenti al giudice amministrativo.
Per il caso in cui invece si ritenga che l'organo istituzionalmente competente perda i suoi poteri-doveri a seguito della nomina o dell'insediamento del commissario, la Sezione ha dubitato fortemente che il suo atto 'tardivo' si possa considerare nullo.
Il 'difetto assoluto di attribuzione', disciplinato dall'art. 21 *septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, riguarda i casi i cui una determinata autorità amministrativa non può emanare il provvedimento, perché neppure può attivare il relativo procedimento, non avendo alcuna attribuzione in materia.
Ben diverso è il caso, oggetto dell'ordinanza di rimessione, in cui senz'altro vi è il potere-dovere dell'Amministrazione di concludere il procedimento, come ribadito dall'ordine del giudice amministrativo. Con riferimento al caso in cui vi sia stata la nomina del commissario *ad acta*, la vicenda ha poi specifici tratti caratteristici, poiché l'atto del medesimo commissario non può che costituire l'*extrema ratio* prevista dal sistema, di cui si può avvalere il giudice amministrativo per indurre a provvedere l'amministrazione recalcitrante.
Sotto tale aspetto, si potrebbe ritenere che l'atto 'tardivo' dell'organo istituzionalmente competente potrebbe essere adeguatamente esaminato (anche per gli eventuali suoi profili di eccesso di potere) nella ordinaria sede di giurisdizione di legittimità, a seguito del relativo tempestivo ricorso, non potendo vulnerarsi il principio di certezza dei rapporti di diritto pubblico per il fatto in sé che vi sia stata la nomina, ovvero anche l'insediamento, del commissario (circostanza, questa, alla quale, come si è sopra segnalato, nessuna legge ha attribuito una valenza tale da porre nel nulla le competenze e le responsabilità dell'organo ordinariamente titolare del potere). Si potrebbe, dunque, anche ritenere che non si pone alcuna questione di validità dei provvedimenti e degli atti emanati dall'amministrazione, dopo la nomina o l'insediamento del commissario *ad acta*.

43.22. Rito appalti.
Molte le sentenze del giudice di appello che hanno esaminato le diverse problematiche legate alle impugnazioni degli atti di gara.

- *Legittimazione a ricorrere.*
La sez. III (2 novembre 2020, n. 6697) ha affermato che l'associazione che raggruppa imprese esercenti l'attività di sorveglianza e prevenzione antincendio e che operano in vari settori, tra i quali anche quello sanitario, è legittimata ad impugnare la *lex specialis* di gara che, di fatto, ammette a partecipare alla procedura operatori economici che non possono vantare una qualificazione specifica nel settore della vigilanza antincendio; l'associazione, infatti, ha inteso tutelare l'interesse generale di tutte le imprese operanti nel settore della vigilanza antincendio alla tutela della professionalità e specializzazione della categoria attraverso l'affermazione del principio che alle gare per l'affidamento dei servizi di sorveglianza antincendio possano partecipare solo imprese qualificate in ragione del loro specifico vissuto professionale e non già imprese che non hanno mai svolto un simile – per di più particolarmente delicato – servizio.
Ha ricordato la Sezione che la questione della legittimazione attiva dei c.d. enti collettivi è stata oggetto di un ampio dibattito, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Si tratta di quei soggetti che hanno come fine statutario la tutela di interessi collettivi, ovvero interessi comuni a più soggetti che si associano come gruppo o come categoria per realizzare i fini del gruppo stesso. Tali enti si distinguono tanto dai singoli associati quanto dalla comunità generale. L'interesse collettivo, dunque, deve essere un interesse riferibile al gruppo in sé, che, da parte sua, non può avere una dimensione occasionale. Si è, di recente, evidenziato che l'interesse diffuso del quale si sta discorrendo è un interesse sostanziale che eccede la sfera dei singoli per assumere una connotazione condivisa e non esclusiva, quale interesse di "tutti" in relazione ad un bene dal cui godimento individuale nessuno può essere escluso, ed il cui godimento non esclude quello di tutti gli altri.
Ciò chiarito, l'interesse sostanziale del singolo, inteso quale componente individuale del più ampio interesse diffuso, non assurge ad una situazione sostanziale "personale" suscettibile di tutela giurisdizionale (non è cioè protetto da un diritto o un interesse legittimo) posto che l'ordinamento non può offrire protezione giuridica ad un interesse sostanziale individuale che non è in tutto o in parte esclusivo o suscettibile di appropriazione individuale. 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 c.p.c. - seppur è lecito opinare circa l'esistenza o meno, allo stato dell'attuale evoluzione sociale e ordinamentale, di un interesse legittimo collettivo, deve invece recisamente escludersi che le associazioni, nel richiedere in nome proprio la tutela giurisdizionale, azionino un "diritto" di altri. La situazione giuridica azionata è la propria. Essa è relativa ad interessi diffusi nella comunità o nella categoria, i quali vivono sprovvisti di protezione sino a quando

un soggetto collettivo, strutturato e rappresentativo, non li incarni (Cons. Stato, A.P., 20 febbraio 2020, n. 6).
L'interesse, dunque, deve essere differenziato e, conseguentemente, la lesione di tale interesse legittima al ricorso l'organizzazione in quanto tale.
In subiecta materia è poi *ius receptum* in giurisprudenza il principio secondo cui nel processo amministrativo per la legittimazione attiva di associazioni rappresentative di interessi collettivi si rivela necessario che: a) la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati; b) 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 implicherebbe automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio; resta infine preclusa ogni iniziativa giurisdizionale sorretta dal solo interesse al corretto esercizio dei poteri amministrativi, occorrendo un interesse concreto ed attuale (imputabile alla stessa associazione) alla rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento controverso (Cons. St., A.P., 2 novembre 2015, n. 9; id. 27 febbraio 2019, n. 2). La perdurante predicabilità di forme di tutela di interessi diffusi ove suscettivi di un processo di cd. collettivizzazione a mezzo della entificazione della comunità di riferimento è stata, poi, di recente ulteriormente ribadita da questo Consiglio in composizione plenaria anche laddove non vi sia un atto di rango legislativo che ciò esplicitamente riconosca (Cons. Stato, A.P., 20 febbraio 2020, n. 6). Vale ulteriormente soggiungere che l'ipotesi di conflitto di interessi, che priva di legittimazione ad intervenire gli enti collettivi, non può essere desunta dall'esistenza di posizioni differenziate all'interno della medesima categoria di operatori economici o professionali, quando a intervenire nel giudizio amministrativo non sia un ente preposto alla rappresentanza istituzionale di quest'ultima, come nel caso degli ordini professionali, per i quali una rappresentanza così estesa ha fondamento nella legge; diversamente, in caso di associazioni di imprese, il cui potere rappresentativo ha invece origine nel contratto istitutivo dell'ente collettivo, il requisito dell'omogeneità dell'interesse fatto valere in giudizio deve essere accertato nell'ambito della sola base associativa, oltre che in relazione alla natura della questione controversa in giudizio e alla sua riconducibilità agli scopi statutari dell'ente. Sulla base dei suddetti rilievi si è, dunque, evidenziato che non può ritenersi sfornita della legittimazione ad intervenire in giudizio un'associazione di imprese quando, ferma la rilevanza della questione per le finalità statutarie perseguite, non risulta che alcuno degli operatori economici che ad essa partecipi abbia assunto iniziative di carattere giurisdizionale contrastanti con l'intervento in giudizio dell'ente collettivo (Cons. St., A.P., 21 maggio 2019, n. 8).

Con sentenza 3 novembre 2020, n. 6787 la Sezione V ha riconosciuto la legittimazione attiva dell'Anac, seppur nei limiti segnati dall'art. 211, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e dal

suo regolamento, senza che sia necessaria una particolare motivazione della relativa decisione.
Ha chiarito la Sezione che la legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo è attribuita all'Anac secondo due modalità distinte: la prima è quella dell'art. 211, comma 1-bis, d.lgs. n. 50 del 2016, il quale prevede il potere dell'Autorità di «agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture»; la seconda presuppone l'emissione di un parere motivato da parte dell'Anac, la quale indica alla stazione appaltante le «gravi violazioni», ovvero i vizi di legittimità che inficiano i provvedimenti presi in considerazione dall'Autorità, invitando la medesima stazione appaltante a conformarsi; solo "se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'Anac, [questa] può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo" (art. 211, comma 1-*ter*, cit.).
Il regolamento dell'Anac, approvato con deliberazione del 13 giugno 2018, specifica le fattispecie legittimanti la prima tipologia di ricorso, delineando le diverse ipotesi di "contratti a rilevante impatto" (art. 3 del regolamento) e le categorie di atti impugnabili (art. 4); e, con riferimento alla seconda tipologia, definisce l'ambito delle "gravi violazioni delle norme in materia di contratti pubblici" (art. 5). In entrambe le ipotesi, la motivazione della decisione dell'Autorità di agire in giudizio deve rendere conto della sussistenza dei presupposti ricavabili dall'art. 211 del Codice dei contratti pubblici e, nei termini in cui siano conformi, dalle disposizioni regolamentari citate, dalle quali, peraltro, non si evincono ulteriori elementi cui sia condizionato l'esercizio del potere di azione attribuito all'Anac. In particolare, la norma primaria non subordina il potere di agire dell'Anac a ulteriori valutazioni (i cui esiti dovrebbero riflettersi nella motivazione) che investano le ragioni di interesse pubblico, specifico e concreto, all'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato ad immagine di quanto previsto per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241.
La conclusione è evidente per l'ipotesi di ricorso diretto nei confronti degli atti di gara relativi a contratti di rilevante impatto, in cui l'interesse a ricorrere dell'Autorità sorge in coincidenza con il rilievo delle violazioni delle norme in materia di contratti pubblici (fermi restando gli altri presupposti relativi alla rilevanza del contratto e alle tipologie di atti impugnabili); ma ciò vale anche per il caso del ricorso preceduto da parere rimasto senza seguito da parte della stazione appaltante. Parere che non è riconducibile all'ambito degli strumenti di autotutela, posto che non ha natura vincolante per l'amministrazione destinataria e nemmeno crea un obbligo di agire in autotutela e in conformità al suo contenuto (come, invece, prevedeva l'art. 211, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, per la "raccomandazione vincolante" dell'Anac, al cui mancato adeguamento seguiva l'applicazione di una sanzione pecuniaria: disposizione abrogata dall'art. 123, comma 1, lett. b), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56). Non si può assumere, quindi, che quel parere costituisca l'atto di avvio di un procedimento di riesame in autotutela da parte della stazione appaltante, con le conseguenze che – quanto a disciplina della fattispecie

e, in specie, necessaria valutazione degli interessi coinvolti - deriverebbero da tale premessa (si osservi che il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, n. 1119 del 26 aprile 2018, reso sullo schema di regolamento per l'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 cit., qualifica il parere di cui al comma 1-*ter* come atto "privo di natura provvedimentale, trattandosi di un atto di sollecitazione all'eventuale autonomoesercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante […]": punto III.3.2.)

La legittimazione a ricorrere attribuita per legge all'Anac si inserisce nel solco di altre fattispecie di fonte legislativa che in passato hanno riconosciuto alle autorità indipendenti il potere di agire in giudizio (si possono richiamare l'art. 21-*bis*, l. 10 ottobre 1990, n. 287 per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato; e, più recentemente, l'art. 36, comma 2, lett. m) e n), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, per l'Autorità di regolazione dei trasporti) non può essere qualificata nemmeno come legittimazione straordinaria o eccezionale rispetto al criterio con cui si identifica la condizione dell'azione rappresentata dall'interesse ad agire o a ricorrere, ossia il collegamento dell'interesse a ricorrere con la titolarità (o l'affermazione della titolarità) di un interesse tutelato dall'ordinamento sul piano sostanziale. Collegamento soggettivo che, nel caso di specie, si instaura senz'altro tra l'Autorità e gli interessi e funzioni pubbliche che la legge affida alla sua cura; questi non hanno ad oggetto la mera tutela della concorrenza nel settore [concorrenza per il mercato], ma sono più in generale orientati - per scelta legislativa e configurazione generale di questa Autorità, come ricavabile dalle sue molte funzioni - a prevenire illegittimità nel settore dei contratti pubblici (tanto che la norma primaria dice solo che la ragione dell'azione sta nella violazione de "le norme in materia di contratti pubblici"), anche indipendentemente da iniziative o interessi dei singoli operatori economici o dei partecipanti alle procedure di gara (il cui interesse è piuttosto individuale, non generale come quello curato dall'Anac, ed è diretto al bene della vita connesso all'aggiudicazione, sicché esso - soprattutto nella fase della indizione della gara - non sempre coincide con gli interessi curati dall'Anac).

L'Anac, pertanto, è titolata a curare anche in giustizia, seppure nei termini generali e nelle forme proprie del processo amministrativo, gli interessi e le funzioni cui è preposta dalla legge e sintetizzate dai precetti di questa: perciò le è consentito (anche) di agire in giudizio seppur nei limiti segnati dall'art. 211 e dal suo regolamento (così anche la citata pronuncia della Adunanza Plenaria, n. 4 del 2018, che - pur qualificando il potere di agire *ex* art. 211 cit. come un caso di "legittimazione processuale straordinaria" - precisa che "la disposizione di cui all'art. 211, d.lgs. n. 50 del 2016 [non] si muove nella logica di un mutamento in senso oggettivo dell'interesse […] a che i bandi vengano emendati immediatamente da eventuali disposizioni (in tesi) illegittime, seppure non escludenti: essa ha subiettivizzato in capo all'Autorità detto interesse, attribuendole il potere diretto di agire in giudizio nell'interesse della legge"). Pertanto, anche sotto questo profilo non si giustifica la necessità di una particolare motivazione della decisione di agire in giudizio da parte dell'Anac.

Termini introdotti

La sez. III (sentenza 9 marzo 2020, n. 1704) ha chiarito che in applicazione dei principi espressi dalla Corte di giustizia UE con sentenza 14 febbraio 2019, n. 54, l'onere di

immediata impugnazione del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni dei concorrenti, previsto dal comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a. (successivamente abrogato) non lede di per sé il diritto di difesa dell'operatore economico, ma questi deve essere messo in grado di conoscere agevolmente tutti gli elementi necessari per verificare la correttezza dell'operato della stazione appaltante; né d'altro canto è possibile riversare sulla stessa ditta che ha partecipato alla gara eventuali lacune informative ponendo a suo carico l'onere di formalizzare un'istanza di accesso ai documenti presentati dalle controinteressate, dal momento che i suddetti oneri informativi, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 29, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e 120, comma 2 *bis*, c.p.a. e per come integrati dalla citata pronuncia del giudice comunitario, gravano in via esclusiva sulla stazione appaltante.
Ha chiarito la Sezione che è proprio la compressione dei tempi per l'esercizio del diritto di difesa, prevista dal particolare rito, a giustificare in questo caso uno spostamento in capo alla stazione appaltante dell'onere di rendere conoscibili non solo gli effetti dispositivi degli atti di gara, ma anche gli elementi fattuali e giuridici presupposti necessari per valutare consapevolmente l'esistenza di eventuali profili di illegittimità ed articolare efficacemente le relative censure.
La stessa Sezione terza (22 gennaio 2020, n. 546), ha già di recente evidenziato che è proprio la compressione dei tempi per l'esercizio del diritto di difesa, prevista dal particolare rito, a giustificare in questo caso uno spostamento in capo alla stazione appaltante dell'onere di rendere conoscibili non solo gli effetti dispositivi degli atti di gara, ma anche gli elementi fattuali e giuridici presupposti (necessari per valutare consapevolmente l'esistenza di eventuali profili di illegittimità, ed articolare efficacemente le relative censure).
Il punto di equilibrio fra esigenze di celerità e tutela comunque del diritto di difesa è stato infatti individuato dalla Corte di Giustizia nella necessità che l'effettività di tale diritto venga garantita almeno da una adeguata e tempestiva conoscenza di tali elementi: di talché la dequotazione dell'accesso non è irragionevole, ma funzionale a garantire il complesso assetto su cui si fonda la compatibilità del rito con le garanzie rimediali imposte dal diritto dell'Unione europea.

- *Fase transitoria dell'abrogazione del rito super accelerato in materia di appalti*.
Con sentenza 29 luglio 2020, n. 4824 la sez. III ha affermato che l'art. 1, comma 23, d.l. 18 aprile 2019, n. 32 - nella parte in cui ha previsto che il nuovo regime si applica "ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto", lungi dal voler 'resuscitare' un termine già definitivamente spirato ha inteso consentire l'applicazione dello *jus superveniens* anche nei processi promossi dopo la sua entrata in vigore ma solo ove tale termine sia ancora pendente, sicché solo in tale ipotesi sarebbe possibile far valere i vizi degli atti di ammissione (non ancora "inoppugnati") in occasione della contestazione dell'atto finale di aggiudicazione definitiva.
Ha ricordato la Sezione che le previsioni recate dall'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a. sono state abrogate dall'art. 1, comma 222, d.l. n. 32 del 2019, ed il successivo comma 23 ha chiarito che il nuovo regime si applica "ai processi iniziati dopo la data di entrata

in vigore della legge di conversione del presente decreto", ovverosia dopo il 19 giugno 2019.
Nel dirimere fattispecie analoghe, parte della giurisprudenza di primo grado (in un quadro di orientamenti non unitario) ha condivisibilmente osservato che la disposizione transitoria poc'anzi menzionata non può essere intesa come introduttiva di una "sanatoria processuale" idonea a rimettere in termini i concorrenti nell'impugnazione di provvedimenti di ammissione non solo adottati prima di tale data, ma anche già consolidatisi per inutile decorso del termine di impugnazione *ex* art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a..
Secondo altra interpretazione il principio *tempus regit actum* vale a rendere applicabile la disciplina processuale vigente al momento della instaurazione del giudizio, il che escluderebbe ogni rilevanza alle decadenze già maturate, trattandosi di preclusioni derivanti da norme processuali abrogate.
Delle due soluzioni, appare preferibile la prima. La residua vigenza del regime processuale abrogato implica che l'attivazione del giudizio è soggetta ad un onere di tempestiva impugnazione a pena di decadenza nel termine *ex* art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., sicché l'inutile decorso di detto termine determina il perfezionarsi di una fattispecie preclusiva, conclusa e non più rivedibile. La struttura bifasica della norma distingue, infatti, in maniera volutamente netta, il giudizio impugnatorio sulle ammissioni/esclusioni e quello sull'aggiudicazione ed esclude che il secondo possa estendersi alla cognizione dei profili propri del primo se non nel rispetto dell'indefettibile presupposto processuale sotteso alla rituale proposizione del ricorso ai sensi del sopra citato art. 120, comma 2-*bis*.
Poiché, dunque, del precedente regime processuale è parte sostanziale la decadenza conseguente al mancato esercizio dell'onere processuale nelle forme innanzi descritte, una volta decorso il termine prefissato non è possibile interpretare la fattispecie come ancora "aperta" e, quindi, attraibile al nuovo regime normativo; né pare sostenibile alcuna deroga per l'ipotesi del ricorso proposto direttamente contro l'aggiudicazione, intervenuta dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina e censurata per asseriti vizi riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione dell'aggiudicatario. Vero è che in questa ipotesi (coincidente con quella qui in esame) il giudizio risulta intrapreso dopo l'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 32 del 2019: tuttavia, l'abrogazione del regime processuale di cui all'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a. ha espunto dal sistema la possibilità di impugnazione diretta dell'ammissione alla gara, sicché, residuando l'aggiudicazione quale unico atto contestabile, la salvezza entro un certo limite temporale del previgente regime processuale non può che intendersi come preclusione della contestazione dell'atto di aggiudicazione per profili afferenti ad atti di ammissione consolidatisi sotto la disposizione abrogata.
Sempre ragionando in termini controfattuali, sembra poco plausibile ipotizzare che il legislatore, a mezzo della norma intertemporale, abbia inteso disciplinare la sola posizione di chi abbia già visto respinto, definitivamente e in epoca anteriore al decreto sblocca cantieri, il proprio ricorso proposto contro l'ammissione del concorrente poi divenuto aggiudicatario. In tale evenienza, la compiutezza della fattispecie e la sua attra-

zione alla disciplina abrogata conseguono all'avvenuto esperimento del mezzo processuale sicché, ove intesa in questo senso riduttivo, la disposizione del decreto "sblocca cantieri" apparirebbe sostanzialmente superflua.
Viceversa, la possibilità di impugnazione diretta dell'aggiudicazione anche per vizi relativi all'ammissione non tempestivamente dedotti ai sensi della norma abrogata, oltre ad incorrere negli inconvenienti sopra segnalati, creerebbe una immotivata disparità di trattamento rispetto a chi l'azione *ex* art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a. l'abbia già esperita senza successo e si veda poi preclusa la possibilità di far valere gli stessi vizi sull'aggiudicazione.
Più verosimilmente, dunque, l'art. 1, comma 23, d.l. n. 32 del 2019 – lungi dal voler 'resuscitare' un termine già definitivamente spirato – ha inteso consentire l'applicazione dello *jus superveniens* anche nei processi promossi dopo la sua entrata in vigore ma solo ove tale termine sia ancora pendente, sicché solo in tale ipotesi sarebbe possibile far valere i vizi degli atti di ammissione (non ancora "inoppugnati") in occasione della contestazione dell'atto finale di aggiudicazione definitiva.
Nel senso della soluzione qui accolta depongono, su un piano più sistematico, oltre al principio di inoppugnabilità degli atti amministrativi, anche quello di inapplicabilità retroattiva dello *jus superveniens* (entrambi rinvenienti saldi addentellati costituzionali negli artt. 24, 97 e 113 Cost.) nonché l'art. 2 delle disposizioni transitorie del c.p.a. il quale, nel sancire che per i termini che sono in corso alla data di entrata in vigore del codice continuano a trovare applicazione le norme previgenti, sembra dettare un criterio di orientamento coerente con l'impostazione sin qui tracciata (e con quella giurisprudenza del Consiglio di Stato che reputa ragionevole che le scadenze dei termini processuali vengano calcolate con riferimento alla legge vigente alla data di inizio della relativa decorrenza, "perché solo in tal caso l'interessato è in condizione di averne responsabile consapevolezza, senza essere esposto ad un'imprevedibile modifica in itinere").

- *Normativa applicabile all'impugnazione dell'aggiudicazione di una gara pubblica.*
Il C.g.a., con decreto 14 novembre 2020, n. 795 ha escluso che l'art. 5, comma 6, d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. decreto semplificazioni), convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, si applica al caso di una controversia sull'aggiudicazione di una gara.
Il citato comma 6, d.l. n. 76 contiene una disposizione processuale extravagante (secondo cui "In sede giudiziale, sia in fase cautelare che di merito, il giudice tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, il giudice valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per l'operatore economico, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto pubblico alla celere realizzazione dell'opera. In ogni caso, l'interesse economico dell'appaltatore o la sua eventuale sottoposizione a procedura concorsuale o di crisi non può essere ritenuto prevalente rispetto all'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica") il cui ambito applicativo deve essere riferito all'ambito sostanziale del medesimo comma 6 ("Salva l'esistenza di uno dei casi di sospensione

di cui al comma 1, le parti non possono invocare l'inadempimento della controparte o di altri soggetti per sospendere l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera ovvero le prestazioni connesse alla tempestiva realizzazione dell'opera") ovvero all'ambito sostanziale del comma 1 dell'art. 5, ossia i casi in cui o vi sia tra le parti una controversia sull'inadempimento contrattuale ai sensi dell'art. 5, comma 6, primo periodo, o una controversia su un provvedimento amministrativo di sospensione dei lavori disposto dal RUP ai sensi dell'art. 5, commi 1 e 2.
Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Siciliana ha concluso che in ogni caso la citata previsione processuale extravagante dell'art. 5, comma 6, d.l. n. 76 del 2020 non incide sulle regole processuali contenute negli artt. 120 e ss. c.p.a. in ordine alle sentenze di merito del giudice amministrativo sull'aggiudicazione degli appalti e sulla sorte del contratto.

- *Termine per l'impugnazione*.
L'Adunanza plenaria (alla quale la questione era stata rimessa dalla sez. V, con ord. 2 aprile 2020, n. 2215), con sentenza 2 luglio 2020, n. 12 ha affermato che il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29, d.lgs. n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione; sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati
Ha chiarito l'Alto Consesso che in considerazione dell'immutato testo dell'art. 120, comma 5, c.p.a., degli artt. 29, comma 1, e 76 del 'secondo codice', nonché dell'art. 5, d.P.R. 12 aprile 2006 n. 184, per determinare il *dies a quo* per l'impugnazione va riaffermata la perdurante rilevanza della 'data oggettivamente riscontrabile', cui ancora si riferisce il citato comma 5.
La sua individuazione, dunque, continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla 'informazione' e alla 'pubblicazione' degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una 'richiesta scritta', per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, comma 2, del 'secondo Codice', applicabile per identità di *ratio* anche all'accesso informale.
Le considerazioni che precedono sono corroborate dall'esame dell'art. 2 *quater* della direttiva n. 665 del 1989 e della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.
L'art. 2 *quater* della direttiva n. 665 del 1989 ha disposto che il termine 'per la proposizione del ricorso' – fissato dal legislatore nazionale – comincia 'a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'Amministrazione aggiudicatrice è stata inviata' al partecipante alla gara, 'accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti'.

Da tale disposizione, si desume che la direttiva ha fissato proprio il principio posto a base dapprima dell'art. 245 del 'primo Codice' e poi dell'art. 120, comma 5, c.p.a., e cioè che la decorrenza del termine di impugnazione dipenda dall'accertamento di una 'data oggettivamente riscontrabile', riconducibile al rispetto delle disposizioni sulle informazioni dettagliate, spettanti ai partecipanti alla gara.
Inoltre, come ha evidenziato l'ordinanza di rimessione, in sede di interpretazione dell'art. 1, § 1, della direttiva n. 665 del 1989, la Corte di Giustizia ha evidenziato che: i termini imposti per proporre i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando 'il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione" (Corte giust. UE, sez. IV, 14 febbraio 2019, in C-54/18, punto 21 e anche punti 32 e 45, che ha deciso una questione pregiudiziale riguardante il comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a., poi abrogato dalla legge n. 55 del 2019; id., sez. V, 8 maggio 2014, in C-161/13, punto 37, che ha deciso una questione pregiudiziale riguardante proprio l'art. 79 del 'primo Codice' e l'art. 120, comma 5, c.p.a.); "una possibilità, come quella prevista dall'art. 43 c.p.a. di sollevare «motivi aggiunti» nell'ambito di un ricorso iniziale proposto nei termini contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, gli offerenti sarebbero costretti a impugnare *in abstracto* la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso" (Corte giust. UE, sez. V, 8 maggio 2014, in C-161/13, cit., punto 40).
Anche l'art. 2 *quater* della direttiva n 665 del 1989 e tale giurisprudenza inducono a ritenere che la sopra riportata normativa nazionale vada interpretata nel senso che il termine di impugnazione degli atti di una procedura di una gara d'appalto non può che decorrere da una data ancorata all'effettuazione delle specifiche formalità informative di competenza della Amministrazione aggiudicatrice, dovendosi comunque tenere conto anche di quando l'impresa avrebbe potuto avere conoscenza degli atti, con una condotta ispirata alla ordinaria diligenza.
In altri termini e in sintesi, l'Adunanza plenaria ritiene che – ai fini della decorrenza del termine di impugnazione - malgrado l'improprio richiamo all'art. 79 del 'primo Codice', ancora contenuto nell'art. 120, comma 5, c.p.a. – rilevano: a) le regole che le Amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare in tema di 'Informazione dei candidati e degli offerenti' (ora contenute nell'art. 76 del 'secondo Codice'); b) le regole sull'accesso informale (contenute in termini generali nell'art. 5, d.P.R. n. 184 del 2006), esercitabile – anche quando si tratti di documenti per i quali la legge non prevede espressamente la pubblicazione - non oltre il termine previsto dall'art. 76, prima parte del comma 2, del 'secondo Codice'; c) le regole (contenute nell'art. 29, comma 1, ultima parte, del 'secondo Codice') sulla pubblicazione degli atti, completi dei relativi allegati, 'sul profilo del committente', il cui rispetto comporta la conoscenza legale di tali atti, poiché l'impresa deve avere un comportamento diligente nel proprio interesse.
I principi che precedono risultano conformi alle 'esigenze di celerità dei procedimenti di aggiudicazione di affidamenti di appalti pubblici', sottolineate dall'ordinanza di rimessione.

Tali esigenze: sono state specificamente valutate dal legislatore in sede di redazione dapprima dell'art. 245 del 'primo Codice' (come modificato dal d.lgs. n. 53 del 2010) e poi dell'art. 120, commi 1 e 5, c.p.a. (con le connesse regole sopra richiamate della esclusione della proponibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e della fissazione del termine di trenta giorni, ancorata per quanto possibile ad una 'data oggettivamente riscontrabile'); - sono concretamente soddisfatte – anche nell'ottica della applicazione dell'art. 32, comma 9, del 'secondo Codice' sullo *stand still* - in un sistema nel quale le Amministrazioni aggiudicatrici rispettino i loro doveri sulla trasparenza e sulla pubblicità, previsti dagli articoli 29 e 76 del 'secondo codice', fermi restando gli obblighi di diligenza ricadenti sulle imprese, di consultare il 'profilo del committente' ai sensi dell'art. 29, comma 1, ultima parte, dello stesso Codice e di attivarsi per l'accesso informale, ai sensi dell'art. 5, d.P.R. n. 184 del 2006, da considerare quale 'normativa di chiusura' anche quando si tratti di documenti per i quali l'art. 29 citato non prevede la pubblicazione (offerte dei concorrenti, giustificazioni delle offerte).
L'ordinanza di rimessione ha posto anche una ulteriore specifica questione (concretamente rilevante per la definizione del caso di specie), sul se il 'principio della piena conoscenza o conoscibilità' (per il quale in materia il ricorso è proponibile da quando si sia avuta conoscenza del contenuto concreto degli atti lesivi o da quando questi siano stati pubblicati sul 'profilo del committente') si applichi anche quando l'esigenza di proporre il ricorso emerga dopo aver conosciuto i contenuti dell'offerta dell'aggiudicatario o le sue giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta.
L'Adunanza plenaria ha ritenuto che il 'principio della piena conoscenza o conoscibilità' si applichi anche in tale caso, rilevando il tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicataria, ai sensi dell'art. 76, comma 2, del 'secondo Codice'.
Poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, anche in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso 'al buio' ['*in abstracto*', nella terminologia della Corte di Giustizia, e di per sé destinato ad essere dichiarato inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell'art. 40, comma 1, lettera d), c.p.a.], cui dovrebbe seguire la proposizione di motivi aggiunti.

- *Motivi aggiunti.*
Con sentenza 14 febbraio 2020, n. 123 il C.g.a. ha affermato che è ammissibile l'atto di motivi aggiunti proposto per gravare l'aggiudicazione intervenuta nelle more del giudizio iniziato con l'impugnazione dell'ammissione di altro concorrente con rito super accelerato ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a..
Ha ricordato il C.g.a. che il comma 7 dell'art. 120 c.p.a. (*ratione temporis* vigente) dispone, con riferimento al primo grado di giudizio, che "i nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti" e ciò "ad eccezione dei casi di cui al comma 2 *bis*" (deroga inserita proprio dalla fonte che ha introdotto i commi 2 *bis* e 6 *bis* nell'art. 120 c.p.a.).
La regola dettata dal comma 7 si compone di due prescrizioni.

La prima stabilisce l'obbligo di impugnazione con motivo aggiunti degli atti successivi a quelli già impugnati nell'ambito delle procedure di affidamento di cui all'art. 120, comma 1, c.p.a.. Posto che gli atti successivi (lesivi) debbono essere impugnati pena il venir meno dell'interesse a ricorrere avverso i primi, il gravame deve essere disposto, in ragione del principio di concentrazione, davanti al medesimo giudice al fine di assicurare il simultaneus processus. D'altro canto la legittimazione a impugnare gli atti successivi, aggiudicazione inclusa, deriva dalla proposizione del giudizio relativo alla fase antecedente.
La concentrazione processuale garantita dal comma 7 dell'art. 120 c.p.a. è il portato di siffatta relazione bidirezionale che collega le condizioni dell'azione esercitata con l'impugnazione degli atti precedenti rispetto alle condizioni di ammissibilità del gravame avente ad oggetto i provvedimenti successivi.
La seconda prescrizione stabilisce la mancanza dell'obbligo (di impugnazione con motivi aggiunti) in relazione agli atti che seguono i provvedimenti di ammissione ed esclusione impugnati ai sensi dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a..
Il tenore letterale del comma 7 non si spinge oltre. L'unica indicazione che stabilisce è quella relativa all'eccezione rispetto all'obbligo di impugnare con motivi aggiunti gli atti successivi delle procedure di affidamento. Dal che deriva l'assenza dell'imposizione di gravare con motivi aggiunti i provvedimenti posteriori (con conseguente perdurante facoltà di presentare motivi aggiunti verso tali atti), che è cosa diversa dal divieto di impugnarli con motivi aggiunti.
Il tenore letterale del comma 7 non supporta pertanto, dal punto di vista letterale, la previsione del divieto di presentazione di motivi aggiunti successivi a un ricorso presentato ai sensi del comma 2 *bis*. Né la *ratio* dell'istituto introdotto con il comma 2 *bis* depone nel senso di interpretarlo quale divieto di impugnare i provvedimenti posteriori con motivi aggiunti.
La suddetta previsione (l'eccezione contenuta nel comma 7), infatti, si inscrive e si giustifica in relazione al rito superaccelerato introdotto con il comma 2 *bis*, che muove da una concezione bifasica della gara, in cui la fase preliminare dell'ammissione, all'esito dell'accertamento dei requisiti di partecipazione, precede quella della valutazione delle offerte.
Specularmente è stato introdotto, con il comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., un meccanismo processuale che riproduce e assicura la biforcazione del procedimento ad evidenza pubblica, distinguendo fra impugnazione dei provvedimenti che individuano i soggetti idonei a parteciparvi e gravame relativo agli atti successivi.
L'obiettivo della l. 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, comma 1, lett. bbb, attuato dall'art. 204, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 50 del 2016 con l'introduzione dei commi 2 *bis* e 6 *bis* nell'art. 120 c.p.a., è la cristallizzazione definitiva della platea dei concorrenti prima dell'aggiudicazione. In particolare, con esso il Governo è stato delegato a introdurre "un rito speciale in camera di consiglio che consente l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione", laddove immediata sta per anteriore

al successivo svolgimento della procedura di gara, ossia alla (fase della valutazione delle offerte che culmina con il provvedimento di) aggiudicazione.
L'istituto processuale immesso nel codice per il raggiungimento dell'obiettivo di cristallizzare in via definitiva la platea dei concorrenti prima dell'aggiudicazione si basa sull'onere d'immediata impugnazione della (propria) esclusione e delle (altrui) ammissioni (art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a.), con annessa preclusione della deduzione di vizi attinenti alla fase preliminare dell'ammissione in sede di impugnazione dei successivi provvedimenti di aggiudicazione ("L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento anche con ricorso incidentale"). Esso è accompagnato dall'introduzione, al comma 6 *bis* dell'art. 120 c.p.a., di termini acceleratori del giudizio riguardante la fase preliminare della gara (da cui l'appellativo di giudizio superaccelerato), finalizzati a coadiuvare il raggiungimento dell'obiettivo.
Il suddetto schema processuale comporta, almeno nella fisiologia del suo atteggiarsi, che la legittimazione all'impugnazione dell'aggiudicazione si fondi non sulla mera proposizione del gravame (così come invece succede nelle altre fattispecie nella quale interviene la regola generale di cui al comma 7) ma sulla definizione giurisdizionale dell'ammissione del concorrente.
Viene pertanto meno quella correlazione che spiega il *simultaneus processus* in relazione alla regola generale contenuta nel comma 7 dell'art. 120 c.p.a.: non si pone un problema di impugnazione degli atti successivi al fine di evitare il sopravvenuto difetto di interesse, né si prospetta una legittimazione fondata sulla proposizione del primo ricorso, posto che il giudizio introdotto da quest'ultimo si è ormai definito.
A fronte della regola generale che chiede l'impugnazione con motivi aggiunti degli atti successivi delle procedure di affidamento rispetto a quelli già gravati, l'eccezione dettata nel comma 7 è funzionale a non intralciare lo scopo del rito superaccelerato, che vuole la predefinizione, anche giurisdizionale, della platea dei partecipanti alla gara. La finalità del giudizio superaccelerato ne segna la ragion d'essere e influenza i limiti applicativi.

- *Principio di rotazione e tutela giurisdizionale.*
Con sentenza 31 marzo 2020, n. 2182 la sez. V ha affermato che la violazione del rispetto del principio di rotazione deve essere dedotto unitamente all'impugnazione dell'aggiudicazione e non con il provvedimento di ammissione alla gara, non attenendo ai requisiti di ordine soggettivo, la cui verifica era assoggettata al regime della impugnazione immediata di cui all'art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis*, c.p.a..
Ha affermato la Sezione di non ignorare il difforme orientamento ancora di recente espresso, sul punto, da Cons. St., sez. V, 17 maggio 2018, n. 2949 e condiviso da id., sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435: nondimeno, *re melius perpensa*, osserva che il rito c.d. superspeciale di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. – oggi abrogato per effetto dell'art. 1, comma 22, lett. a), d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, ma applicabile ai processi in corso, in virtù della disciplina intertemporale di cui all'art. 1, comma 23 – va considerato applicabile esclusivamente con riguardo ai provvedimenti (di esclusione e di) ammissione degli operatori economici,

adottati "all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali" necessari per la partecipazione alla gara (Cons. St., sez. V, 5 novembre 2019, n. 7539).
In particolare, i requisiti soggettivi (o generali o morali) si differenziano dai requisiti tecnici ed economici (c.d. speciali) in quanto attengono esclusivamente a caratteristiche soggettive e/o personali degli operatori economici, essendo sempre identici per ogni procedura evidenziale.
Essi sono individuati in negativo dall'art. 80, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (applicabile anche ai settori speciali, in virtù dell'espresso richiamo operato dall'art. 136, nonché ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, in virtù del richiamo di cui all'art. 36, comma 5) attraverso l'elencazione (tassativa: cfr. art. 83, comma 8) di corrispondenti "motivi di esclusione".
Si tratta dei requisiti inerenti la "idoneità professionale" degli operatori economici (cfr. art. comma 1 lettera a) del Codice), che, complessivamente, si sostanziano: a) nella capacità giuridica ad instaurare rapporti contrattuali; b) nella integrità e correttezza professionale; c) nella affidabilità morale.
Orbene, la qualità di precedente affidatario del contratto (in base alla quale – nel caso di procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera b) – è reso operativo il "principio di rotazione"), non rappresenta un requisito di idoneità professionale, la cui accertata carenza costituirebbe "motivo di esclusione" ai sensi dell'art. 80 cit., ma solo una forma di limitazione (neppure assoluta, essendo possibile giustificarne il superamento con adeguata motivazione) della libertà della stazione appaltante nella individuazione della platea dei soggetti da invitare alla gara.
Ne discende l'inapplicabilità del regime di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, in ragione del carattere speciale, derogatorio e pertanto di stretta interpretazione della disposizione normativa

- *Nullità delle clausole del bando di gara.*
L'Adunanza plenaria (alla quale la questione era stata rimessa dalla sez. V, con sentenza 17 marzo 2020, n. 1920), con la sentenza 16 ottobre 2020, n. 22, ha pronunciato sulla nullità delle clausole del bando di gara affermando che al cospetto della nullità della clausola escludente *contra legem* della *lex specialis* non sussiste l'onere per l'impresa di proporre alcun ricorso perchè tale clausola - in quanto inefficace e improduttiva di effetti - si deve intendere come 'non apposta', a tutti gli effetti di legge, salvo impugnare nei termini ordinari gli atti successivi che facciano applicazione (anche) della clausola nulla contenuta nell'atto precedente.
Ha chiarito l'Alto Consenso che non si possono considerare applicabili l'art. 21-*septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 e l'art. 31 c.p.a., i quali si riferiscono ai casi in cui un provvedimento sia nullo ed 'integralmente' improduttivo di effetti: la clausola escludente affetta da nullità, in base al principio *vitiatur sed non vitiat* già affermato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014, non incide sulla natura autoritativa del bando di gara, quanto alle sue ulteriori determinazioni.

Il legislatore, nel prevedere la nullità della clausola in questione, ha disposto la sua inefficacia, tanto che – se anche il procedimento dura ben più dei sei mesi previsti dall'art. 31 c.p.a. per l'esercizio della azione di nullità – la stazione appaltante comunque non può attribuire ad essa rilievo perché ritenuta "inoppugnabile". I successivi atti del procedimento, inclusi quelli di esclusione e di aggiudicazione, pur basati sulla clausola nulla, conservano il loro carattere autoritativo e sono soggetti al termine di impugnazione previsto dall'art. 120 c.p.a., entro il quale si può chiedere l'annullamento dell'atto di esclusione (e degli atti successivi) per aver fatto illegittima applicazione della clausola escludente nulla. L'art. 120 c.p.a. non prevede alcuna deroga al termine di decadenza di trenta giorni, che sussiste qualsiasi sia il vizio – più o meno grave – dell'atto impugnato. Né può farsi discendere, quanto meno nell'ordinamento amministrativo, la nullità di un atto applicativo di un precedente provvedimento solo parzialmente affetto da una nullità riferita a una sua specifica clausola inidonea a inficiare la validità di quel provvedimento nel suo complesso. Non vi è dunque alcun onere, in conclusione, per le imprese partecipanti alla gara di impugnare (entro l'ordinario termine di decadenza) la clausola escludente nulla e quindi "inefficace" *ex lege*, ma vi è uno specifico onere di impugnare nei termini ordinari gli atti successivi che facciano applicazione (anche) della clausola nulla contenuta nell'atto precedente.

43.23. Giudizio elettorale.

- Principio della specificità dei motivi di censura e dell'onere della prova.

Con sentenza 3 giugno 2020, n. 380 il C.g.a. ha ricordato che nel giudizio elettorale il principio della specificità dei motivi di censura e dell'onere della prova è da considerarsi attenuato, ancorché si richieda sempre, ai fini dell'ammissibilità del ricorso o delle singole doglianze, che l'atto introduttivo indichi la natura dei vizi denunziati, il numero delle schede contestate e le sezioni cui si riferiscono le schede medesime (tutto ciò non in termini astratti, ma con riferimento a fattispecie concrete. Con i motivi aggiunti non possono dedursi, in base alle risultanze della verificazione disposta dal giudice, vizi inediti e cioè vizi che non trovano sufficiente e adeguato riscontro in quelli dedotti col ricorso introduttivo; e, in particolare, che nel giudizio elettorale sono ammissibili i motivi aggiunti che costituiscano esplicitazione, puntualizzazione o svolgimento di censure tempestivamente proposte, mentre non sono ammessi nuovi motivi derivanti da ulteriori vizi emersi a seguito delle verifiche istruttorie disposte dal giudice in relazione alle originarie censure, così conciliandosi i contrapposti interessi in gioco della effettività della tutela giurisdizionale e della celerità e speditezza che il giudizio elettorale deve in ogni caso assicurare.

Ha ricordato il C.g.a. che l'inammissibilità del ricorso elettorale per genericità dei motivi sussiste solo quando il giudice non sia posto in grado di comprendere quali vizi il ricorrente deduca per sostenere l'invalidità del provvedimento impugnato, così che, fuori da questi stretti limiti, è dovere del giudice stesso interpretare il gravame ed esaminare le censure ancorché non organicamente articolate, ricavandole dal contesto del ricorso e della richiesta avanzata.

É stato più volte ribadito che ai fini della regolarità ed ammissibilità dei motivi del ricorso, basta che siano sufficientemente specificate le questioni che si intendono proporre al giudice, in modo da permettere l'identificazione dei vizi del provvedimento che si vuole denunciare e la individuazione delle norme ritenute violate, ancorché gli uni e le altre non siano precisamente ed espressamente specificati, poiché la formulazione alquanto sintetica dei motivi non impedisce al giudice ed alle parti resistenti di coglierne il contenuto, considerato anche che l'art. 156 c.p.c. esclude la dichiarazione della nullità per inosservanza di forme di un atto processuale che abbia raggiunto il suo scopo; i motivi di ricorso devono considerarsi muniti di adeguata consistenza e specificazione (che ne impone l'esame da parte del giudice) non già quando descrivono le conclusioni cui essi sono indirizzati, ma se e quando indicano pure le ragioni che vengono poste a base di siffatte conclusioni e danno dimostrazione, secondo l'intendimento del ricorrente, del titolo e della causa delle richieste e delle norme che le giustificano (laddove invece, in presenza di motivi generici, non può essere invocato il principio *iura novit curia*, perché la conoscenza che il giudice ha e deve avere delle norme dell'ordinamento non esonera il ricorrente dallo specificare adeguatamente le sue richieste, né il principio può essere interpretato nel senso che il giudice debba prestare la sua opera ovviando con la sua attività all'incapacità delle parti di reperire un qualunque fondamento per le loro pretese.
Come si è detto, nel giudizio elettorale, poi, il principio della specificità dei motivi di censura e dell'onere della prova è da considerarsi attenuato, ancorché si richieda sempre, ai fini dell'ammissibilità del ricorso o delle singole doglianze, che l'atto introduttivo indichi la natura dei vizi denunziati, il numero delle schede contestate e le sezioni cui si riferiscono le schede medesime; tutto ciò non in termini astratti, ma con riferimento a fattispecie concrete, onde evitare inammissibili azioni volte al mero riesame delle operazioni svolte ovvero meramente esplorative): ciò in considerazione della peculiare situazione di (obiettiva) difficoltà in cui si trova il soggetto che ha interesse ad aggredire le operazioni elettorali illegittime, sulla base di semplici informazioni, pur formalmente dichiarate ed acquisite agli atti del giudizio, ma necessariamente indiziarie, e tenendo conto dell'indefettibile esigenza di assicurare, tuttavia, l'effettività della tutela giurisdizionale, sancita dagli artt. 24 e 113 Cost., così che possono ritenersi ammissibili censure anche parzialmente generiche o che risultino poi affette da errata individuazione del fatto che ha provocato la determinazione illegittima.

- *Impugnazione dei risultati delle elezioni per il rinnovo dei rappresentanti italiani del Parlamento europeo.*
La sez. III, con sentenza 15 aprile 2020, n. 2428 ha dichiarato inammissibile il ricorso, proposto in qualità di cittadini elettori, avverso i risultati delle elezioni per il rinnovo dei rappresentanti italiani del Parlamento europeo tenutesi in Italia il 26 maggio 2019, lamentando l'illegittimità della procedura elettorale nella parte in cui è stata applicata, in attuazione della normativa interna, la soglia di sbarramento del 4% e limitando la domanda alle sole operazioni elettorali relative ai seggi di cui alla decisione del Consiglio

europeo 2018/937/UE del 28 giugno 2018, nella sostanza concernenti i tre seggi supplementari, vale a dire i seggi derivanti dalla ripartizione di quelli spettanti al Regno Unito, per i quali la decisione (UE) 2018/937 del 28 giugno 2018 ha previsto un insediamento differito, con conseguente richiesta di una correzione del risultato elettorale attraverso la proclamazione a parlamentari europei eletti dei tre candidati specificamente indicati in sostituzione dei controinteressati; la censura proposta incide, infatti, sul risultato elettorale dell'intero collegio nazionale, sicché il relativo interesse non è declinabile o frazionabile con riferimento ad alcune circoscrizioni soltanto, diversamente dalla diversa fattispecie in cui l'interesse legittimante si radica in capo al candidato in una specifica circoscrizione.

La Sezione ha ricordato che le consultazioni elettorali per il rinnovo del Parlamento europeo sono incentrate sul collegio unico nazionale, suddiviso in cinque circoscrizioni elettorali.

Tale rilievo comporta che l'interesse legittimante il ricorso giurisdizionale del cittadino elettore si appunta sulla contestazione dell'intero risultato elettorale (nella misura in cui è stato determinato dall'applicazione dei provvedimenti censurati), e non solo su una parte di esso.

Detto interesse si identifica infatti nella realizzazione dell'interesse collettivo al corretto svolgimento delle operazioni elettorali. Al che consegue, sul piano processuale, che il giudicato formatosi acquista autorità ed efficacia *erga omnes*, non essendo compatibile con la natura popolare dell'azione, con il suo carattere fungibile e con le sue funzioni e finalità, che gli effetti della pronuncia rimangano limitati alle sole parti del giudizio. Il fondamento teorico di tale conclusione risiede nella risalente ed autorevole teorizzazione secondo la quale l'azione popolare elettorale si fonda su di una legittimazione speciale del singolo elettore, che l'ordinamento investe della cura dell'interesse pubblico alla salvaguardia della regolarità delle operazioni elettorali: in tale prospettiva l'interesse tutelato è imputabile allo Stato (o alla comunità territoriale di riferimento), e non al singolo cittadino titolare della legittimazione ad agire a tutela di tale interesse.

Anche la dottrina più recente, aderendo a questa impostazione, precisa che la posizione dell'elettore non può specificare una frazione determinata dell'interesse generale al rispetto della legge.

Nel caso di specie i ricorrenti in primo grado hanno esercitato l'azione in parola allo scopo di censurare l'applicazione della c.d. soglia di sbarramento.

L'individuazione del preteso vizio si pone in relazione d'incompatibilità logica con la delimitazione del gravame ad alcune circoscrizioni soltanto e in relazione all'attribuzione dei tre seggi assegnati all'Italia in conseguenza della definitiva uscita del Regno Unito dall'Unione europea.

È infatti evidente che la censura proposta incide sul risultato elettorale dell'intero collegio nazionale, sicché il relativo interesse non è declinabile o frazionabile con riferimento ad alcune circoscrizioni soltanto, diversamente dalla diversa fattispecie in cui l'interesse legittimante si radica in capo al candidato in una specifica circoscrizione.

La prospettazione di parte ricorrente, ove fondata, avrebbe infatti conseguenze invalidanti sull'intero collegio nazionale, ed è la stessa configurazione ontologica della legittimazione del cittadino elettore ad impedire che essa venga esercitata per sollecitare una correzione solo parziale dei risultati elettorali in tesi viziati.

43.24. Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Ue da parte del giudice di ultima istanza.

La sez. III, con sentenza 15 aprile 2020, n. 2428 ha ricordato che il giudice nazionale di ultima istanza può omettere il rinvio alla Corte di Giustizia Ue se "la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata".

La giurisprudenza della Corte EDU, in particolare, impone al giudice interno un onere motivazionale specifico sul punto, che può essere assolto anche in forma implicita (Corte europea dei diritti umani, sentenza del 21 luglio 2015, n. 38369/09, Schipani, che pure in concreto non ha ravvisato nel caso di specie tale implicita motivazione).

Il richiamato indirizzo giurisprudenziale risponde ai segnalati – da più parti – fattori di irrigidimento del rimedio, suscettibili di produrre rischi di abuso del diritto di difesa che possono snaturare la funzione di un importante strumento di cooperazione diretta tra i giudici nazionali e le corti europee.

Date le superiori premesse, la Sezione ha escluso che sussistano i presupposti per la Rimessione della causa alla Corte di Giustizia.

Non sussiste infatti un plausibile dubbio circa il contrasto fra il diritto vivente censurato e le disposizioni indicate come parametro comunitario e convenzionale.

L'indirizzo giurisprudenziale che ha indotto il primo giudice a dichiarare inammissibile il ricorso introduttivo non impedisce l'effettività dell'accesso alla giustizia, nei termini garantiti dai parametri evocati: ma distingue le condizioni di accesso in funzione delle posizioni soggettive oggetto di tutela e delle finalità della stessa, trattando in modo diseguale situazioni diseguali.

Le garanzie di accesso alla giustizia implicate dai richiamati parametri, e in particolare le conseguenze della positivizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, non giungono infatti a negare l'autonomia processuale degli ordinamento degli Stati membri, in punto non solo di disciplina non irragionevole delle condizioni di accesso alla giustizia, ma di differenziazione dei rimedi in funzione di una piena tutela delle situazioni soggettive azionate.

Ha aggiunto la Sezione che non si può dilatare il diritto garantito dall'art. 47 della Carta fino ad includervi la sanatoria del mancato rispetto delle non irragionevoli regole processuali che nel diritto processuale interno disciplinano non già una limitazione all'accesso, ma anzi l'effettività della tutela e la sua corrispondenza funzionale alla posizione d'interesse che ne costituisce l'oggetto.

La statuizione di inammissibilità consegue infatti non all'inesistenza di rimedi, o alla loro insufficienza rispetto al parametro invocato, ma a una libera scelta processuale della parte (incompatibile con il tipo di interesse fatto valere).

44. Processo tributario.

La sez. IV, con sentenza 13 marzo 2020, n. 1822 ha affermato che il giudice precostituito per legge, vale a dire il giudice "naturale", a trattare gli appelli avverso decisioni emesse dalle commissioni tributarie provinciali di una determinata regione è la commissione tributaria regionale, non le sezioni staccate di essa, anche ove quest'ultime, per criteri interni di riparto, operino in un determinato ambito territoriale, in quanto dette sezioni costituiscono "mera articolazione interna" degli organi di giustizia tributaria.

Ha ricordato la Sezione che i criteri di competenza, al pari di quelli di giurisdizione, devono rispettare il principio del giudice naturale precostituito per legge, di cui all'art. 25, primo comma, Cost., secondo cui, per l'appunto, "nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge".

L'esigenza fondamentale della predeterminazione del giudice è altresì contenuta nell'art. 6 CEDU e nell'art. 47 della "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea".

Gli organi di giustizia tributaria, ai sensi dell'art. 1, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, sono le commissioni tributarie provinciali e le commissioni tributarie regionali.

Le commissioni tributarie regionali sono competenti, ai sensi dell'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 546 del 1992, per le impugnazioni avverso le decisioni delle commissioni tributarie provinciali, che hanno sede nella loro circoscrizione.

La circoscrizione, come misura di competenza territoriale, rileva a livello regionale ed è attribuita alle commissioni tributarie regionali che, comprensive delle sezioni staccate, costituiscono uffici giudiziari unitari, e non alle singole sezioni staccate, che operano quali mere articolazioni interne delle commissioni regionali.

Di talché il giudice precostituito per legge, vale a dire il giudice "naturale", a trattare gli appelli avverso decisioni emesse dalle commissioni tributarie provinciali di una determinata regione è la commissione tributaria regionale, non la sezione staccata di essa, anche ove quest'ultima, per criteri interni di riparto, operi in un determinato ambito territoriale.

L'art. 35, comma 1, l. 18 febbraio 1999, n. 28, che ha inserito il comma 1-*bis* dell'art. 1, d.lgs. n. 545 del 1992, infatti, ha previsto l'istituzione delle sezioni staccate delle commissioni tributarie regionali senza stabilire una specifica circoscrizione territoriale per le stesse, mentre il d.m. 6 giugno 2000, istitutivo delle sezioni staccate, ha espressamente sancito che dette sezioni costituiscono "mera articolazione interna" degli organi di giustizia tributaria.

Il rapporto tra sede e sezione staccata, quindi, non è di vera e propria competenza e lo spostamento, con criteri oggettivi, di una generalità di fascicoli dalla sezione staccata alla sede o viceversa non determina alcuna lesione al principio del giudice naturale previsto dall'art. 25 Cost., nemmeno se disposta con riferimento a controversie già iscritte a ruolo, atteso che l'iscrizione dell'appello presso la sezione staccata non muta i termini della questione e non determina la individuazione di un giudice "naturale" non contemplato dal sistema.

Il giudice naturale, infatti, anche in tali casi è e rimane la commissione tributaria regionale e non la sezione staccata presso cui l'appello è stato iscritto.

La Sezione ha quindi affermato che il provvedimento con il quale il presidente della commissione tributaria centrale, nell'esercizio delle sue prerogative, attribuisce alla sede centrale una serie di affari già incardinati presso la sezione staccata, determina, nell'ambito dell'unitario ufficio giudiziario, in relazione a quegli affari, una diversa individuazione del giudice predeterminato, che cessa di essere la sezione staccata e diviene la sede centrale: tale provvedimento non viola la regola del giudice predeterminato ove esso sia disposto in base a criteri neutri, oggettivi e generalizzati.
Ha chiarito la Sezione che il discrimine, ribadito che la "riassegnazione" dei fascicoli di causa dalla sezione staccata alla sede centrale, non rileva in alcun caso in tema di violazione del giudice naturale, può essere individuato nelle modalità di esercizio del potere, vale a dire nella ragionevolezza dell'atto e nell'utilizzazione di criteri tali da evitare disparità di trattamento, per cui l'eventuale vizio della funzione non può consistere nel solo fatto che gli appelli "riassegnati" erano già stati iscritti a ruolo.
Nella specie, il criterio di riassegnazione stabilito nel decreto presidenziale impugnato è oggettivo e prevede il trasferimento degli affari per fattispecie generalizzate - tutti i ricorsi iscritti a ruolo nel 2015 -, laddove solo un trasferimento "particolare" e non "generale", cioè non caratterizzato da criteri oggettivi e non giustificato da altre circostanze apprezzabili per la loro neutralità, avrebbe invece potuto eventualmente costituire un vizio di legittimità dell'azione amministrativa, per la sua potenziale lesività al canone di imparzialità.
In tale ultimo caso, infatti, il giudice preindividuato, sebbene non "naturale", rimarrebbe la sezione staccata e l'attribuzione di un singolo caso o di sporadici ed isolati casi soggettivamente e non organicamente stabiliti alla sede centrale potrebbe tradursi in una illegittima violazione del criterio esistente, laddove, quando, come nel caso di specie, il presidente della commissione tributaria centrale, nell'esercizio delle sue prerogative, attribuisce alla sede centrale, in base ad un criterio oggettivo e generalizzato, una moltitudine di affari già incardinati presso la sezione staccata, determina, nell'ambito dell'unitario ufficio giudiziario, in relazione a quegli affari, una diversa individuazione del giudice predeterminato, che cessa di essere la sezione staccata e diviene la sede centrale.