

**ATTIVITÀ DEL CONSIGLIO DI STATO E DEL  
CGARS**

**2019**

*(a cura di Giulia Ferrari, Consigliere di Stato)*

# ATTIVITÀ CONSULTIVA

**SOMMARIO: 1. Questioni di rilevante impatto sociale. 1.1.** Donazione eterologa. **1.2.** Banca dati nazionale per la registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento. **1.3.** Dispositivi di allarme “antiabbandono” sui seggioloni. **1.4.** Controlli per la commercializzazione delle protesi mammarie a superficie testurizzata. **1.5.** Contributo per le associazioni che assistono i bambini affetti da malattia oncologica. **1.6.** Assunzione dei testimoni di giustizia presso una Pubblica amministrazione. **2. Pubblica amministrazione. 2.1.** Conferenza di servizi. **2.2.** Potestà di regolazione non vincolante dell’Anac sulle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell’ambito della prevenzione della corruzione. **2.3.** Natura di Formez PA. **2.4.** Regolamento concernente l’amministrazione e la contabilità delle amministrazioni pubbliche. **2.5.** Riorganizzazione del Ministero delle politiche agricole, alimentari, forestali e del turismo. **3. Contratti della Pubblica amministrazione. 3.1.** Affidamenti ai servizi sociali. **4. Società in house. 5. Beni ambientali e culturali. 6. Sicurezza pubblica. 6.1.** Effetti della riabilitazione sulla licenza di porto d’armi. **7. Contributi e finanziamenti. 7.1.** Contributo per crediti deteriorati in Libia e Venezuela. **7.2.** Misura a favore dei giovani imprenditori nel Mezzogiorno, denominata ‘Resto al Sud’. **8. Pubblico impiego. 8.1.** Regolamento dell’ordinamento giuridico ed economico del personale Anac. **8.2.** *Spoils system* del direttore dell’Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali. **8.3.** Limite di età per entrare nei ruoli del Corpo nazionale dei vigili del fuoco. **8.4.** Scatti di stipendio ai fini di pensione al personale della carriera prefettizia e dirigenziale del Ministero dell’interno. **9. Pubblica istruzione. 9.1.** Trasformazione delle Università private in società di capitali. **10. Militari. 10.1.** Revisione dei ruoli delle Forze di polizia. **10.2.** Servizio dell’Amministrazione di Pubblica sicurezza. **11. Professioni e mestieri. 11.1.** Elenco dei revisori dei conti degli enti locali. **11.2.** Soggetti esercitanti l’attività di mediatore del diporto. **12. Cinema. 13. Circolazione stradale. 13.1.** Sportello telematico dell’automobilista. **13.2.** Foglio rosa e certificato di idoneità psicofisica. **14. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede consultiva. 15. Ricorso straordinario al Capo dello Stato. 15.1.** Atto impugnabile. **15.2.** Principio di sinteticità. **15.3.** Audizione delle parti. **15.4.** Sospensione feriale dei termini. **15.5.** Errore di fatto revocatorio. **15.6.** Principio di alternatività tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario al Capo dello Stato.

## **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.

### **1.1. Donazione eterologa.**

Con parere n. 1732 del 17 giugno 2019 la Sezione consultiva per gli atti normativi si è pronunciata sullo schema di regolamento sulla donazione eterologa, che recepisce nell’ordinamento italiano la direttiva 2012/39/UE della Commissione, del 26 novembre

2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE in ordine a determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani.

Lo schema di regolamento recepisce altresì le prescrizioni necessarie ad effettuare la donazione di cellule riproduttive per la procreazione medicalmente assistita eterologa. Sino alla sentenza della Corte costituzionale 9 aprile 2014, n. 162, infatti, la donazione eterologa era vietata dalla l. 19 febbraio 2004, n. 40 in materia di procreazione medicalmente assistita, e dunque non potevano essere emanate norme che dettassero prescrizioni tecniche relative ad esami effettuati su tessuti e cellule riproduttive umane non appartenenti alla coppia che richiede la procreazione medicalmente assistita.

La Sezione atti normativi ha reso un parere favorevole, dettando però alcune prescrizioni ulteriori a tutela della salute dei donatori, donatari e del nascituro. In particolare si è ritenuto necessario che siano indicati direttamente nel regolamento stesso, limiti di età per la donazione, differenziati per la donna e per l'uomo, e individuati dalla stessa Amministrazione proponente secondo le conclusioni della migliore e più accreditata scienza medica. Tale limite di età si rivela particolarmente importante perché l'età del donatore, o della donatrice, può influire sull'esito positivo della tecnica utilizzata nel caso concreto e conseguentemente esporre, per l'ipotesi di esito non favorevole, la coppia alla necessità di altri tentativi con i relativi pregiudizi per la salute psico-fisica della coppia (soprattutto della donna). Inoltre un limite di età per effettuare la donazione di gameti maschili e femminili può avere il positivo effetto di prevenire patologie del nascituro legate all'età del genitore genetico.

Analogamente la Sezione ha ritenuto indispensabile dettare nel regolamento un limite quantitativo alla donazione degli ovociti e dei gameti maschili per limitare le nascite di bambini portatori (anche solo in parte) del medesimo patrimonio genetico. Ciò per scongiurare il rischio di consanguineità tra i nati con il medesimo patrimonio genetico della donatrice, o del donatore, e per ridurre il numero di stimolazioni ormonali cui può sottoporsi la donna per donare gli ovociti con conseguente pregiudizio per la sua salute. Anche questo limite deve essere individuato dalla Amministrazione, attraverso di una analisi statistica e probabilistica del rischio di consanguineità nell'ambito della popolazione di riferimento, avvalendosi dell'Istituto Nazionale di Statistica, che è l'ente strumentale dello Stato preposto alle analisi statistiche e probabilistiche.

Infine la Sezione atti normativi ha ritenuto indispensabile che tali limiti (di età e quantitativi) siano verificati con cadenza periodica, che l'Amministrazione determinerà, acquisendo gli avanzamenti della comunità scientifica nelle dette discipline.

## **1.2. Banca dati nazionale per la registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento.**

Con parere 15 novembre 2019, n. 2892 la Sezione consultiva per gli atti normativi si è espressa sullo schema di decreto concernente la banca dati nazionale per la registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento.

Ha ricordato che la l. 22 dicembre 2017, n. 219 (recante, "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"), ha introdotto nell'ordinamento italiano le disposizioni anticipate di trattamento (di seguito DAT) allo scopo di assicurare ad ogni cittadino, nel rispetto dei principi di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost. e degli

artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la tutela del diritto alla vita, alla salute alla dignità e all'autodeterminazione della persona, stabilendo che nessun trattamento sanitario possa essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero ed informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.

In coerenza con la suddetta disposizione, l'art. 4 della citata legge, al comma 1, sancisce che, "Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata 'fiduciario', che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie". Ai successivi commi 4 e 7, il medesimo art. 4 disciplina le modalità di espressione della volontà, prevedendo, tra l'altro, che la redazione delle DAT possa avvenire per atto pubblico, per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del Comune di residenza, che provvede all'annotazione in un apposito registro, dove istituito, oppure presso le strutture sanitarie, nel caso in cui le Regioni - che adottano modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio sanitario nazionale -abbiano, con proprio atto, regolamentato "la raccolta di copia delle DAT, compresa l'indicazione del fiduciario, e il loro inserimento nella banca dati, lasciando comunque al firmatario la libertà di scegliere se darne copia o indicare dove esse siano reperibili".

Pochi giorni dopo la definitiva approvazione della l. n. 219 del 2017, l'articolo 1, comma 418, l. 27 dicembre 2017, n. 205, recante "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020", ha contemplato l'istituzione presso il Ministero della salute della "...banca dati destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) attraverso le quali ogni persona maggiorenne e capace di intendere e volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, può esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari..."; il successivo comma 419 ha conseguentemente disposto che "entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro della salute, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le provincie autonome di Trento e Bolzano e acquisito il parere del Garante per la protezione dei dati personali, sono stabilite le modalità di registrazione delle DAT presso la banca dati di cui al comma 418".

La Commissione speciale del Consiglio di Stato aveva reso il parere n. 1991 del 31 luglio 2018, affermando, in ordine al quesito: a) se la banca dati debba intendersi solo quale strumento finalizzato ad annotare ed attestare l'avvenuta espressione delle DAT nonché ad indicare ove la stessa sia reperibile, ovvero contenere essa stessa copia della disposizione anticipata di trattamento eventualmente resa, la Commissione ha rilevato che "lo

scopo indubbio della legge è quello di istituire un registro nazionale ove poter raccogliere le DAT”. Ciò nella considerazione che “il registro nazionale deve svolgere l’importante compito di dare attuazione ai principi costituzionali prima ricordati – in un quadro di competenze legislative statali che per questo aspetto sono di tipo esclusivo – anche raccogliendo le DAT, consentendo, in tal modo, che le stesse siano conoscibili a livello nazionale ed evitando che abbiano una conoscibilità circoscritta al luogo in cui sono state rese. Il che vanificherebbe, con tutta evidenza, l’applicazione concreta della normativa”. Del resto, prosegue il parere, se il registro nazionale avesse unicamente il compito di registrare le DAT senza raccogliere, vi sarebbe il concreto rischio di dar vita ad un sistema incompleto e privo di utilità. Inoltre la Commissione ha ritenuto opportuno che siano raccolte anche le DAT delle persone non iscritte al SSN. In conclusione, la risposta al quesito è stata “nel senso che la banca dati nazionale deve, su richiesta dell’interessato, poter contenere copia delle DAT stesse, compresa l’indicazione del fiduciario e l’eventuale revoca”; b) se la banca dati nazionale sia destinata al solo iscritto al Servizio sanitario nazionale (SSN) cui si rivolgono le banche dati regionali ovvero ad ogni persona maggiorenne anche se non iscritta al SSN, come sembra doversi dedurre dalla diversa terminologia utilizzata dal legislatore nei due casi, il Consiglio di Stato ha espresso l’avviso che “i principi costituzionali prima ricordati vadano nella direzione di imporre una lettura estensiva, aprendo il registro nazionale anche a tutti coloro che non sono iscritti al SSN. La tutela costituzionale garantita a questo diritto, infatti, non permette di subordinare il riconoscimento alla suddetta iscrizione.”; c) se sia esclusa – alla luce della lettura coordinata delle disposizioni richiamate – la possibilità di imporre, ai fini di conservazione elettronica, la standardizzazione delle DAT, il parere ha escluso la possibilità di prevedere una vera e propria standardizzazione delle DAT a fini di conservazione elettronica, segnalando peraltro l’opportunità di “un atto di indirizzo – eventualmente adottato all’esito di un tavolo tecnico con il Ministero della giustizia, il Consiglio nazionale del notariato e il Ministero dell’interno – che indichi alcuni contenuti che possono essere presenti nelle DAT, allo scopo di guidare gli interessati sulle scelte da effettuare. Spetterà poi al Ministero di mettere a disposizione un modulo tipo, il cui utilizzo è naturalmente facoltativo, per facilitare il cittadino, non necessariamente esperto, a rendere le DAT.”; d) se l’acquisizione delle informazioni mediche sulle conseguenze delle scelte possa essere dichiarata dall’interessato, ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000 contestualmente alla disposizione anticipata; il parere ha ritenuto “necessario che vi sia certezza in ordine alla “adeguatezza” delle informazioni mediche acquisite dall’interessato e riguardanti le conseguenze delle scelte effettuate” e quindi “decisamente opportuno che tale circostanza venga attestata, magari suggerendola nel modulo tipo facoltativo che verrà predisposto dal Ministero della salute”; e) relativo all’individuazione dei soggetti legittimati ad accedere alla banca dati per verificare l’esistenza di una DAT e i limiti del relativo accesso, la Commissione speciale ha espresso l’avviso che alle DAT possono accedere il medico che lo ha in cura il paziente allorché sussista una sua situazione di incapacità di autodeterminarsi e il fiduciario sino a quando è in carica, nel senso che non è stato revocato, *ex art. 4, comma 3, l. n. 219 del 2017.*

Sulla base delle risposte ai quesiti è stato elaborato lo schema di decreto concernente la banca dati nazionale per la registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento, istituita presso il Ministero della salute.

Il testo ha sostanzialmente recepito le indicazioni espresse dal Consiglio di Stato nel ricordato parere espresso dalla Commissione speciale n. 1991 del 2018 sui quesiti avanzati dal Ministero.

In particolare, lo schema, alla luce dell'indicazione contenuta nella risposta fornita al primo quesito dalla Commissione speciale nel sopra ricordato parere, secondo cui la banca dati deve poter contenere copia della DAT, ha condivisibilmente reso esplicita la sostanziale obbligatorietà di tale inserimento, nella consapevolezza della sostanziale inutilità di una banca dati che contenga solo l'elenco delle DAT, così come della analoga inutilità di una banca dati eterogenea, che non assicuri, accanto al mero elenco delle DAT, la presenza di tutti i relativi testi, rimettendo la scelta finale ai dichiaranti. In ossequio alla seconda risposta fornita dal Consiglio di Stato, precisa che le funzioni cui assolve la banca dati sono assicurate anche nei confronti dei soggetti non iscritti al Servizio sanitario nazionale. Del resto la normativa da attuarsi fa riferimento a diritti fondamentali della persona, e non del solo cittadino.

Il parere ha, però, rilevato la mancata previsione, nello schema in esame, di quegli "efficaci e costanti strumenti di monitoraggio del funzionamento della norma, volti a verificarne l'idoneità a perseguire, in concreto, gli obiettivi fissati dal legislatore ed a garantirne la più estesa attuazione", la cui importanza cruciale è sottolineata nel più volte ricordato parere della Commissione speciale.

### **1.3. Dispositivi di allarme "antiabbandono" sui seggioloni.**

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il 27 settembre 2019, n. 2526 sullo schema di decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti per la definizione delle caratteristiche tecnico-costruttive e funzionali dei dispositivi di allarme "antiabbandono" sui seggioloni, introdotti dalla l. 1 ottobre 2018, n. 117. Il comma 1 *bis* nell'art. 172 del Nuovo codice della strada, inserito dalla citata l. n. 117 del 2018, ha previsto l'obbligo, per i conducenti di veicoli delle categorie M1, N1, N2 ed N3 residenti in Italia e che trasportino sugli stessi con i prescritti sistemi di ritenuta bambini di età inferiore a 4 anni, di utilizzare un apposito dispositivo di allarme c.d. antiabbandono che scongiuri la possibilità che gli stessi minori possano essere dimenticati a bordo dei veicoli sui quali sono trasportati. La richiamata legge ha disposto, altresì, che il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti individui, mediante l'adozione di apposito decreto, da emanarsi entro 60 giorni dalla entrata in vigore della norma medesima (entrata in vigore avvenuta il 27 ottobre 2018), le caratteristiche tecnico-costruttive e funzionali del predetto dispositivo.

Il decreto prevede tre possibili tipologie di dispositivi anti abbandono: a) dispositivi integrati all'origine nei sistemi di ritenuta (seggiolini); b) dispositivi che costituiscono dotazioni di base o accessori del veicolo; c) dispositivi indipendenti sia dal sistema di ritenuta sia dal veicolo.

La Sezione consultiva, pur riconoscendo la correttezza dell'operato del Governo, che ha dato puntuale applicazione alla disciplina europea relativa alla notifica delle norme

tecniche, ottenendo la sostanziale approvazione della Commissione allo schema in esame, ha rilevato che "per quanto riguarda la relazione di AIR, questa fornisce sufficienti indicazioni circa il processo di consultazione posto in atto dal Ministero – pur nel poco tempo disponibile – al fine di definire il testo dello schema; appare tuttavia lacunosa quanto all’impatto economico della disciplina emananda sugli operatori economici e sui consumatori".

Sul piano del contenuto, prosegue il parere, "occorre che, nella stesura definitiva, le formulazioni adottate nell’articolo e nell’allegato siano rese coerenti, chiarendo altresì se e quali delle caratteristiche funzionali essenziali di cui al n. 1 dell’allegato debbano applicarsi anche ai dispositivi di cui alla lett. c) dell’art. 4, giacché non sembra congruo che i dispositivi anti abbandono “indipendenti” debbano rispondere esclusivamente alle caratteristiche di cui al n. 2 dell’allegato".

La Sezione ha poi richiamato l’attenzione del Governo su due profili che attengono alla l. n. 117 del 2018 "non è dato comprendere il motivo dell’apparente incongruenza per cui, mentre il comma 1 dell’art. 172 del Nuovo codice della strada impone l’obbligo di assicurare, con gli appositi sistemi di ritenuta, i bambini di statura inferiore a m. 1,50 (cioè, secondo comune esperienza, di età fino a 10 anni e anche oltre), il comma 1 *bis* dello stesso articolo, introdotto dalla legge n. 117/2018, introduce l’obbligo di utilizzare i dispositivi antiabbandono solo per i bambini di età inferiore a 4 anni. Andrebbe poi rimossa l’incongruenza della disposizione legislativa contenuta nell’art. 1, comma 3, l. n. 117 del 2018, ai sensi della quale l’obbligo di utilizzare i dispositivi anti abbandono si applica entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto “e comunque a decorrere dal 1° luglio 2019”. Ciò significa che, ai sensi del comma 10 dell’art. 172 come novellato, a partire dal 1° luglio 2019 chiunque non faccia uso del dispositivo anti abbandono rispondente alle specifiche fissate dal Ministero col decreto qui in esame dovrebbe essere soggetto a una sanzione amministrativa pecuniaria, e ciò nonostante il fatto che, in assenza del decreto stesso, tali dispositivi “rispondenti” non possano neppure esistere. A tale incongruenza ha inteso porre rimedio, su segnalazione del Ministero richiedente, il Ministero dell’interno, con una nota nella quale si invitano – ragionevolmente, ma *contra legem* - gli organi accertatori a non sanzionare il mancato rispetto della norma di legge. Al riguardo, ha osservato la Sezione che il predetto termine dovrebbe essere sollecitamente modificato dal legislatore, tenendo conto non solo dei tempi tecnici di emanazione del regolamento attuativo qui in esame, ma altresì del tempo necessario ai produttori per concepire e realizzare, ai distributori per commercializzare e agli utenti per acquistare i dispositivi in questione.

#### **1.4. Controlli per la commercializzazione delle protesi mammarie a superficie testurizzata.**

La sez. I, con parere n. 1942 del 2 luglio 2019 ha risposto al quesito posto dal Ministero della salute in ordine alla commercializzazione delle protesi mammarie a superficie testurizzata.

Il Ministero della salute ha premesso che le protesi mammarie comunemente impiantate per ragioni estetiche o ricostruttive sono dispositivi medici disciplinati dal d.lgs. 24 febbraio 1997, n. 46, di attuazione della direttiva 93/42/CEE, concernente i dispositivi

medici, e che, al fine di garantire il massimo livello di sicurezza, si è provveduto alla loro riclassificazione quali dispositivi medici della classe III, classe di rischio più alta, ad opera del d.lgs. 2 dicembre 2004, n. 304, di attuazione della direttiva 2003/12/CE.

Ha aggiunto che svolge un'attenta attività di vigilanza e sorveglianza del mercato delle citate protesi, in attuazione delle disposizioni nazionali ed europee, con l'adozione, da ultimo, anche di tre circolari, rispettivamente in data 11 marzo 2015, 21 dicembre 2018 e 4 febbraio 2019, indirizzate agli assessorati regionali e alle associazioni di categoria, aventi l'obiettivo di sensibilizzare tutti gli operatori sanitari del settore a porre una corretta diagnosi di BIA-ALCL (*Breast Implant Associated - Linfoma Anaplastico a Grandi Cellule*), con obbligo di segnalazione di nuovi casi, raccomandando, altresì, di sottoporre i pazienti a regolare *follow-up* (nel quadro delle raccomandazioni della *Food and Drug Administration - FDA* che, sin dal 2011 aveva rilevato un numero anomalo di casi - circa 60 nel mondo - di linfoma anaplastico a grandi cellule, dei risultati di monitoraggio della task force composta dalle autorità competenti europee e di quelli del Tavolo di lavoro istituito presso la citata Direzione generale, composta anche da rappresentanti delle principali società scientifiche del settore). Il Ministero ha quindi ricordato che nel dicembre 2018 l'Agenzia regolatrice francese (ANSM) ha disposto il ritiro dal mercato e la sospensione della commercializzazione delle protesi mammarie prodotte da una azienda a causa della mancata produzione, ai fini del rinnovo del certificato CE, di documentazione aggiuntiva da parte della stessa; nel successivo mese di gennaio del 2019 l'Agenzia francese ANSM ha chiesto a tutte le Autorità competenti internazionali di esprimersi sull'utilizzo delle protesi mammarie in ambito ricostruttivo ed estetico; l'Italia, nel dare riscontro, ha sottolineato l'assenza di evidenze scientifiche in grado di provare il coinvolgimento delle protesi testurizzate nella patogenesi della malattia, ferma restando la continua ricerca e sorveglianza mediante la raccolta dei dati.

Il Ministero della salute ha quindi richiesto nel mese di aprile 2019, alla luce della decisione delle autorità francesi di ritirare dal mercato tale tipologia di protesi, un parere urgente al Consiglio superiore di sanità, organo consultivo tecnico del Ministro, in merito alle "Protesi mammarie a superficie testurizzata e linfoma anaplastico a grandi cellule, per eventuali opportune iniziative nei confronti dei fabbricanti coinvolti nella produzione dei dispositivi a rischio".

Il Consiglio superiore di sanità ha elaborato il documento sul "Linfoma anaplastico a grandi cellule associato ad impianto protesico mammario", concludendo nel senso che "non si ravvedono motivazioni sufficienti per raccomandare il ritiro dalla disponibilità commerciale delle protesi testurizzate" sulla base delle evidenze scientifiche ad oggi disponibili.

Ciò premesso, il Ministero della salute, tenuto conto del citato parere del Consiglio superiore di sanità, ha chiesto al Consiglio di Stato "di voler valutare la questione di cui trattasi al fine di far conoscere a questo Ministero se sussistono profili o elementi di natura tecnico giuridica che dovrebbero essere presi in considerazione nell'ottica di consentire una valutazione complessiva della fattispecie, anche in relazione all'adozione di provvedimenti di sorveglianza sanitaria" (avuto riguardo alle misure particolari di sorveglianza sanitaria previste dall'art. 13 ter, d.lgs. 24 febbraio 1997, n. 4, che dispone che "Quando il Ministero della salute ritiene che, per garantire la tutela della salute e della



sicurezza e per assicurare il rispetto delle esigenze di sanità pubblica, un dispositivo o un gruppo di dispositivi debba essere ritirato dal mercato o che la sua immissione in commercio e la sua messa in servizio debbano essere vietate, limitate o sottoposte a condizioni particolari, esso può adottare tutte le misure transitorie necessarie e giustificate informandone la Commissione europea e tutti gli altri Stati membri e indicando le ragioni della sua decisione", nonché avuto riguardo all'analoga previsione contenuta nell'art. 8 bis, d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 507, e successive modificazioni, di attuazione della direttiva 90/385/CEE relativa ai dispositivi medici impiantabili attivi, e nel successivo art. 8 ter, recante la clausola di salvaguardia, in base al quale: "1. Il Ministero della salute, quando accerta che un dispositivo di cui all'art. 1, comma 2, lett. c) o d), ancorché installato e utilizzato correttamente secondo la sua destinazione e oggetto di manutenzione regolare, può compromettere la salute e la sicurezza dei pazienti, degli utilizzatori o di terzi, ne dispone il ritiro dal mercato a cura e spese del fabbricante o del suo mandatario, ne vieta o limita l'immissione in commercio o la messa in servizio, informandone il Ministero dello sviluppo economico. Il Ministero della salute comunica, immediatamente i provvedimenti adottati alla Commissione delle Comunità europee, indicando in particolare se la non conformità del dispositivo al presente decreto deriva: a) dalla mancanza dei requisiti essenziali di cui all'art. 2; b) da una non corretta applicazione delle norme tecniche di cui all'art. 3; c) da una lacuna delle norme tecniche indicate all'art. 3. 2. Quando la Commissione delle Comunità europee comunica che i provvedimenti di cui al comma 1 sono ingiustificati, il Ministero della salute, può revocarli, salvo che ritenga, in base alle valutazioni degli organi di consultazione tecnica, che la revoca possa determinare grave rischio per la salute o la sicurezza dei pazienti, degli utilizzatori o dei terzi".

Con il parere n. 1942 del 2019 la Sezione ha premesso che la fattispecie oggetto di esame costituisce un caso tipico di discrezionalità tecnica, nella quale la legge, al prioritario fine della tutela della salute, attribuisce all'autorità amministrativa competente il potere-dovere funzionale di adottare misure restrittive del commercio di dispositivi medici (misure che variano dal divieto di commercializzazione e ritiro dal mercato all'introduzione di limiti e condizioni) al ricorrere di presupposti di rischio sanitario solo genericamente indicati nel testo normativo e la cui ricorrenza nel caso concreto è demandata al potere di accertamento interpretativo-integrativo dell'amministrazione, da esercitarsi mediante il riferimento a standard valutativi desunti dalla migliore scienza e conoscenza mediche disponibili del momento (nel quadro della cooperazione scientifica e giuridica sovranazionale, in ambito europolitano e internazionale, che si cristallizza nelle norme tecniche uniformi di armonizzazione del settore). In tale contesto, e in un settore, quale quello della sicurezza per la salute umana dei presidi e dispositivi medico-sanitari, ad alto tasso di specializzazione tecnica, l'elemento extra-giuridico (nel caso in esame, la scienza medica), cui rinviano i concetti giuridici indeterminati adoperati dalla norma, riveste un rilievo oggettivamente preponderante e determinante la "scelta" tecnico-discrezionale, il cui esito si rivela in realtà vincolato alle pertinenti risultanze tecnico-scientifiche, poiché la decisione amministrativa conclusiva vede limitato l'ambito della propria discrezionalità tutt'al più – sempre che il suo presupposto sia affermato come esistente in sede scientifica (pur nell'inevitabile probabilismo e fallibilismo che caratterizza anche le così

dette “scienze esatte”) – alla scelta della misura, tra le diverse disponibili (ritiro dal mercato, divieto di commercializzazione, imposizione di limiti o condizioni particolari), più aderente e proporzionata al caso specifico.

Sulla base di tali premesse assume, evidentemente, un rilievo decisivo il parere reso dal Consiglio superiore di sanità, organo consultivo tecnico del Ministro, il quale, come riferito nella richiesta di parere, in merito alle "Protesi mammarie a superficie testurizzata e linfoma anaplastico a grandi cellule, per eventuali opportune iniziative nei confronti dei fabbricanti coinvolti nella produzione dei dispositivi a rischio", si è espresso nella seduta del 7 maggio 2019 con parere reso dalle Sezioni congiunte II e V nel quale si è ritenuto, pur con considerazioni e raccomandazioni, che "non si ravvedono motivazioni sufficienti per raccomandare il ritiro dalla disponibilità commerciale delle protesi testurizzate" sulla base delle evidenze scientifiche ad oggi disponibili.

Ha quindi affermato il parere che, salvo che non si intenda ipotizzare – ciò che invero non è in alcun modo neppure adombrato nella richiesta di parere in esame – che il suddetto parere rechi in sé vizi di manifesta incompletezza istruttoria o illogicità, tali da consentire la prospettazione di una sua sindacabilità sul piano della legittimità (nelle forme dell'eccesso di potere), appare evidente che esso (parere) si ponga come sostanzialmente vincolante, per quanto detto sopra, rispetto al successivo agire amministrativo di codesto Ministero, nell'esercizio delle sue (pure sopra richiamate) funzioni di sorveglianza e vigilanza del mercato e, più in generale, di salvaguardia della salute.

La Sezione ha quindi concluso nel senso che, pur non sussistendo, allo stato, giusta il richiamato parere del Consiglio superiore di sanità, le condizioni per assumere misure radicali di inibizione della commercializzazione dei dispositivi medici in questione, si impone tuttavia, quale profilo o elemento di natura tecnico giuridica che dovrebbe essere preso in considerazione nell'ottica di consentire una valutazione complessiva della fattispecie, anche in relazione all'adozione di provvedimenti di sorveglianza sanitaria, il dovere funzionale del Ministero della salute di compiere con urgenza le verifiche necessarie presso i competenti organi dell'Unione (nonché, se del caso, presso gli altri Stati membri), al fine di conoscere eventuali seguiti sortiti alla notifica delle Autorità francesi ed eventualmente richiedere l'assunzione di una posizione unitaria in sede europea.

### **1.5. Contributo per le associazioni che assistono i bambini affetti da malattia oncologica.**

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere sullo schema di regolamento del Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla disciplina delle modalità di utilizzo del contributo a valere sul fondo per l'assistenza dei bambini affetti da malattia oncologica, ai sensi dell'art. 1, comma 338, l. 27 dicembre 2017, n. 205. Si tratta di un nuovo schema di decreto, parzialmente riformulato su seguito di un parere interlocutorio reso dalla Sezione.

Il nuovo schema di regolamento è passato da cinque a 18 articoli, concernenti l'oggetto, i soggetti beneficiari, l'utilizzo del fondo, le azioni ammissibili al finanziamento, la durata dei progetti finanziati, la disciplina delle spese, i requisiti di partecipazione al procedimento di ammissione al finanziamento del fondo, l'avvio del procedimento (ossia la disciplina dell'avviso pubblico annuale e la definizione della relativa modulistica), le

cause di inammissibilità delle domande di finanziamento, l'esame e la valutazione delle domande di finanziamento (con indicazione analitica dei criteri di valutazione e dei relativi punteggi), la convenzione regolativa del finanziamento da stipulare con gli enti proponenti i progetti ammessi al finanziamento, le modalità e i tempi di erogazione del finanziamento, le garanzie (fideiussione bancaria o assicurativa) che i soggetti beneficiari del finanziamento statale devono stipulare, il monitoraggio e il controllo dei progetti finanziati, le forme di pubblicità del finanziamento statale che i soggetti beneficiari devono assicurare in ogni atto, documento ed iniziativa realizzate in attuazione del progetto, i casi e le modalità di revoca del finanziamento, le disposizioni transitorie e, infine, la disciplina dell'entrata in vigore.

Lo schema di regolamento ha definito normativamente la nozione di "bambino oncologico"; nell'art. 2 (Soggetti beneficiari) si precisa che rientrano in questa nozione i "bambini, da 0 a 18 anni di età, affetti da malattia oncologica".

Su tale nozione, che segna anche l'ambito di applicazione del regolamento, il parere si è a lungo soffermato, precisando che manca una nuova relazione illustrativa, sicché non è dato di sapere in base a quale criterio l'amministrazione si sia infine determinata in tal senso. Ferma rimane la potestà di scelta dell'amministrazione riguardo alla definizione della nozione in questione, essendo tale scelta per certi versi anche in parte discrezionale, in mancanza di indici normativi univoci che possano vincolare questa indicazione. Tuttavia si tratta pur sempre di una c.d. discrezionalità tecnica sottoposta ad un giudizio di legittimità, sia pure considerato estrinseco, che verifichi la congruenza, la logicità, la non contraddittorietà palesi e, soprattutto, la presenza di una motivazione congrua, adeguata e non perplessa. In conclusione, il Consiglio non ha *os ad loquendum* per suggerire una età corrispondente alla nozione di bambino, ma non può esimersi dal ricordare che qualunque scelta sia operata essa deve essere congruamente motivata. Il parere ha però sul punto chiarito come l'estensione della nozione di "bambini" fino all'età di 18 anni strida oggettivamente con il senso fatto palese dal significato proprio delle parole usate nella legge, poiché nel linguaggio comune il termine "bambino" designa l'essere umano nell'età compresa tra la nascita e l'inizio della fanciullezza, cui segue l'adolescenza, ovvero la maturità sessuale, che segna l'ultima fase dell'età evolutiva, tra la fanciullezza e l'età adulta; ora, non c'è dubbio sul fatto che, superata una certa età i giovani non possano certo essere considerati "bambini", ma adolescenti.

Per altro va osservato che anche in campo sanitario sussistono non poche discrasie e incertezze. In particolare, la pediatria è considerata la scienza medica che si occupa dell'essere umano dalla nascita a dodici anni. In tale età, infatti, secondo le norme del SSN, può discrezionalmente essere abbandonato il medico di base pediatra optando per il medico generico. Allo stesso tempo, le stesse norme sanitarie obbligano a tale passaggio al compimento di quattordici anni. Sotto altro profilo, nelle convenzioni internazionali l'età dei sedici anni è spesso presa a termine per alcune definizioni giuridiche (come ad esempio quella di "bambino soldato"). In sostanza, non vi è unicità nell'uso dei termini.

Il parere conclude sul punto manifestando perplessità ma chiarendo che le stesse non sono ostative alla permanenza del testo così come sottoposto al suo esame, salva la necessità di inserire nella norma il riferimento al criterio prescelto per individuare l'età,

qualunque essa sia, anche *per relationem* a testi normativi, protocolli medici, convenzioni internazionali, letteratura scientifica accreditata o quant'altro riterrà opportuno.

Quanto alle associazioni beneficiarie, il parere si è soffermato sull'esclusione *a priori*, tra i soggetti beneficiari, di qualsiasi soggetto associativo che svolga attività di assistenza psicologica, psicosociologica e sanitaria a favore dei bambini affetti da malattia oncologica e delle loro famiglie, ma che non sia iscritto nei registri del Terzo Settore, e dunque più esattamente non sia una associazione disciplinata dal Codice del Terzo Settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117). Ad avviso della Sezione deve intendersi che l'amministrazione postuli che – nel sistema delineato dall'art. 4, d.lgs. n. 117 del 2017 (dove sono definiti "enti del Terzo Settore", tra gli altri tipi, "le associazioni, riconosciute o non riconosciute ... costituit[e] per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento", ... etc.) - non vi sia la possibilità di un'associazione benefica (non lucrativa) che svolga una tale attività pur non appartenendo (*de jure* o *de facto*) al Terzo settore. In altri termini, l'amministrazione postula che determinate attività meritorie, costituenti l'oggetto e lo scopo di una libera associazione, rilevino giuridicamente a livello pubblicistico solo se essa sia giuridicamente introdotta in un ordinamento settoriale a disciplina pubblica, denominato Terzo Settore, assorbente l'intera platea delle associazioni private che annoverano tali attività tra i propri scopi statutari, il che, per la verità, non emerge dall'art. 1 della legge di delegazione 6 giugno 2016, n. 106, e sarebbe comunque in contrasto con l'art. 18, comma 1, Cost.. Già nel parere interlocutorio era stato rilevato che il regolamento in questione non attiene alla disciplina del Terzo Settore, con la conseguenza che sarebbe stato necessario quanto meno motivare

in modo più analitico e puntuale l'assenza di altre "associazioni che svolgono attività di assistenza psicologica, psicosociologica e sanitaria in tutte le forme a favore dei bambini affetti da malattia oncologica e delle loro famiglie" che, pur non appartenenti al Terzo settore, possano anch'esse legittimamente aspirare al contributo previsto dalla legge.

Il parere ha quindi chiarito che la riconduzione della procedura stabilita dalla legge di bilancio per il 2018 esclusivamente ed esaustivamente all'interno del Terzo settore, come ha fatto il Ministero, rappresenta una "scelta regolatoria" di quest'ultimo, invero non enunciata, né altrimenti evincibile in modo diretto dalla norma speciale contenuta nel comma 338 dell'art. 1, l. n. 205 del 2017, da cui trae fonte il regolamento, che non riserva i contributi ai soli soggetti rientranti nel sistema del Terzo Settore.

#### **1.6. Assunzione dei testimoni di giustizia presso una Pubblica amministrazione.**

La Sezione consultiva per gli atti normativi, con parere 9 luglio 2019, n. 2011 si è pronunciato sullo schema di regolamento, adottato dal Ministero dell'interno di concerto con il Ministro della giustizia, ai sensi art. 7, comma 1, lett. h), l. 11 gennaio 2018, n. 6 (recante "Disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia"), che ha introdotto un *corpus* normativo organico integralmente dedicato ai testimoni di giustizia, categoria alla quale, in passato, si estendevano alcune delle misure di protezione previste per i collaboratori di giustizia dal d.l. 15 gennaio 1991, n.8, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 marzo 1991, n. 82, come modificata dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45.

In particolare il citato art. 7, rubricato “Misure di reinserimento sociale e lavorativo”, al comma 1, lett. h), ha riconosciuto al testimone di giustizia il diritto ad accedere ad un programma di assunzione in una Pubblica amministrazione con qualifica e con funzioni corrispondenti al titolo di studio e alle professionalità possedute, “fatte salve quelle che richiedono il possesso di specifici requisiti”. La norma primaria prevede che il testimone di giustizia possa accedere al suddetto programma, in alternativa alla capitalizzazione del costo dell’assegno periodico e qualora non abbia altrimenti riacquisito l’autonomia economica, nei limiti dei posti vacanti e nel rispetto delle vigenti disposizioni limitative in materia, per chiamata diretta nominativa, nell’ambito dei rapporti di lavoro di cui all’art. 2, commi 2 e 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, sulla base di intese tra il Ministero dell’interno e le Amministrazioni interessate.

La disposizione *de qua*, nel consentire l’assunzione anche qualora il testimone di giustizia, sulla base della precedente normativa, non sia più sottoposto ad uno speciale programma o a speciali misure di protezione, conferma ed amplia la possibilità di assunzione in una pubblica amministrazione, già disciplinata dal previgente art. 16 *ter*, comma 1, lett. e *bis*, d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, introdotto dall’art. 7, comma 1, lett. a), d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito con modificazioni dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125 ed ora abrogato dall’art. 20, l. n. 6 del 2018.

L’art. 7, comma 1, lett. h) cit. riconosce altresì il diritto all’assunzione in una pubblica amministrazione, in via sostitutiva dell’avente diritto che non abbia esercitato il diritto al collocamento obbligatorio, anche nei riguardi del coniuge e dei figli ovvero, in subordine, dei fratelli stabilmente conviventi, purché essi siano a carico ed ammessi alle speciali misure di protezione.

Ha chiarito il parere che il regolamento *de quo*, adottato ai sensi dell’art. 17, comma 3, l. n. 400 del 1988, ha il compito primario di chiarire, in fase attuativa, la portata precettiva dell’art. 7, comma 1, lett. h), l. n. 6 del 2018, con particolare riguardo agli aspetti che tale articolo ha lasciato privi di chiara definizione.

La Sezione ha segnalato, pertanto, la necessità che il regolamento proceda a delineare con precisione l’ambito di applicazione della deroga contemplata nella norma cui si intende dare attuazione, chiarendo la portata della espressione “fatte salve quelle che richiedono il possesso di specifici requisiti”, indicando quindi quali siano quelle professioni che, per la loro particolarità (come quelle professioni che comportano l’esercizio di pubblico potere), sfuggono al meccanismo di assunzione previsto dall’art. 7, comma 1, lett. h), l. n. 6 del 2018, non rientrando evidentemente nell’intento del Legislatore consentire, attraverso lo speciale *iter* assunzionale contemplato nella predetta norma, l’inserimento del testimone di giustizia, ad esempio, nei ruoli della magistratura o della carriera prefettizia, o della carriera diplomatica o nei ruoli delle forze armate, tenuto conto altresì che, potendo il testimone di giustizia essere assunto presso una Pubblica amministrazione “in alternativa alla capitalizzazione” di cui alla precedente lett. g) del medesimo art. 7, il posto da assegnare al testimone di giustizia presso una Pubblica amministrazione, al fine di evitare evidenti distorsioni o locupletazioni, deve garantire un reddito (idoneo ad assicurare la “autonomia economica”) in linea con quanto il medesimo testimone di giustizia avrebbe potuto ottenere optando, alternativamente, per la corresponsione dell’assegno periodico di cui all’art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 6 del 2018,

o per la capitalizzazione del costo dell'assegno ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. g), della medesima legge.

Il parere si è soffermato anche sulla disposizione del regolamento che prevede che, in caso di rifiuto o di mancato assenso all'assegnazione del posto in una Pubblica amministrazione, il testimone di giustizia è "collocato nell'ultima posizione dell'elenco". Tuttavia lo stesso articolo del regolamento, in conformità a quanto previsto dall'art. 7, comma 1, lett. h), l. n. 6 del 2018, pone il dovere in capo al Servizio centrale di tener conto, nell'assegnazione dei posti disponibili, del titolo di studio e delle professionalità posseduti dal testimone di giustizia, compatibilmente con le esigenze di sicurezza personale. Il parere ha, pertanto, ritenuto opportuno che si preveda che, in ossequio ai principi generali in tema di contraddittorio procedimentale di cui alla l. n. 241 del 1990, il testimone di giustizia abbia la possibilità di rappresentare gravi ragioni, che il Servizio centrale ha l'obbligo di valutare, a sostegno del rifiuto o del mancato assenso all'assegnazione del posto disponibile presso una Pubblica amministrazione, con il corollario che, qualora tali gravi ragioni vengano positivamente riscontrate dal Servizio centrale, il testimone di giustizia non sia collocato nell'ultima posizione dell'elenco citato.

## **2. Pubblica amministrazione.**

### **2.1. Conferenza di servizi.**

Con parere 30 settembre 2019, n. 2534 la Sezione prima ha affrontato la questione relativa alla opposizione alla decisione assunta in sede di conferenza di servizi dalle Amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità.

Ha affermato che le Amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini cui è riservata l'opposizione in sede di Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 14 *quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 devono identificarsi – anche alla luce del combinato disposto degli artt. 14 *quinquies* e 17, comma 2, della stessa l. n. 241 del 1990 - in quelle Amministrazioni alle quali norme speciali attribuiscono una competenza diretta, prevalentemente di natura tecnico-scientifica, e ordinaria ad esprimersi attraverso pareri o atti di assenso comunque denominati a tutela dei suddetti interessi così detti "sensibili", e tale attribuzione non si rinviene, di regola e in linea generale, nelle competenze comunali di cui all'art. 13, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, né tra le competenze in campo sanitario demandate al Sindaco e al Comune dal testo unico delle leggi sanitarie di cui al r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, né tra le altre funzioni fondamentali (proprie o storiche) dei Comuni, fatta salva, comunque, la necessità di una verifica puntuale, da condursi caso per caso, della insussistenza di norme speciali, statali o regionali che, anche in via di delega, attribuiscono siffatte funzioni all'ente comunale.

Nel parere in questione la Sezione ha quindi affermato la tesi che esclude la "legittimazione" dei Comuni, che abbiano manifestato dissenso in seno alla conferenza di servizi, a sollevare opposizione ai sensi dell'art. 14 *quinquies*, l. n. 241 del 1990 a tutela di interessi così detti "sensibili".

E ciò essenzialmente perché un siffatto potere non può rinvenire un suo adeguato fondamento attributivo nella generale competenza del Comune, quale ente esponenziale

della collettività rappresentata, a “tutelare” tutti gli interessi ad essa facenti capo, essendo invece necessaria, come si evince dalla lettera stessa della disposizione, un’apposita “preposizione”, con norma speciale, all’esercizio di funzioni, eminentemente tecnico-scientifiche (art. 17, comma 2, l. n. 241 del 1990), di tutela di quegli interessi “sensibili”, preposizione che, riguardo ai Comuni, di regola non si rinviene nella legislazione di settore che provvede alla allocazione delle funzioni amministrative ai sensi dell’art. 118 Cost..

Tuttavia, anche in considerazione del non infrequente ricorso, in specie nella legislazione regionale in materia ambientale, a ciò abilitata dalla legge nazionale, a forme di delega di funzioni di tutela agli enti locali e, in taluni casi, anche ai Comuni, non appare possibile enunciare in questa sede una conclusione in termini assoluti, valida una per volta per tutte e per tutti i casi applicativi, che neghi in radice e a priori un siffatto potere di opposizione comunale, potere che potrebbe invece ravvisarsi come sussistente allorquando la pertinente legislazione speciale di settore, statale e, soprattutto, regionale, abbia attribuito o delegato talune competenze (propriamente) di tutela ambientale ai Comuni.

Alla luce di questa impostazione interpretativa, dunque, codesta Presidenza dovrà, ogni qual volta pervenga un’opposizione comunale *ex art. 14 quinquies*, al fine di poter motivatamente escludere la legittimazione comunale e dichiarare inammissibile l’opposizione, operare un’attenta analisi specifica della disciplina di settore applicabile, alla luce delle coordinate ermeneutiche qui elaborate.

Ha poi affermato la sezione che la “preposizione” di un ente pubblico (o di organi e uffici di pubbliche amministrazioni) alla cura (più nello specifico alla “tutela”) di determinati beni-interessi pubblici richieda un’attribuzione specifica di competenza mediante norme speciali di settore, e dunque debba distinguersi dalla generale competenza, riconosciuta per tradizionale assunto dottrinario ai Comuni in quanto enti storicamente preesistenti allo stesso ordinamento costituzionale vigente, di una generale “rappresentanza” esponenziale di tutti gli interessi riconducibili alla collettività organizzata nel rispettivo ambito territoriale, rappresentanza che trova fondamento, dunque, non già e non necessariamente in specifici riconoscimenti normativi, ma trae origine dalla natura stessa dell’ente locale, e che tuttavia recede di fronte a specifiche attribuzioni di competenze settoriali fondate su norme speciali.

Una traccia normativa ulteriore che corrobora questa impostazione può rinvenirsi nella generale previsione dell’art. 17, l. n. 241 del 1990, che distingue e qualifica in termini “forti”, rispetto all’ordinaria attività consultiva, le valutazioni tecniche di organi od enti appositi, ove richieste per disposizione espressa di legge o di regolamento per l’adozione di un provvedimento, valutazioni qualificate dalla legge (comma 2) non superabili e imprescindibili nel procedimento nel caso in cui debbano essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini. Questa previsione, relativa ai pareri “qualificati” di amministrazioni “tecniche”, presenta, sotto il profilo soggettivo, un’area di parziale sovrapposibilità a quella, contenuta nell’art. 14-quinquies, riguardante i pareri (e gli atti di assenso comunque denominati) delle amministrazioni preposte alla tutela di tali interessi. Può invero ritenersi che “le

amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini” (di cui all’art. 14 *quinquies*) si identifichino tendenzialmente con quelle, contemplate dal comma 2 dell’art. 17 della stessa l. n. 241 del 1990, “preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini”, le cui valutazioni tecniche sono non surrogabili, a norma del comma 2 del citato art. 17, l. n. 241 del 1990.

Questo rilievo consente inoltre di focalizzare un altro profilo, pure essenziale per la risposta al quesito proposto: al fine del soddisfacimento del concetto di “preposizione” (alle funzioni di tutela . . . etc.) utile agli effetti dell’art. 14 *quinquies* in esame, non basterà una norma (di fonte statale o regionale, a seconda dei casi) di attribuzione o di delega di funzioni di tutela in quanto tali, ma occorrerà che queste funzioni di tutela (attribuite o delegate) si concretizzino e debbano esprimersi proprio attraverso la pronuncia di pareri tecnici (potenzialmente ostativi e non surrogabili) o di atti di assenso comunque denominati potenzialmente impeditivi dell’approvazione del progetto di intervento in conferenza di servizi.

## **2.2. Potestà di regolazione non vincolante dell’Anac sulle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell’ambito della prevenzione della corruzione.**

Con parere n. 2627 del 17 ottobre 2019 la Sezione prima ha risposto a due quesiti posti dal Presidente dell’Anac in ordine all’interpretazione dell’art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90. E’ stato, in particolare, chiesto “se, fatta salva la potestà regolatoria in materia di prevenzione della corruzione, in applicazione dell’art. 213 del Codice dei contratti, l’Anac possa adottare linee guida non vincolanti nella specifica materia di cui all’art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90” nonché, nel caso in cui si dia risposta positiva al primo, è domandato di “accertare quale valore ed efficacia abbiano le predette linee guida non vincolanti nei confronti delle amministrazioni pubbliche eventualmente coinvolte nell’azione amministrativa”.

Come affermato dalla Sezione consultiva per gli atti normativi nel parere 29 luglio 2019, n. 2189, il d.lgs. n. 50 del 2016, all’art. 213, comma 2, ha autorizzato, con previsione generale, l’esercizio del potere dell’Anac di emanare “linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati”, al fine di garantire “la promozione dell’efficienza, della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”. E’ stato ricordato che nel parere reso sullo schema del nuovo Codice dei contratti pubblici (parere n. 855 del 1 aprile 2016), il Consiglio di Stato ha distinto tre tipologie di linee guida (classificazione puntualizzata nel successivo parere della Commissione speciale, 2 agosto 2016, n. 1767): 1) le linee guida adottate con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell’Anac, previo parere delle competenti commissioni parlamentari, che sono da intendere come veri e propri regolamenti e seguono lo schema procedimentale previsto dall’art. 17, l. n. 400 del 1988; 2) le linee guida adottate con delibera dell’Anac a carattere vincolante *erga omnes*; 3) linee guida adottate, sem-



pre dall'Anac, a carattere non vincolante che hanno un valore di indirizzo a fini di orientamento dei comportamenti di stazioni appaltanti ed operatori economici. Le linee guida non vincolanti sono anch'esse atti amministrativi generali, con consequenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo. Esse perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti. Il principio di legalità “si atteggia, in questo caso, in modo ancora differente, in quanto il d.lgs. n. 50 del 2016 si è limitato ad autorizzare, con previsione generale, l'esercizio di tale potere dell'Autorità, al fine di garantire “la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche” (parere della Commissione speciale, 2 agosto 2016, n. 1767).

Come affermato altresì nel parere della Commissione speciale, 13 aprile 2018, n. 966, “il comma 2 dell'art. 213 del ‘Codice’ (i.e.: la disposizione che abilita l'Anac all'adozione anche di linee guida non vincolanti) prevede che gli atti di regolazione siano finalizzati (inter alia) a promuovere l'efficienza e la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, nonché a favorire lo sviluppo delle migliori pratiche.

La medesima disposizione stabilisce, altresì, che al fine del migliore esercizio della regolazione flessibile, l'Autorità si avvale dei metodi della verifica di impatto della regolazione al fine di non confinare l'attività di *rule making* in una dimensione – per così dire – ‘statica’, ma di conferirle un ruolo dinamico e duttile rispetto all'evoluzione del sistema.

Il ‘Codice’ assegna in tal modo all'attività di regolazione flessibile il rilevante compito di tenere conto (secondo la logica propria della verifica di impatto della regolazione) delle esperienze applicative al fine di riorientare, secondo una logica iterativa, le linee di indirizzo rivolte agli operatori. Sotto tale aspetto la metodica della verifica di impatto presenta un valore aggiunto particolarmente significativo in relazione all'attività di regolazione subprimaria, attesa la maggiore flessibilità e più agevole modificabilità che caratterizza tale attività rispetto alla tipica disciplina di fonte primaria”.

Alle linee guida il d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. decreto c.d. “Sblocca Cantieri”) ha sostituito un regolamento unico, anche se non c'è comunque una sostituzione integrale di tutte le norme di attuazione del codice; così ad esempio non è previsto che il regolamento si occupi dei gravi illeciti professionali (*ex* art. 80, comma 5, lett. c, del Codice), del monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato (*ex* art. 181, comma 4, del Codice) o delle procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto *ex* art. 110, comma 6, del Codice. Il decreto c.d. “Sblocca Cantieri” espressamente non dispone nulla sul potere dell'Anac di emanare linee guida non vincolanti le quali, ai sensi dell'art. 213, comma 2, nel testo tuttora vigente, hanno lo scopo di garantire “la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”.

Ciò chiarito, sul primo quesito la Sezione, per un verso, ha osservato che l'art. 213, comma 3, lett. a), stabilisce che nell'ambito dei poteri ad essa attribuiti, l'Autorità vigila

“sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali”. Per la successiva lett. b), inoltre, l’Anac vigila “affinché sia garantita l’economicità dell’esecuzione dei contratti pubblici e accerta che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario”.

Per altro verso, va evidenziato che, giusta il chiaro disposto dell’art. 213, comma 1, l’Autorità svolge “attività di regolazione” dei contratti pubblici adottando linee guida, di tipo non vincolante, ai sensi del più volte richiamato art. 213, comma 2, e nel rispetto del procedimento ivi descritto.

Per la Sezione, in tale potere di regolazione non vincolante – da intendersi in senso ampio, così come affermato nel precedente paragrafo alla luce della giurisprudenza consultiva – vi rientra anche la materia disciplinata dall’art. 32, d.l. n. 90 del 2014, poiché le misure straordinarie che il Prefetto può disporre hanno come presupposto l’esistenza di un contratto in corso tra l’impresa e la pubblica amministrazione. In altri termini, è vero che l’art. 32 cit. si trova in un corpo legislativo diverso dal codice degli appalti ma è altrettanto vero che tale disposizione si occupa di un aspetto, seppur particolare, dell’esecuzione dei contratti già stipulati con le pubbliche amministrazioni e conseguentemente non vi sono ostacoli all’adozione di linee guida non vincolanti da parte dell’Anac. L’art. 32 cit. si riferisce, infatti, all’impresa “aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture nonché ad una impresa che esercita attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all’articolo 8 *quinquies*, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502”.

Ha chiarito il parere che l’adozione di siffatto tipo di linee guida, anche se non vincolanti, è particolarmente opportuna in una materia, come quella oggetto di studio, che ha dato luogo a numerosi dubbi interpretativi e applicativi. Tale conclusione sembra, peraltro, condivisa dall’Anac che, nel formulare il quesito, ha evidenziato “che con le Linee guida in parola, l’Anac non ha inteso adottare un atto vincolante e con valenza precettiva, attuativo-integrativa della norma primaria, ma ha ritenuto di contenersi entro i limiti di una disciplina interpretativa e di indirizzo operativo”.

Sul secondo quesito - con cui si chiede di “accertare quale valore ed efficacia abbiano le predette linee guida non vincolanti nei confronti delle amministrazioni pubbliche eventualmente coinvolte nell’azione amministrativa” – la Sezione ha ritenuto che le stesse, in ragione dell’autorevolezza dell’autorità emanante, impongano alle amministrazioni di motivare congruamente sulle ragioni per cui eventualmente decidano di non seguire la soluzione interpretativa proposta con le più volte richiamate linee guida Anac non vincolanti. Ferma l’imprescindibile valutazione del caso concreto, quindi, le amministrazioni potranno non osservare le linee guida se la peculiarità della fattispecie giustifica una deviazione dall’indirizzo fornito dall’Anac ovvero se, sempre la vicenda puntuale, evidenzia eventuali illegittimità delle linee guida nella fase attuativa. Al di fuori di queste ipotesi, la violazione delle linee guida può essere considerata come elemento sintomatico dell’eccesso di potere, applicando i principi giurisprudenziali sperimentati con riguardo alla violazione delle circolari.

### **2.3. Natura di Formez PA.**

La sez. I, con parere 21 marzo 2019, n. 883 ha affermato che perché Formez PA possa essere organismo *in house* di un'amministrazione, con conseguente possibilità di affidamento diretto dei contratti, è necessario che la singola amministrazione centrale entri a fare parte dell'associazione.

Ha preliminarmente ricordato la Sezione che Formez PA – Centro servizi, assistenza, studi e formazione per l'ammodernamento delle P.A. – ai sensi dell'art. 1, d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 6 (recante “Riorganizzazione del Centro di formazione studi – Formez”) è un'associazione riconosciuta, con personalità giuridica di diritto privato sottoposta al controllo, alla vigilanza, ai poteri ispettivi della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica, che rende altresì parere preventivo vincolante in ordine alla pianta organica, alla programmazione delle assunzioni, al bilancio preventivo e al bilancio consuntivo, ai regolamenti di contabilità e organizzazione, alla nomina del Direttore generale, alla costituzione di nuove società, agli atti di straordinaria amministrazione.

La Sezione ha poi chiarito che la conclusione alla quale è pervenuta risulta avvalorata dal fatto che l'art. 1, d.lgs. n. 6 del 2010 sottopone Formez al “controllo, alla vigilanza, ai poteri ispettivi della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica che rende altresì parere preventivo vincolante in ordine alla pianta organica, alla programmazione delle assunzioni, al bilancio preventivo e al bilancio consuntivo, ai regolamenti di contabilità e organizzazione, alla nomina del Direttore generale, alla costituzione di nuove società, agli atti di straordinaria amministrazione”; l'attività di controllo dunque è riferita specificamente al Dipartimento della Funzione Pubblica. Appare congruo ritenere che tale attività di controllo il Dipartimento possa svolgerla anche per le amministrazioni associate ma non anche per quelle che, non associandosi, manifestano un legame più debole con Formez PA.

L'art. 2, comma 2 (nonché l'art. 5 dello Statuto) prevede che Formez PA può svolgere ogni altra attività attribuita mediante apposito accordo dal Dipartimento della funzione pubblica o dalle altre amministrazioni di cui all'articolo 1 riferendosi inequivocabilmente alle amministrazioni che, ai sensi dell'art. 1, comma 3, “possono entrare a far parte dell'associazione”. Sotto altro aspetto l'art. 5 dello Statuto individua la finalità di Formez PA nella funzione di supporto delle riforme e di diffusione dell'innovazione amministrativa nei confronti dei soggetti associati.

È vero che l'art. 2, comma 1, nella parte in cui utilizza la locuzione “le amministrazioni dello Stato e le amministrazioni associate”, nonché l'art. 2, comma 3, ove si fa riferimento alle amministrazioni “centrali e associate”, sembra distinguere le amministrazioni statali centrali da tutte le altre che, invece, devono/possono associarsi; tuttavia, si deve ritenere che in presenza di un dato normativo ambiguo debba prevalere, almeno allo stato, l'interpretazione meno estensiva per evitare possibili contrasti con la normativa euorunitaria. In caso contrario, si ammetterebbero affidamenti diretti di contratti da parte di pubbliche amministrazioni che non esercitano sull'organismo affidatario “il controllo analogo” richiesto dal diritto euorunitario.

Il legame funzionale tra la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la funzione pubblica ed i singoli Ministeri è limitato alle sole funzioni di impulso e coordinamento mentre del tutto assente è l'inquadramento strutturale dei Ministeri nella

Presidenza del Consiglio dei Ministri (“Sotto il profilo strutturale non sussistono legami tra il Dipartimento della funzione pubblica, incardinato nell’ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e le altre amministrazioni pubbliche. Deve osservarsi, tra l’altro, che l’art. 97 Cost. riserva al Presidente del Consiglio dei Ministri funzioni di impulso e di coordinamento dell’attività dei Ministri finalizzate ad assicurare l’unità di indirizzo politico ed amministrativo del Governo, affermando, per contro, la responsabilità individuale dei Ministri per gli atti dei loro dicasteri”).

#### **2.4. Regolamento concernente l’amministrazione e la contabilità delle amministrazioni pubbliche.**

Con parere 4 febbraio 2019, n. 338 la Sezione consultiva per gli atti normativi ha pronunciato sullo schema di regolamento concernente l’amministrazione e la contabilità delle amministrazioni pubbliche di cui all’art. 4, comma 3, lett. b), d.lgs. 31 maggio 2011, n. 91.

Con il decreto si è data attuazione all’art. 4, comma 3, lett. b), del citato d.lgs. n. 91 del 2011, il quale stabilisce che con regolamenti da adottare ai sensi dell’art. 17, comma 1, l. 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministero dell’economia e delle finanze, è, tra l’altro, definita: “b) la revisione delle disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 27 febbraio 2003, n. 97, prevedendo come ambito di applicazione le amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, comma 1, lett. a), e tenendo conto anche di quanto previsto dal titolo III del presente decreto”.

L’ambito di applicazione del regolamento, ai sensi del sopra citato art. 4, comma 3, lett. b), è rappresentato dalle “amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, ad esclusione delle regioni, degli enti locali, dei loro enti ed organismi strumentali e degli enti del Servizio sanitario nazionale”.

La Sezione ha reso parere favorevole con osservazioni.

#### **2.5. Riorganizzazione del Ministero delle politiche agricole, alimentari, forestali e del turismo.**

Con parere 18 gennaio 2019, n. 234 la Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso un nuovo parere sullo schema di regolamento relativo alla Riorganizzazione del Ministero delle politiche agricole, alimentari, forestali e del turismo. La Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali avevano trasmesso al Consiglio di Stato uno schema di regolamento di riorganizzazione del Ministero a seguito del trasferimento allo stesso delle competenze nella funzione “turismo”. Con un primo parere del 28 dicembre 2018, n. 2957, la Sezione consultiva per gli atti normativi aveva manifestato perplessità esclusivamente circa la suddivisione e la declaratoria delle competenze tra il Dipartimento, le Direzioni Generali e gli Uffici, che non sembravano valorizzare sufficientemente la funzione portante del Ministero nella materia Turismo. La Sezione aveva osservato che la suddivisione o l’accorpamento di competenze realizzato nella bozza di regolamento non presentavano carattere di razionalità e non valorizzavano sufficientemente la rilevanza strategica del Turismo nei con-

fronti di tutte le amministrazioni pubbliche di settore, essendo essa una funzione trasversale di rilevante impatto economico, come osservato anche dalla Corte costituzionale.

Il Ministero ha quindi trasmesso un nuovo schema di parere aderendo all'invito formulato dalla Sezione di rivisitare il testo sottoposto all'esame alla luce delle osservazioni.

Il nuovo parere è pienamente positivo, con alcune osservazioni e suggerimenti del tutto marginali. Il nuovo schema ha colto in pieno lo spirito espresso nel primo parere ed ha accolto altresì tutti i suggerimenti e le osservazioni formulate dal Consiglio.

Il regolamento presenta oggi una struttura del Ministero delle politiche agricole, alimentari, forestali e del turismo con compiti di cura degli interessi turistici a livello nazionale e trasversale e non settoriale, attribuita alla Direzione Generale per le Politiche del Turismo che si pone come vero e proprio luogo di *governance* delle funzioni relative alla materia turismo, fatte ovviamente salve quelle riservate dalla Costituzione alle Regioni, nei confronti anche di tutte le altre amministrazioni pubbliche.

La funzione turistica settoriale, inerente alla materia forestale e agroturistica, è invece attribuita a diversa Direzione Generale che ha così il compito di declinare settorialmente le politiche nazionali.

La Sezione ha colto l'occasione per auspicare che in tutte le amministrazioni pubbliche siano costituito un ufficio di raccordo con la Direzione Generale per le politiche del turismo al fine di coordinare le azioni pubbliche nella materia in una sorta di struttura stellare che veda al centro la stessa Direzione generale.

### **3. Contratti della Pubblica amministrazione.**

#### **3.1. Affidamenti ai servizi sociali.**

Con parere 27 dicembre 2019, n. 3235 la Sezione atti normativi si è espressa sullo schema di Linee guida recante indicazioni in materia di affidamenti ai servizi sociali affermando che anche alle concessioni di servizi sociali si applica il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi (c.d. *gold plating*).

Nella specie il parere era stato chiesto dall'Anac, che aveva posto il quesito relativo all'estensione del regime applicabile alle concessioni di servizi sociali in relazione a quanto previsto dall'art. 19 della direttiva 2014/23/UE ("Le concessioni per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'allegato IV che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva sono soggette esclusivamente agli obblighi previsti dall'art. 31, paragrafo 3, e dagli artt. 32, 46 e 47"). L'Anac, ritenendo che "l'esclusione delle concessioni di servizi sociali dall'ambito di applicazione del codice comporterebbe la necessità di rimettere ad atti interni delle stazioni appaltanti l'intera regolazione di elementi fondamentali dell'istituto e, in specie, tutta la disciplina contenuta nella parte III del Codice per le concessioni di servizi", per evitare un vuoto normativo, ha individuato una soluzione in base alla quale "alle concessioni di servizi sociali si applicano le disposizioni indicate all'art. 164 del codice dei contratti pubblici".

Questa soluzione non ha convinto la Sezione. L'art. 213, comma 2, del Codice dei contratti pubblici dispone al quarto periodo che "l'Anac, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida

in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla l. n. 11 del 2016 e dal presente codice”. L’art. 1, comma 1, lett. a), l. n. 11 del 2016 individua, tra i criteri e i principi direttivi per il legislatore delegato, il “divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive”, come definiti dall’art. 14, comma 24-ter, lett. b), l. 28 novembre 2005, n. 246, ai sensi del quale “costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie:[...]l’estensione dell’ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari”.

Pertanto, il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi (c.d. *gold plating*) esclude l’applicabilità di una disciplina aggravata introdotta attraverso le linee guida.

Tale conclusione risulta confermata anche in relazione al caso di specie. Ed invero se, per un verso, è vero che si tratta di linee guida non vincolanti, per altro verso è altrettanto vero che le stesse per essere disattese richiedono che l’amministrazione specificamente motivi la ragione per cui decide di discostarsene. Si tratta, dunque, di atti provenienti da un’Autorità, particolarmente qualificata, con la conseguenza che devono mantenersi nell’ambito della cornice delineata dalle direttive e dal legislatore.

#### **4. Società *in house*.**

Diversi i pareri resi con riferimento alle diverse problematiche relative alle società *in house*.

Con riferimento alle condizioni di partecipazione dei privati alle società *in house*, la sez. I, con parere n. 1389 del 7 maggio 2019 ha stabilito tre importanti principi: a) che nel settore dei servizi idrici, sino a quando una specifica disposizione di legge nazionale, diversa dagli artt. 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) e 16, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), non stabilirà la possibilità per i privati di partecipare ad una società *in house* – indicando anche la misura della partecipazione, la modalità di ingresso del socio privato, il ruolo all’interno della società e i rapporti con il socio pubblico – deve ritenersi preclusa al privato la partecipazione alla società *in house*; b) che l’art. 149 bis, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell’ambiente), nella parte in cui effettua un richiamo all’“ordinamento europeo”, non permette, allo stato, la partecipazione dei privati alla società *in house* perché proprio il richiamo all’ordinamento europeo effettuato dalla predetta norma nazionale impone una specifica previsione nazionale che ammetta, e disciplini, la partecipazione dei privati alle società *in house* (in termini analoghi gli artt. 5 Codice dei contratti pubblici e 16, d.lgs. n. 175 del 2016); c) che, in attesa della decisione della Corte di giustizia dell’Unione europea (cui, ai sensi dell’art. 267 TFUE, spetta l’interpretazione dei trattati e degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione), a prescindere dall’eccezionalità o meno dell’*in house providing*, le norme che disciplinano tale

istituto vanno interpretate restrittivamente anche per evitare che applicazioni analogiche, di fatto ampliandone il ricorso, possano trasformarsi in una lesione delle concorrenze che, come è noto, è tra i principi dell'Unione.

La Sezione ha osservato che l'art. 7, l. reg. Piemonte 20 gennaio 1997, n. 13, nel riferirsi alla l. 8 giugno 1990, n. 142, prende in considerazione l'affidamento del servizio o attraverso concessione a terzo scelto tramite gara oppure attraverso le società miste pubblico-privato; nessuna indicazione, invece, fornisce per il possibile affidamento *in house* anche in considerazione del fatto che all'epoca l'*in house* non si era ancora sviluppato e certamente non era oggetto di disciplina normativa.

Inoltre, l'art. 149 *bis* del Codice dell'ambiente, facendo richiamo ai principi nazionali e comunitari, va interpretato nel senso che, nel rispetto dell'art. 34, comma 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, si possa, tra l'altro, scegliere: a) di esperire una gara per la scelta del concessionario-gestore privato cui affidare la gestione del servizio idrico; b) di costituire una società mista, con socio operativo/industriale, cui conferire la gestione del servizio, a condizione che la gara per la scelta del socio sia preordinata alla individuazione del socio industriale od operativo che concorra materialmente allo svolgimento del servizio pubblico nel rispetto di quanto oggi stabilito dal d.lgs. n. 175 del 2016 (e, tra l'altro, dagli artt. 7 e 17, d.lgs. n. 175 del 2016) nonché dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia Ue, sez. III, 15 ottobre 2009, C196/08) e nazionale; c) di affidarlo a società *in house*. In quest'ultimo caso occorrerà rispettare le condizioni richieste dalla disciplina europea.

Con la conseguenza che il dubbio sollevato dalla Regione Piemonte va sciolto nel senso che la partecipazione di privati al capitale della persona giuridica controllata è ammessa solo se prescritta espressamente da una disposizione legislativa nazionale, in conformità dei trattati e a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporti controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata.

Nel caso sottoposto all'esame del Consiglio di Stato, poiché, per un verso, la norma di riferimento per l'affidamento della gestione del servizio idrico è l'art. 149 *bis* del Codice dell'ambiente che chiaramente lo esclude e, per altro verso, manca una norma di legge che espressamente lo prescriva, la risposta al primo quesito deve essere negativa: sino a quando una specifica disposizione di legge nazionale, diversa dagli artt. 5, d.lgs. n. 50 del 2016 e 16, d.lgs. n. 175 del 2016, infatti, non prescriverà che i privati partecipino ad una società *in house* – indicando anche la misura della partecipazione, la modalità di ingresso del socio privato, il ruolo all'interno della società e i rapporti con il socio pubblico – l'apertura dell'*in house* ai privati deve ritenersi esclusa.

La sez. I, con parere n. 2923 del 21 novembre 2019 ha risposto al quesito sottopostogli dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti se i concessionari di derivazione e i gestori delle opere, beneficiari dei contributi statali stabiliti dalla Legge di bilancio 2018 (art. 1, comma 523-bis, l. 27 dicembre 2017, n. 205), possano avvalersi di enti pubblici e società *in house* delle amministrazioni centrali dello Stato”, facendo ricorso alle procedure di cui all'art. 5, d.lgs. n. 50 del 2016, nel rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 192, commi 2 e 3, del medesimo decreto legislativo. Inoltre, il Ministero si interroga circa

L'eventuale necessità di azioni amministrative da praticarsi nell'ipotesi in cui alla Sogesid s.p.a. (società *in house* del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) venissero affidate, da parte dei concessionari di derivazione o gestori delle opere beneficiari dei contributi statali, attività di supporto tecnico specialistico per gli interventi di gestione, attuazione e monitoraggio dei Piani idrici. Con riguardo al primo quesito, la Sezione ha evidenziato che la normativa primaria deve essere necessariamente interpretata in modo conforme e non contrastante con il diritto dell'Unione europea, con la conseguenza che i commi 523 e 523 *bis* dell'art. 1, l. n. 205 del 2017 devono essere interpretati in modo da non violare le regole europee in tema di affidamenti *in house*. Pertanto, qualora al soggetto realizzatore non possa essere riconosciuta la natura né di amministrazione aggiudicatrice né di ente aggiudicatore, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) e lett. e), d.lgs. n. 50 del 2016, al medesimo soggetto non potrà essere applicata la disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici, con la conseguenza che tale soggetto realizzatore potrà procedere direttamente ad avvalersi "di enti pubblici e società *in house* delle amministrazioni centrali dello Stato, dotate di specifica competenza tecnica". Qualora, al contrario, il soggetto realizzatore rientri nel perimetro soggettivo di applicabilità del Codice dei contratti pubblici, si dovrà procedere in modo conforme alle regole ordinarie, mediante la necessaria previa indicazione di una procedura ad evidenza pubblica, ad eccezione dei seguenti due casi, ove invece sarà possibile procedere ad "affidamenti diretti": 1) qualora il soggetto realizzatore voglia avvalersi, a titolo gratuito, di enti pubblici o di società *in house* delle amministrazioni centrali dello Stato, fuoriuscendo tale ipotesi dal perimetro oggettivo di applicabilità della normativa europea e nazionale in tema di appalti pubblici; 2) qualora il soggetto realizzatore si rivolga ad enti pubblici o a società *in house* delle amministrazioni centrali dello Stato che, per espressa disposizione normativa o statutaria, non operino, nemmeno in minima parte, nel mercato in concorrenza con altri operatori economici. Quanto al secondo quesito, la Sezione ha affermato che occorranza misure organizzative interne allo stesso Dicastero, idonee ad evitare che l'Ufficio preposto alla vigilanza sui soggetti realizzatori ai sensi dell'art. 1, comma 525, l. n. 205 del 2017, sia in qualche modo dipendente o influenzato, nella sua attività di controllo e vigilanza, dall'Ufficio che esercita il controllo analogo sulla Sogesid s.p.a., anche prevedendosi che gli Uffici siano incardinati in diversi Dipartimenti o Direzioni generali.

## **5. Beni ambientali e culturali.**

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere 20 marzo 2019, n. 873 sullo schema di regolamento, trasmesso dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sulla gestione degli pneumatici fuori uso, ai sensi dell'art. 228, comma 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente).

Giova premettere che l'art. 228, comma 1, dispone che "al fine di garantire il perseguimento di finalità di tutela ambientale secondo le migliori tecniche disponibili, ottimizzando, anche tramite attività di ricerca, sviluppo e formazione, il recupero dei pneumatici fuori uso e per ridurre la formazione anche attraverso la ricostruzione è fatto obbligo ai produttori e importatori di pneumatici di provvedere, singolarmente o in forma associata e con periodicità almeno annuale, alla gestione di quantitativi di pneumatici



fuori uso pari a quelli dai medesimi immessi sul mercato e destinati alla vendita sul territorio nazionale, provvedendo anche ad attività di ricerca, sviluppo e formazione finalizzata ad ottimizzare la gestione dei pneumatici fuori uso”. Per far fronte agli oneri derivanti da tale attività, l’art. 228, comma 2, ha previsto che “In tutte le fasi della commercializzazione dei pneumatici è indicato in fattura il contributo a carico degli utenti finali necessario, anche in relazione alle diverse tipologie di pneumatici, per far fronte agli oneri derivanti dall’obbligo di cui al comma 1. Detto contributo, parte integrante del corrispettivo di vendita, è assoggettato ad IVA ed è riportato nelle fatture in modo chiaro e distinto. Il produttore o l’importatore applicano il rispettivo contributo vigente alla data della immissione del pneumatico nel mercato nazionale del ricambio. Il contributo rimane invariato in tutte le successive fasi di commercializzazione del pneumatico con l’obbligo, per ciascun rivenditore, di indicare in modo chiaro e distinto in fattura il contributo pagato all’atto dell’acquisto dello stesso”. Al fine dell’attuazione di tali prescrizioni, lo stesso art. 228, comma 2, ha disposto che “Con decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, d’intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, da emanarsi nel termine di giorni centoventi dalla data di entrata in vigore della parte quarta del presente decreto, sono disciplinati i tempi e le modalità attuative dell’obbligo di cui al comma 1”. In esecuzione di tale rinvio alla fonte regolamentare, è stato adottato il decreto ministeriale 11 aprile 2011, n. 82, il cui art. 7, comma 10, secondo periodo, ha previsto, a sua volta, il rinvio ad un ulteriore provvedimento del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare per l’individuazione dei parametri per la determinazione del contributo per la copertura dei costi di raccolta e gestione degli pneumatici dei veicoli a fine vita, adottato con il decreto ministeriale 20 gennaio 2012, recante “Parametri tecnici relativi alla gestione degli pneumatici fuori uso”.

Il parere si è soffermato sulla portata normativa del citato art. 228 del Codice dell’ambiente sotto il profilo dell’asserita esclusività dell’uso del contributo ambientale per la gestione dei pneumatici fuori uso. L’art. 228, comma 1, ha stabilito un obbligo a carico dei produttori e importatori degli pneumatici di provvedere, singolarmente o in forma associata e con periodicità almeno annuale, alla gestione dei pneumatici fuori uso. Dell’adempimento di tale obbligo quindi essi sono responsabili, per effetto della loro attività di produzione o di importazione. Per quanto l’art. 228, comma 4, adotti il parametro del contributo ambientale incassato per stabilire il limite massimo della sanzione per l’inadempimento al suddetto obbligo, sembra però che non possa non tenersi conto della natura di contributo - e quindi di concorso agli oneri di gestione dei pneumatici fuori uso - della prestazione imposta agli utenti finali dall’art. 228, comma 2, secondo periodo (“In tutte le fasi della commercializzazione dei pneumatici è indicato in fattura il contributo a carico degli utenti finali necessario, anche in relazione alle diverse tipologie di pneumatici, per far fronte agli oneri derivanti dall’obbligo di cui al comma 1”). La formulazione di tale disposizione - la cui introduzione ha assicurato la trasparenza di una componente del costo degli pneumatici pagato dall’utente finale, in precedenza implicitamente posta a loro carico - definisce come “necessario” il contributo degli utenti finali: tale aggettivo sta ad indicare, a garanzia degli utenti stessi, lo scopo per cui il relativo importo viene pagato. Quindi, la qualificazione del contributo come necessario

produce il vincolo della sua destinazione in via esclusiva alla gestione dei pneumatici fuori uso. Ma ciò non consente di giungere ad escludere che a tale gestione possano concorrere risorse aggiuntive rispetto al finanziamento derivante dal contributo ambientale. Inoltre, l'utilizzazione della locuzione "far fronte", riferita agli "oneri" di gestione dei pneumatici fuori uso, in luogo di una formulazione diretta a disporre la copertura integrale di spese di gestione con il contributo, sono coerenti con la previsione dell'obbligo di cui all'art. 228, comma 1, e della relativa responsabilità, in capo agli operatori economici – il che non può comportare un totale finanziamento dell'obbligo stesso carico degli utenti finali - e con la natura di concorso agli oneri della prestazione chiesta agli utenti che è, infatti, un "contributo" e in ciò si distingue dalle altre componenti del prezzo di vendita. Ne consegue che appaiono non condivisibili i timori esposti nella relazione illustrativa di "distorsioni del libero gioco concorrenziale fra produttori e importatori" per effetto di un ribasso eccessivo del contributo, in quanto la concorrenza si giocherebbe sulle suddette altre componenti – a vantaggio quindi degli utenti finali – ma non sul contributo, del quale resta intatta la trasparenza, dato il procedimento previsto per la sua determinazione e la sua indicazione in fattura.

Il parere ha chiarito che l'opzione interpretativa dell'esclusività del contributo ambientale per il finanziamento integrale della gestione dei pneumatici fuori uso pone questioni delicate in relazione alle ipotesi di avanzi di gestione. Essi costituiscono di per sé sintomo di un'eccedenza di contributo imposto a carico dell'acquirente, che può avere a monte diverse ragioni, ma che, di fatto, si traduce in una disponibilità di liquidità per il soggetto tenuto alla gestione degli PFU sottratta agli utenti finali. Probabilmente per la delicatezza della questione, l'art. 7, comma 6, ultimo periodo, del d.m. n. 82 del 2011 evidenzia il carattere eventuale degli avanzi di gestione e, con riferimento ai soli pneumatici fuori uso derivanti da demolizione di veicoli, prevede che "eventuali avanzi derivanti dalla gestione annuale del fondo sono reinvestiti nella gestione dell'anno successivo". Il carattere eventuale degli avanzi di gestione e la limitazione ad una annualità della loro successiva utilizzazione delle disposizioni risultava coerente con le vigenti disposizioni dello stesso art. 228 che prevedono: la periodicità almeno annuale della gestione dei pneumatici fuori uso (comma 1); l'obbligo dei gestori dei pneumatici fuori uso di giustificare annualmente l'ammontare del contributo in base agli oneri e le componenti di costo che giustificano l'ammontare del contributo (comma 3 *bis*).

Sul punto occorre prendere atto della modifica dell'art. 228, comma 3 *bis*, sopra ricordata, per effetto della quale è stata posta da una fonte normativa di rango primario la prescrizione che "I produttori e gli importatori di pneumatici o le loro eventuali forme associate devono utilizzare, nei due esercizi successivi, gli avanzi di gestione derivanti dal contributo ambientale per la gestione di pneumatici fuori uso, anche qualora siano stati fatti oggetto di specifico accordo di programma, protocollo d'intesa o accordo comunque denominato, ovvero per la riduzione del contributo ambientale". Sono quindi coerenti con tale prescrizione le disposizioni dello schema di regolamento in esame che, sia per i pneumatici fuori uso generati nel mercato del ricambio, sia per quelli derivanti da veicoli a fine vita, prevede che gli avanzi di gestione possano sussistere come tali nei bilanci del soggetto obbligato alla gestione dei pneumatici fuori uso per due esercizi successivi, con obbligo di utilizzazione entro tali esercizi. Ha ancora chiarito il parere

che considerato che gli avanzi di gestione si traducono nella disponibilità di liquidità dei soggetti obbligati alla gestione dei pneumatici fuori uso a carico degli utenti finali, per assicurare il pieno rispetto delle disposizioni dell'art. 228 circa la periodicità almeno annuale della gestione dei pneumatici fuori uso (comma 1) e la periodicità annuale dell'obbligo dei gestori dei pneumatici fuori uso di giustificare annualmente l'ammontare del contributo in base agli oneri e le componenti di costo che giustificano l'ammontare del contributo (comma 3 *bis*), pare opportuno un monitoraggio anche infra-annuale dell'adeguatezza del contributo, allo scopo di evitare, prima di tutto, l'imposizione agli utenti finali di prestazioni patrimoniali ingiustificate. Il che consente di desumere che, se da un lato vi è la facoltà dei soggetti obbligati alla gestione dei pneumatici fuori uso di rideterminare in corso d'anno l'entità del contributo (comma 3 *bis*), pure richiamata dal Ministero per l'eventualità di insufficienza delle risorse rinvenienti dal contributo per assolvere all'obbligo di gestione, dall'altro, in caso di sovrastima del contributo, esso debba essere rideterminato in corso d'anno, al fine di contenere gli avanzi di gestione nei limiti di un fenomeno del tutto eventuale e inevitabile.

Il parere ha affrontato anche la questione relativa al se l'art. 228, d.lgs. n. 152 del 2006 abbia conferito alcuna funzione di approvazione del contributo ambientale per la gestione dei pneumatici fuori uso, circostanza esclusa dal Ministero. Ad avviso dell'Amministrazione "se il legislatore avesse inteso attribuire al Ministero il potere-dovere di approvare il contributo ambientale, lo avrebbe espressamente fatto, e ciò anche in considerazione del fatto che ha disciplinato nel dettaglio le facoltà e i poteri di cui il Ministero è titolare" quali la facoltà di chiedere integrazioni e chiarimenti, che sarebbe diretta allo scopo "rappresentato non già dalla modifica/riparametrazione (tantomeno approvazione) del contributo, bensì da esigenze di trasparenza, concernenti la divulgazione, da parte del Ministero, di informazioni sul proprio portale informatico". Quindi, prosegue l'Amministrazione, "il Ministero non è neppure titolare del potere di richiedere la modifica del contributo, il che porta a ritenere che, a maggior ragione, non possa auto-conferirsi (a mezzo di proprio decreto) la potestà di approvare il contributo medesimo, che il legislatore stesso non ha previsto". La Sezione ha ritenuto tali argomentazioni non condivisibili. Come sopra evidenziato, il contributo ambientale posto a carico degli utenti costituisce una prestazione imposta dall'art. 288, che il comma 2, secondo periodo, finalizza espressamente a fronteggiare gli oneri derivanti dall'obbligo di gestione dei pneumatici fuori uso e lo stesso comma, terzo periodo, considera, per consentirne la trasparenza, una componente del corrispettivo di vendita. Complessivamente, la *ratio* di tale comma configura il contributo come una prestazione patrimoniale imposta all'utente finale, senza alcun bilanciamento in una controprestazione per la fornitura del prodotto o l'erogazione di un servizio del quale, in ogni caso, l'utente finale non avrebbe alcuna contezza.

Rispetto a tale configurazione del contributo ambientale, il vigente d.m. n. 82 del 2011 ha previsto all'art. 5, comma 2, che esso sia determinato annualmente e approvato dall'autorità competente e, all'art. 7, comma 5, che l'entità del contributo per PFU derivanti da veicoli a fine vita sia approvato, previa comunicazione, da tale autorità. Tali disposizioni sono state introdotte nel d.m. n. 82 del 2011 in assenza di un'espressa attribuzione di potere all'autorità amministrativa da parte dell'art. 228, nel testo previgente

rispetto alle modifiche stabilite dal d.l. n. 5 del 2012, convertito dalla l. n. 35 del 2012, ma, comunque, in coerenza con la previsione di un contributo degli utenti finali agli oneri di gestione dei pneumatici fuori uso. L'art. 24, comma 1, lett. f), del citato d.l. n. 5 del 2012 ha introdotto nell'art. 228 il citato comma 3 *bis*, che ha stabilito un procedimento per fissare l'entità annuale del contributo fondato sull'interlocuzione tra l'Amministrazione e i produttori e gli importatori di pneumatici o le loro eventuali forme associate. Dunque, se il d.m. n. 82 del 2011 ha stabilito l'approvazione dell'entità del contributo da parte dell'autorità competente pur in assenza di qualsivoglia disposizione di rango primario, pare che l'introduzione nell'art. 228 di una disposizione che proceduralizza la fissazione dell'entità del contributo ambientale - attraverso la determinazione di finestre temporali nelle quali si collocano adempimenti delle imprese e interventi dell'Amministrazione - sia tesa a finalizzare l'esercizio del potere del Ministero di chiedere chiarimenti ed integrazioni ad uno scopo che non sia solo quello della divulgazione dell'importo del contributo sul sito istituzionale. In primo luogo, in quanto tale potere, come ogni potere pubblico, non può essere conferito se non per raggiungere un fine di pubblico interesse. Ed effettivamente così è, in quanto l'art. 228 prevede che la divulgazione avvenga "anche a mezzo del proprio portale informatico", evidenziando, dunque, che la divulgazione debba avvenire anche attraverso altre forme. A tale scopo, la comunicazione dell'Amministrazione non potrà non avere la veste di un atto amministrativo che certifichi l'importo del contributo nel presupposto della sua approvazione, al fine di conferire al contributo la "vigenza" cui si riferisce l'art. 228, comma 2, quarto periodo ("Il produttore o l'importatore applicano il rispettivo contributo vigente alla data della immissione del pneumatico nel mercato nazionale del ricambio"). A fronte dell'esercizio del potere del Ministero di chiedere integrazioni e chiarimenti, deve ritenersi - altrimenti lo stesso potere sarebbe *inutiliter dato* - che sussista un obbligo delle imprese di fornirli e che lo stesso Ministero proceda alla "divulgazione" solo quando l'importo del contributo ambientale sia stato determinato in modo corretto alla luce delle disposizioni contenute nella disciplina regolamentare. Tale conclusione appare inevitabile anche alla luce della recente legificazione del vincolo di due esercizi per l'utilizzazione degli avanzi di gestione, in quanto l'intervento dell'Amministrazione a verifica degli "oneri e le componenti di costo che giustificano l'ammontare del contributo", insieme alla sua approvazione, concorrono a garantire il rispetto del suddetto vincolo di legge.

La Sezione ha quindi concluso in ordine alla natura del suddetto contributo prestazione imposta dalla legge agli acquirenti degli pneumatici e alla conseguente necessità che la valutazione da parte dell'Amministrazione della congruità del contributo, anche dal punto di vista del rispetto dei limiti che giustificano la prestazione imposta agli utenti finali, sia espressa in un atto di approvazione, come tale sottoposto all'ordinario regime di impugnabilità degli atti amministrativi.

## **6. Edilizia.**

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con parere n. 249 del 18 dicembre 2019 ha ricostruito alcuni dei principi che disciplinano la materia della repressione degli abusi edilizi.

Ha premesso che la costruzione di una piscina costituisce infatti “nuova costruzione” consistendo in un intervento comportante aggravio del carico urbanistico, non rientrando nelle categorie della manutenzione ordinaria e straordinaria, del restauro o della ristrutturazione edilizia. Ne consegue che tale intervento edilizio richiede la preliminare verifica dell’osservanza degli indici dello strumento urbanistico comunale.

Quanto alla dedotta presentazione della Scica in sanatoria, se ne nega l’applicabilità al caso in specie. La normativa di cui all’art. 37, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 è applicabile agli interventi in corso d’opera ovvero in forza del d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222 per gli interventi di manutenzione straordinaria di cui all’art. 3, comma 1, lett. b) (qualora riguardino le parti strutturali dell’edificio), per gli interventi di restauro e di risanamento conservativo di cui all’art. 3, comma 1, lett. c), (qualora riguardino le parti strutturali dell’edificio) e per gli interventi di ristrutturazione edilizia di cui all’art. 3, comma 1, lett. d), diversi da quelli indicati nell’art. 10, comma 1, lettera c).

Il Consiglio di Giustizia ha poi affermato che in ragione del carattere doveroso e rigorosamente vincolato dell’attività dell’Amministrazione, l’apporto partecipativo del privato si caratterizza come ininfluenza, ossia non idoneo ad influire sul contenuto del provvedimento stesso, considerato anche quanto previsto dall’art. 21 *octies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, con la conseguenza che non è illegittimo l’ordine di demolizione che non è stato preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento.

Con parere n. 263 del 24 dicembre 2019 lo stesso Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha escluso che in considerazione del tempo trascorso tra la contestazione dell’abuso, risalente a dicembre 2010, e l’ordinanza di demolizione, notificata a distanza di cinque anni, in capo al ricorrente si sarebbe ingenerato un “ragionevole affidamento”, poiché non si può ammettere l’esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può legittimare in quanto la disposizione di demolizione, quale provvedimento repressivo, non è assoggettata ad alcun termine decadenziale e, quindi, è adottabile anche a notevole intervallo temporale dall’abuso edilizio, costituendo atto dovuto e vincolato alla ricognizione dei suoi presupposti.

Quanto poi alla possibilità di applicare, a fronte di un abuso edilizio, la sanzione alternativa della sanzione pecuniaria, il parere ha ricordato che perché si possa rivendicare l’applicazione dell’art. 34, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, è necessario che l’interessato fornisca una seria e idonea dimostrazione del pregiudizio stesso sulla struttura e sull’utilizzazione del bene residuo, a nulla valendo che la demolizione implicherebbe una notevole spesa e potrebbe incidere sulla funzionalità del manufatto, perché per impedire l’applicazione della sanzione demolitoria occorre un effettivo pregiudizio alla restante parte dell’edificio, consistente in una menomazione dell’intera stabilità del manufatto. La demolizione costituisce, infatti, il contenuto che, in via ordinaria, è tenuto ad assumere l’atto repressivo dell’illecito, mentre l’applicazione della sanzione pecuniaria ha carattere del tutto residuale, e viene innescata non già da una verifica tecnica di cui la parte pubblica non può venire ragionevolmente gravata, ma da una apposita e circostanziata istanza presentata dalla parte interessata.

Con riferimento a tale ultimo aspetto il parere n. 196 del 5 novembre 2019, anch'esso reso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, ha ricordato che la sanzione pecuniaria in luogo dell'ingiunzione di demolizione, nello specifico disciplinata dall'art. 34, d.P.R. n. 380 del 2001, attiene alla fase esecutiva del procedimento che è, ovviamente, successiva ed autonoma rispetto all'ordine di demolizione. Soltanto in quella fase l'Amministrazione potrà valutare, qualora ne ricorrano i presupposti ed anche su istanza di parte, la bontà di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria. Giova, infatti, ricordare che l'ingiunzione di demolizione costituisce la prima ed obbligatoria fase del procedimento repressivo, in quanto la sanzione demolitoria ha natura di diffida e presuppone solo un giudizio di tipo analitico-ricognitivo dell'abuso commesso, laddove il discrezionale giudizio sintetico-valutativo circa la rilevanza dell'abuso e la possibilità di sostituire la demolizione con la sanzione pecuniaria è richiesto ai fini della legittimità del successivo provvedimento indirizzato agli organi amministrativi, deputati all'esecuzione in danno.

## **6. Sicurezza pubblica.**

### **6.1. Effetti della riabilitazione sulla licenza di porto d'armi.**

Con parere n. 2930 del 22 novembre 2019 la sez. I ha affermato che le condanne alla reclusione riportate per i delitti di cui all'art. 43, comma 1, Tulpas, costituiscono causa automaticamente ostativa al rilascio anche in caso di estinzione del reato e di riabilitazione, a nulla rilevando il lungo tempo trascorso dalla commissione del fatto. E ciò con salvezza di quanto previsto successivamente dall'art. 3, comma 1, lett. e), d.lgs. 10 agosto 2018, n. 104, che ha modificato, a decorrere dal 14 settembre 2018, il comma 2 del citato art. 43.

Ha premesso che il porto d'armi non costituisce un diritto assoluto, rappresentando invece eccezione al normale divieto di portare armi, e può divenire operante solo nei confronti di persone riguardo alle quali esiste perfetta e completa sicurezza circa il buon uso delle armi stesse in modo da scagionare dubbi e perplessità sotto il profilo dell'ordine pubblico e tranquilla convivenza della collettività, dovendo essere garantita anche l'intera e restante massa dei consociali sull'assenza di pregiudizi alla loro incolumità (Corte cost. n. 449 del 1993). Sotto il profilo della ricognizione del quadro normativo in materia, il legislatore, nel Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza-TULPS (r.d. 18 giugno 1931, n. 773) - nel testo vigente al momento dell'emissione dell'impugnato decreto - ha individuato i casi in cui l'Autorità amministrativa è titolare di poteri strettamente vincolati (ai sensi dell'art. 11, commi 1 e 3, prima parte, e dell'art. 43, comma 1, che impongono il divieto di rilascio di autorizzazioni di polizia ovvero il loro ritiro) e quelli in cui, invece, è titolare di poteri discrezionali (ai sensi dell'art. 11, commi 2 e 3, seconda parte, e degli artt. 39 e 43, comma 2) (Cons. St., sez. n. 4904 del 2018).

Nel caso all'esame della Sezione, nel provvedimento impugnato si legge che per tutti i comportamenti posti in essere "in occasione delle vicende penali che hanno dato luogo alle citate condanne, per lo stato di tensione intercorrente in ambito familiare, e per la citata condanna per il reato di porto abusivo di armi, assolutamente ostativa al rilascio o rinnovo del porto d'armi", l'interessato non possiede i requisiti soggettivi richiesti dall'art. 43 del T.U.L.P.S., per essere titolari di porto di fucile, "sebbene abbia ottenuto

nel 1989 la riabilitazione dalla condanna, e abbia ottenuto negli anni successivi la licenza del porto di fucile”.

L'atto gravato, pertanto, è fondato anche sulla condanna per porto abusivo di armi, reato definito dall'Amministrazione come “assolutamente ostativo” al rilascio o al rinnovo del porto d'armi. E ciò evidentemente, sulla base di quanto previsto dall'art. 43, comma 1, lett. c), del Tulpas secondo cui “non può essere concessuta la licenza di portare armi[...] a chi ha riportato condanna [...] per porto abusivo di armi.”.

Orbene – in relazione all'art. 43, comma 1, del Tulpas - secondo un primo orientamento, le condanne alla reclusione riportate per i delitti ivi previsti costituiscono causa automaticamente ostativa al rilascio anche in caso di estinzione del reato e di riabilitazione, a nulla rilevando il lungo tempo trascorso dalla commissione del fatto.

Al riguardo, la giurisprudenza ha osservato che, in tal caso, il diniego di rinnovo del porto d'armi costituisce atto dovuto. Muovendo dal tenore letterale degli artt. 43 ed 11 del Tulpas è stato rilevato che l'art. 43, esclude, in deroga a quanto stabilisce l'art. 11, commi 1 e 2, il rilascio di licenza di porto d'armi per coloro che, indipendentemente dalla pena inflitta, siano stati riconosciuti colpevoli di reati contro la persona, il patrimonio, la p.a., le personalità dello Stato o l'ordine pubblico, senza far salvi gli effetti della riabilitazione (Cons. St., sez. VI, n. 2343 del 2009 e sez. III, n. 3249 del 2011). Si è aggiunto che la riabilitazione non è causa di estinzione del reato che incide sul potere punitivo dello Stato, bensì, quale causa di estinzione della pena, opera sulla pena concretamente inflitta al condannato e mantiene ferma la rilevanza giuridica della sentenza di condanna; il suo ambito di operatività è circoscritto alle pene accessorie e agli altri effetti penali che conseguono di diritto e automaticamente ad una sentenza di condanna e non impedisce che l'Amministrazione eserciti le sue valutazioni discrezionali considerando negativamente i fatti accertati nella condanna riportata, quali sintomi di non affidamento all'uso corretto dell'arma (Cons. St., sez. VI, n. 5905 del 2005).

La Sezione III, con sentenza n. 2019 del 2016 – seguita da numerose pronunce - ha peraltro considerato che “l'autorità amministrativa non deve disporre senz'altro la revoca della già rilasciata licenza, ma può valutare le relative circostanze ai fini dell'esercizio del potere discrezionale, qualora il giudice penale abbia disposto la condanna al pagamento della pena pecuniaria – in luogo della reclusione - ai sensi degli artt. 53 e 57, l. n. 689 del 1981, ovvero abbia escluso la punibilità “per tenuità del fatto” ai sensi dell'art. 131 *bis* cod. pen., nel caso di commissione di un reato di per sé ‘ostativo’ al rilascio o al mantenimento di licenze di portare le armi”.

Un quadro riepilogativo esaustivo e meditato della giurisprudenza si trova poi in Cons. St., sez. III, n. 658 del 2017 che, pur non nascondendosi che la problematica meriterebbe forse un intervento del legislatore, non ritiene che, alla stregua della normativa oggi in vigore, sia superabile l'orientamento sopra detto, sia per un argomento letterale che per un argomento teleologico.

Sotto il profilo letterale, tutte le autorizzazioni di polizia – tra cui anche quelle al porto di arma – devono essere negate allorché la persona sia stata condannata a pena detentiva superiore a tre anni per delitto non colposo e non abbia ottenuto la riabilitazione: è questa la norma, generale, dell'art. 11, comma 1, n. 1, TULPS. La norma speciale, tuttavia, all'art. 43 dello stesso TULPS, individua alcuni delitti, di cui alle lett. a), b), e c), per

i quali l'autorizzazione di polizia al porto di arma (e solo tale autorizzazione) non può essere concessa o rinnovata, senza alcun riferimento alla circostanza, "caducante" della preclusione, che la riabilitazione sia intervenuta. Con una scelta chiara ed esplicita il Tulps ha dunque voluto indicare che per tali delitti (tutti assai fortemente indicativi della pericolosità sociale del reo) la preclusione è assoluta. Il rapporto norma speciale – norma generale, che esiste tra l'art. 43 e l'art. 11 dello stesso Tulps implica che la scelta è stata, per tali delitti specificamente elencati, di prescindere sia dall'effetto caducante della riabilitazione sul divieto, sia della necessità che la pena sia non inferiore ai tre anni; sicché, la forza "assorbente" di uno dei delitti ex art. 43 e dovuta alla "offensività sociale" dei medesimi, determina che le due condizioni legali al divieto non sussistano, e che il divieto non possa essere in alcun modo caducato o superato da fatti, atti, eventi anche sopravvenuti nel tempo e per condanna a pena detentiva di entità non elevata. Dato il rapporto dell'art. 43 come norma "speciale" rispetto al "generale" principio dell'art. 11, neanche una lettura "contestuale" delle due disposizioni potrebbe condurre ad applicare alla norma speciale una condizione stabilita nella norma generale. Ma vi è di più. All'interno stesso della disposizione "generale" dell'art. 11, soltanto il n. 1 del primo comma menziona la riabilitazione, mentre il punto 2 nulla dice, ancorché pure i delinquenti abituali e per tendenza possano essere riabilitati. In conclusione, anche la lettura contestuale dell'art. 43 e dell'art. 11 fa emergere che il legislatore ha attribuito effetto caducante del divieto alla riabilitazione soltanto nel caso dell'art. 11, comma 1, n.1, mentre l'ha escluso – in via generale – per i delinquenti abituali e per tendenza (art. 11, n. 2) e - in via di previsione speciale, solo per le autorizzazioni al porto delle armi – anche per i condannati, ad una pena detentiva di qualsivoglia entità, per uno dei delitti di cui all'art. 43.

Sotto il profilo teleologico la medesima decisione (Cons. St., sez. III, n. 658 del 2017) ha poi considerato che il principio di precauzione, in questo settore dell'ordinamento, consente al legislatore di sottrarre agli organi competenti il potere di valutare, caso per caso, se la persona possa essere autorizzata a portare l'arma: e ciò perché il rischio dell'abuso – per gli autori di taluni delitti – è talmente elevato, in relazione al valore del bene della sicurezza pubblica, che persino all'organo competente – e solo in questi limitati casi – è sottratta la valutazione probabilistica di insicurezza sui futuri comportamenti di tali soggetti. Si tratta di una lettura coerente con il dato, innegabile – sottolineato dalla Corte costituzionale – della inesistenza di un diritto del privato a portare armi, in qualche modo desumibile dalla Costituzione. A conferma di un principio intrinseco agli ordinamenti democratici, quale è quello che la sicurezza dei cittadini è funzione dello Stato in via esclusiva, laddove invece esiste libertà del porto delle armi per i privati, vi è un robusto fondamento esplicito nella Costituzione, come è il caso degli Stati Uniti d'America. Nel nostro ordinamento, il possesso e l'uso di armi da parte del privato è invece precluso, essendo la licenza un'eccezione, perciò da disciplinare con modalità rigorose e soprattutto di stretta interpretazione. Anche il ricorso al dato "teleologico" della disciplina in esame, conduce a confermare che se un delitto conduce, per il legislatore, a una presunzione assoluta di inaffidabilità del reo, ancorché riabilitato, a portare l'arma, tale valutazione è frutto di una ponderazione tra due interessi non comparabili. L'uno, che



assurges a diritto fondamentale, è quello di prevenire ogni potenziale rischio per la sicurezza dei cittadini; l'altro, che si connota invece come la mera pretesa di un privato a fruire di un regime del tutto eccezionale di autorizzazione, che però, come detto, ben può essere presidiato da condizioni talora insuperabili o irrevocabili. Nel quadro sistematico coordinato dagli artt. 11 e 43 Tulp, in conclusione, per le ipotesi "in via generale" dell'art. 11, comma 1, n. 1, il diniego di autorizzazione imponga una prognosi futura sul comportamento del richiedente rimessa agli organi competenti. Per le diverse ipotesi, quella "in via generale" per tutte le autorizzazioni di polizia ex art. 11, comma 1, n. 2 e quella "in via speciale" per le sole autorizzazioni al porto di arma ex art. 43, la prognosi è effettuata dal legislatore, ed è quella della impossibilità indefettibile e non modificabile che il futuro comportamento dell'interessato superi la inaffidabilità sull'uso dell'arma in possesso. Il legislatore, ben potendo in tal modo distinguere tra ipotesi differenti, ha ritenuto, per quelle che per natura e pericolosità sociale appaiono più gravi, di valutare come fonte della "incapacità *ex lege*" il fatto oggettivo di una determinata condanna. Si è voluto evitare così di aprire possibili "vulnera" connessi a valutazioni caso per caso, per loro natura potenzialmente diversificabili, a fronte di una – invece, rigida - valutazione *a priori* direttamente operata dal legislatore.

Si veda anche sez. I, n. 2443 del 2017 e n. 2279 del 2018 (secondo cui la doverosità della distinzione tra le 'generalì' "autorizzazioni di polizia" (per le quali, ex art. 11 rileva la riabilitazione) e la «licenza di portare armi» - già nettamente disposta dal testo unico del 1931 - è stata ancor più rimarcata dalle successive riforme, che hanno riguardato sia la determinazione delle autorità competenti ad emanare i provvedimenti, sia la stessa disciplina sostanziale. Inoltre, l'attuale sistema penale, nel consentire al giudice del fatto di non disporre la condanna alla pena della reclusione anche per un reato di per sé 'ostativo' al rilascio del titolo di porto d'armi, applicando la sola pena pecuniaria ovvero procedendo ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., ha inciso sull'ambito effettivo di applicazione dell'art. 43, comma 1, del testo unico del 1931.

In definitiva, in presenza di condanne per reati preclusivi, la riabilitazione consente di rilasciare al riabilitato soltanto le autorizzazioni di polizia in generale, mentre non consente di rilasciargli la licenza di porto d'armi; il che significa che il testo unico ha inteso indicare che per i delitti di cui all'art. 43 (tutti assai fortemente indicativi della pericolosità sociale del reo) la preclusione è assoluta (Sez. I, n. 948 del 2018).

A tale impostazione si è contrapposto un diverso orientamento secondo cui la riabilitazione farebbe venir meno il carattere 'ostativo' della condanna. In sostanza occorre esaminare caso per caso la situazione personale dei soggetti interessati al fine di ritenere se sussistano o meno le condizioni per ricorrere *sic et simpliciter* a detto automatismo (sez. VI, n. 986 del 2007; id., sez. III, n. 4630 del 2011, secondo cui in particolari e circostanziati casi si rende necessario procedere ad una concreta prognosi che tenga conto dell'epoca remota della condanna, dei reiterati rinnovi del titolo di polizia, della condotta tenuta successivamente al fatto di reato e a fatti eventualmente sintomatici di attualità della pericolosità sociale, del conseguente legittimo affidamento costituitosi nel tempo, delle intervenute estinzioni del reato e della riabilitazione, del fatto che il diniego si basa sulla riconsiderazione di valutazioni più volte ripetute nel tempo e ritenute ex post erronee; id., sez. III, n. 3842 del 2012, secondo cui occorre mettere a confronto il testo

dell'art. 11 con quello dell'art. 43: il primo prevede alcune fattispecie tipiche come tassativamente ostative del rilascio della licenza di p.s.; il secondo aggiunge altre fattispecie tipiche, estranee all'art. 11. La differenza fra i due articoli consiste nella maggiore ampiezza dell'elenco dei reati ostativi mentre non avrebbe rilevanza il fatto che l'art. 43, a differenza dell'art. 11, non faccia menzione della riabilitazione come evento che fa venir meno il regime di divieto. Al contrario, attribuire rilevanza a questa (apparente) differenza testuale può portare a risultati scarsamente razionali: infatti, dovendosi interpretare l'art. 43 alla lettera, il regime di maggior severità sarebbe limitato ai reati indicati nello stesso art. 43, e non si applicherebbe a fattispecie (in ipotesi, anche molto più gravi) riconducibili solo alla previsione dell'art. 11; id., sez. III, n. 822 del 2013, secondo cui ove fosse consentita alla P.A., sempre e comunque (e, dunque, senza badare all'evoluzione d'ogni singola vicenda), una motivazione di rigetto completamente avulsa dalla realtà attuale e condizionata da condotte risalenti ad un passato ormai remoto e non più riprodotto, la norma sarebbe così, nella sua irragionevolezza, di dubbia legittimità costituzionale.

Ha ancora ricordato il parere che il Tar Toscana, con ordinanza n. 56 del 2018, ha sollevato questione di costituzionalità dell'articolo 43, primo comma, lett. a), r.d. 18 giugno 1931, n. 773 -Tulps, per contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della violazione del principio di ragionevolezza, nella parte in cui prevede un generalizzato divieto di rilasciare il porto d'armi alle persone condannate a pena detentiva per il reato di furto senza consentire alcun apprezzamento discrezionale all'Autorità amministrativa competente. La Corte costituzionale, peraltro, con sentenza n. 109 del 2019, ha ritenuto non fondata tale questione, non trattandosi di disciplina manifestamente irragionevole e dovendosi riconoscere un ampio margine di discrezionalità in capo al legislatore nella regolamentazione dei presupposti in presenza dei quali può essere concessa al privato la licenza di portare armi.

Il parere, infine, alla luce del quadro normativo sopra esposto ha ritenuto di dover respingere il ricorso in quanto le condanne alla reclusione riportate per i delitti di cui all'art. 43, comma 1, Tulps, costituiscono causa automaticamente ostativa al rilascio anche in caso di estinzione del reato e di riabilitazione, a nulla rilevando il lungo tempo trascorso dalla commissione del fatto.

Lo stesso parere ha infine ricordato che l'art. 43 del Tulps è stato recentemente novellato dall'art. 3, comma 1, lett. e), d.lgs. 10 agosto 2018, n. 104, che ha modificato, a decorrere dal 14 settembre 2018, il comma 2 del citato art. 43, che ora dispone: "La licenza può essere riacquisita ai soggetti di cui al primo comma qualora sia intervenuta la riabilitazione, ai condannati per delitto diverso da quelli sopra menzionati e a chi non può provare la sua buona condotta o non dà affidamento di non abusare delle armi".

Con la nuova formulazione il Legislatore, in sostanza, ha previsto una valutazione discrezionale dell'Amministrazione, prima esclusa, appunto nei casi in cui successivamente alla commissione di uno dei reati del primo comma, ritenuti preclusivi al rilascio del porto d'armi, sia intervenuta la riabilitazione.

Questa modifica legislativa, vigente, come detto, dal 14 settembre 2018, non è tuttavia applicabile *ratione temporis* ai provvedimenti emanati sulla base della normativa precedente.

## **7. Contributi e finanziamenti.**

### **7.1. Contributo per crediti deteriorati in Libia e Venezuela.**

Con parere 16 maggio 2019, n. 1449 la Sezione consultiva per gli atti normativi si è pronunciata sullo schema di regolamento, trasmesso dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, sulla presentazione delle istanze per il contributo per crediti deteriorati in Libia e Venezuela.

Il provvedimento è stato predisposto in attuazione dei principi dettati dell'art. 1, comma 268, l. 27 dicembre 2017, n. 205. In particolare, detta norma dispone che "Ai cittadini italiani nonché agli enti e alle società italiane già operanti in Venezuela e in Libia, che alla data in entrata in vigore della presente legge abbiano crediti che abbiano subito svalutazione o che siano divenuti inesigibili a seguito della situazione politico-economica determinatasi in Venezuela dall'anno 2013 e in Libia dall'anno 2011, può essere concesso un contributo a parziale compensazione delle perdite subite, previa ricognizione delle richieste e ripartizione proporzionale delle risorse disponibili. A seguito della liquidazione del contributo, lo Stato subentra, di diritto e in proporzione all'entità del contributo erogato, nella titolarità del credito vantato dagli aventi diritto. A tal fine, è istituito nello stato di previsione del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale un fondo con la dotazione di un milione di euro per l'anno 2018, di 5 milioni di euro per l'anno 2019 e di 10 milioni di euro per l'anno 2020. Con uno o più decreti del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono stabiliti i termini e le modalità per la presentazione al Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale delle istanze dirette al conseguimento del contributo nonché, nel rispetto del limite di spesa, i criteri e le modalità di corresponsione del contributo medesimo".

Conformemente all'art. 1, comma 268, l. n. 205 del 2017, lo schema di regolamento proposto delinea un meccanismo di corresponsione di contributi a parziale compensazione delle perdite subite in favore di cittadini italiani nonché di enti e società italiane già operanti in Venezuela e in Libia che, alla data del primo gennaio 2018 (data di entrata in vigore della l. n. 205 del 2017), vantavano crediti che hanno visto sminuito il loro potere di acquisito per effetto della svalutazione della moneta argentina o che sono divenuti inesigibili a seguito della situazione politico-economica determinatasi in Venezuela dall'anno 2013 e in Libia dall'anno 2011. Il legislatore ha inteso, pertanto, istituire un meccanismo di contributo a parziale compensazione delle perdite subite, previa ricognizione delle richieste e ripartizione proporzionale delle risorse disponibili fissate in un milione di euro per l'anno 2018, 5 milioni di euro per l'anno 2019 e 10 milioni di euro per l'anno 2020.

In considerazione delle competenze tecniche richieste tanto per effettuare le istruttorie sui crediti divenuti inesigibili quanto per le procedure di gestione ed erogazione delle somme, il Ministero ha optato per l'identificazione, nel rispetto della vigente normativa in materia di affidamento di contratti pubblici, di un idoneo soggetto gestore deputato a svolgere tali funzioni.

Nell'esprimere il parere la Sezione ha affermato che lo schema di regolamento necessita di un riesame sotto differenti aspetti al fine di meglio delineare i profili soggettivi, oggettivi e procedurali di attuazione delle indicazioni della norma primaria che, a sua volta, indubbiamente presenta una formulazione carente sotto differenti aspetti.

Ha quindi l'attenzione dell'Amministrazione sul fatto che attraverso i regolamenti le Amministrazioni introducono norme giuridiche, destinate a regolare e incidere su posizioni giuridiche soggettive, sia pure nell'ambito della norma primaria, non in contrasto con essa, e nel solco dei principi e indirizzi ricavabili non solo dalla lettera legge ma anche dalla sua *ratio*, dalla sua *intentio*, dagli scopi espliciti o impliciti della stessa. In particolare, il regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 1, l. 23 agosto 1988, n. 400 esercita, tra gli altri, i compiti di disciplinare: "a) l'esecuzione delle leggi e dei decreti legislativi nonché dei regolamenti comunitari; b) l'attuazione e l'integrazione delle leggi e dei decreti legislativi recanti norme di principio, esclusi quelli relativi a materie riservate alla competenza regionale;". Ha aggiunto la Sezione che è preciso onere del regolamento, pena la sua sostanziale inutilità, di introdurre nell'ordinamento giuridico chiare norme che permettano l'esecuzione e l'attuazione del dettato normativo primario, necessariamente generale ed astratto, nonché, soprattutto e con delicatissima rilevanza, la integrazione della legge nei casi in cui essa indichi i principi ma si presenti ambigua nel comando. Soprattutto tale ultima funzione, proprio nella reticenza o ambiguità della norma primaria, riveste un delicatissimo ruolo e deve essere esercitata dopo un attento esame e comprensione della *ratio*, dell'*intentio*, dei principi generali dell'ordinamento giuridico, dei limiti costituzionali, della compatibilità con l'intero ordinamento giuridico, dei principi sottesi alla norma primaria da integrare. Il mancato esercizio di tale funzione, che normalmente si manifesta nella mera, stanca e inutile ripetizione della norma primaria, rende l'esercizio regolamentare del tutto disutile, perché non apporta novità giuridiche nell'ordinamento giuridico, funzione propria di una fonte normativa come il regolamento.

Ciò posto, nel parere è stato ad esempio osservato che per l'individuazione dei soggetti beneficiari lo schema di regolamento riproduce integralmente il testo della legge facendo riferimento "ai cittadini italiani nonché gli enti e società italiani già operanti in Venezuela e in Libia". E' invece necessario che lo schema di regolamento perimetri in modo chiaro e preciso l'area operativa della norma primaria al fine, cioè, di indicare se i soggetti interessati debbano non solo avere operato in precedenza nel territorio dei menzionati Stati (il che è pacifico) ma anche fossero operanti alla data del primo gennaio 2018 o anche alla data di presentazione della istanza. In particolare, deve essere esplicitato chiaramente che i soggetti interessati sono quelli che operavano prima del verificarsi degli eventi che hanno determinato la svalutazione della moneta ovvero determinato l'insolvenza del debitore. E' di tutta evidenza, invero, al fine di evitare sperequazioni, che soltanto tali soggetti possono vantare il diritto al contributo avendo operato secondo le ordinarie regole del mercato, cioè fissando termini e condizioni di riscossione dei crediti senza possibilità di considerare la svalutazione e/o il rischio di insolvenza dei soggetti debitori non sussistendone i presupposti. Sono irrilevanti, per contro, i crediti maturati successivamente in quanto le persone fisiche, gli enti e le società che hanno stipulato negozi giuridici, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, hanno considerato sia la

particolare situazione economico finanziaria dei due Paesi sia quella politica e, quindi, delle mutate condizioni di mercato con conseguente possibilità di prevedere i maggiori rischi. E' quindi necessario che il regolamento prenda posizione e disciplini chiaramente il momento della insorgenza del credito insoddisfatto nonché il momento in cui si è determinata l'insolvenza o la eccessiva svalutazione che sono i presupposti per il contributo

## **7.2. Misura a favore dei giovani imprenditori nel Mezzogiorno, denominata 'Resto al Sud'.**

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere 16 luglio 2019, n. 2063 sullo schema di regolamento, trasmesso dal Ministero per il Sud, sulle misure a favore dei giovani imprenditori nel Mezzogiorno, denominata 'Resto al Sud'.

La fonte normativa del regolamento è costituita dall'art. 1, commi 14 e 15, d.l. 20 giugno 2017, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla l. 3 agosto 2017, n. 123, recante "Disposizioni urgenti per la crescita economica del Mezzogiorno". L'art. 1, d.l. n. 91 del 2017, rubricato "Misura a favore dei giovani imprenditori nel Mezzogiorno, denominata 'Resto al Sud'", ha introdotto uno strumento di incentivo pubblico al fine di promuovere la costituzione di nuove imprese nelle regioni Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardegna e Sicilia, da parte di giovani imprenditori.

La misura è rivolta ai soggetti di età compresa tra i 18 ed i 35 anni (con l'entrata in vigore della legge di bilancio 2019 tale limite è stato elevato a 45 anni), residenti nelle regioni sopra indicate al momento della presentazione della domanda (o vi trasferiscano la residenza entro un termine breve), che non risultino già titolari di attività di impresa in esercizio al 21 giugno 2017 (data di entrata in vigore del d.l. n. 91 del 2017) e nemmeno beneficiari, nell'ultimo triennio, di altre misure a livello nazionale a favore dell'autoimprenditorialità.

I predetti soggetti possono presentare istanza di accesso alla misura attraverso una piattaforma dedicata sul sito istituzionale dell'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo di impresa S.p.A. - Invitalia, individuata come soggetto gestore della misura, per conto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, amministrazione titolare della misura, con le modalità stabilite da apposita convenzione. La gestione, affidata a Invitalia, ha natura di gestione fuori bilancio ed è assoggettata al controllo della Corte dei conti.

Al soggetto gestore (Invitalia) è affidata l'istruttoria delle richieste di finanziamento, le quali possono essere presentate, fino ad esaurimento delle risorse stanziare, dai soggetti legittimati che siano già costituiti (al momento della presentazione delle domande) o che si costituiscano, come impresa, nelle seguenti forme giuridiche: a) impresa individuale; b) società, ivi incluse le società cooperative. Le società possono essere costituite anche da soci che non abbiano i requisiti anagrafici sopra indicati, alla duplice condizione che la presenza di tali soci nella compagine sociale non sia superiore ad un terzo dei componenti e che detti soci privi dei requisiti non abbiano rapporti di parentela fino al quarto grado con alcuno degli altri soci.

I beneficiari della misura devono mantenere la residenza nelle predette regioni per tutta la durata del finanziamento e le imprese e le società da essi costituite devono avere, per

tutta la durata del finanziamento, sede legale e operativa nelle stesse regioni. Inoltre, al momento dell'accettazione del finanziamento e per tutta la durata del rimborso dello stesso, il beneficiario, a pena di decadenza, non deve risultare titolare di un contratto di lavoro a tempo indeterminato presso un altro soggetto.

Ciascun soggetto beneficiario può ricevere un finanziamento fino a un massimo di 50.000 euro, aumentabile, in determinati casi, fino a un ammontare massimo complessivo di 200.000 euro, ai sensi e nei limiti del regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, e del regolamento (UE) n. 717/2014 della Commissione, del 27 giugno 2014, sulla disciplina degli aiuti *de minimis*.

Gli incentivi sono configurati come segue: a) 35 per cento come contributo a fondo perduto erogato dal soggetto gestore della misura; b) 65 per cento sotto forma di prestito a tasso zero, concesso da istituti di credito, da rimborsare entro otto anni complessivi dalla concessione del finanziamento, di cui i primi due anni di pre-ammortamento. Tale prestito è accompagnato da un contributo in conto interessi, corrisposto dal soggetto gestore della misura agli istituti di credito che hanno accordato il finanziamento, nonché da una garanzia dello Stato attraverso il Fondo centrale di garanzia per le piccole e medie imprese. Le condizioni tipo dei mutui sono state definite da apposita convenzione stipulata tra Invitalia e l'Associazione Bancaria Italiana.

Possono essere finanziate le attività imprenditoriali relative a produzione di beni nei settori dell'artigianato, dell'industria, della pesca e dell'acquacoltura, ovvero relative alla fornitura di servizi, ivi compresi i servizi turistici; fino all'emanazione della legge di bilancio 2019 erano escluse dal finanziamento le attività libero-professionali. Per la copertura finanziaria della misura sono destinate le risorse del Fondo per lo sviluppo e la coesione (programmazione 2014-2020), di cui all'art. 1, comma 6, l. n. 147 del 2013, per un ammontare complessivo non superiore a 1.250 milioni di euro, in 9 anni. Tali risorse sono state attivate con le delibere CIPE n. 74 del 7 agosto 2017 e n. 102 del 22 dicembre 2017.

Il parere, che ha fatto seguito ad un precedente parere interlocutorio, è stato sostanzialmente favorevole.

## **8. Pubblico impiego.**

### **8.1. Regolamento dell'ordinamento giuridico ed economico del personale Anac.**

Con parere 25 febbraio 2019, n. 506 la Sezione consultiva per gli atti normativi ha pronunciato sullo schema di regolamento sull'ordinamento giuridico ed economico del personale Anac.

Giova ricordare che l'art. 19, d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (recante, "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari"), convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, ha disposto la soppressione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Avcp) ed il conseguente trasferimento dei compiti e delle funzioni all'Autorità nazionale anticorruzione (Anac). Ha fatto seguito l'adozione del d.P.C.M. 1° febbraio 2016, con il quale è stato approvato il Piano di riordino presentato, ai sensi dell'art. 19, comma 3, del citato d.l. n. 90, dal Presidente dell'Autorità al Presidente del Consiglio dei Ministri ed è stato disposto il trasferimento del personale in servizio presso la *ex* Civit nel ruolo dell'Anac.

Con il Piano di riordino, l'Autorità si è limitata ad effettuare una ricognizione della disciplina giuridica ed economica applicata al personale dell'*ex* Avcp ed a chiarire che al personale dell'Anac avrebbe continuato a trovare applicazione per la disciplina giuridica il C.c.n.l. della Presidenza del Consiglio dei Ministri e, per quanto applicabile, il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e, per la disciplina economica, il predetto C.c.n.l. integrato con le previsioni stabilite nei contratti integrativi siglati dalle organizzazioni sindacali rappresentative del personale dipendente e dirigente nel 2010 con i vertici dell'*ex* Avcp. Il Piano chiariva, altresì, che la medesima disciplina avrebbe trovato applicazione al personale proveniente dalla *ex* Civit al momento del suo trasferimento nel ruolo, tenuto conto che la sua legge istitutiva non aveva previsto per detto personale una apposita disciplina in quanto personale di ruolo di altra pubblica amministrazione in servizio presso la Civit in posizione di comando.

Ha affermato l'Autorità che il complesso e stratificato quadro normativo sopra descritto sembra essere stato superato dall'approvazione dell'art. 52 *quater*, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, che comporta la gestione di un cambiamento radicale nella disciplina del personale dell'Anac che transita da un regime privatistico ad un regime pubblicistico, rimesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La norma risulta chiara nell'operare un rinvio ai principi di cui alla l. 14 novembre 1995, n. 481 concernente le "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità" che all'art. 2, comma 28, dispone, in particolare, che "Ciascuna Autorità, con propri regolamenti, definisce... le norme concernenti l'organizzazione interna e il funzionamento, la pianta organica del personale di ruolo... l'ordinamento delle carriere, nonché, in base ai criteri fissati dal contratto collettivo di lavoro in vigore per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e tenuto conto delle specifiche esigenze funzionali e organizzative, il trattamento giuridico ed economico del personale".

Per la predisposizione del nuovo Regolamento sull'ordinamento giuridico ed economico del personale, secondo quanto previsto all'art. 52 *quater*, d.l. n. 50 del 2017 ha preso a riferimento il modello attualmente vigente presso l'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato di cui alla l. n. 481 del 1995.

L'Autorità ha sottolineato, nella relazione illustrativa lo schema di regolamento, il radicale mutamento della natura giuridica del rapporto di lavoro dei propri dipendenti "da un regime privatistico a un regime pubblicistico rimesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo". In termini più esatti la questione è nel senso che il rapporto di lavoro della *ex* Avcp e successivamente dell'Anac, ha avuto da sempre natura pubblica, rientrando però nella disciplina dell'art. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, così detto "rapporto contrattualizzato" ma più esattamente definibile come "rapporto di lavoro pubblico in regime di diritto privato". Assume l'Anac che in virtù della nuova disciplina recata dall'art. 52 *quater*, d.l. n. 50 del 2017, e del rinvio ai principi contenuti nella l. n. 481, tale rapporto è adesso ricompreso nell'art. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, tra quelli così detti "non contrattualizzati" ma più esattamente definibili come rapporti di "lavoro pubblico in regime di diritto pubblico".

Ha affermato il parere che le disposizioni elaborate dall’Autorità nazionale anticorruzione prevedendo quale modello il regolamento dell’ordinamento giuridico ed economico della Agcm appaiono coerenti con le norme richiamate, risultando altresì coerenti gli scostamenti da quel modello sulla base delle esigenze funzionali dell’Anac, alla stregua delle motivazioni dalla stessa esposte.

## **8.2. *Spoils system* del direttore dell’Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali.**

Con parere n. 2925 del 21 novembre 2019 la Sezione prima ha risposto al quesito rivolto dal Ministero della salute in ordine all’interpretazione dell’art. 2, comma 160, d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, in relazione all’incarico di Direttore generale dell’Agenzia per i servizi sanitari regionali (Agenas).

Nella richiesta di parere, il Ministero ha riferito che l’Agenzia per i servizi sanitari regionali è stata istituita dall’art. 5, d.lgs. 30 giugno 1993, n. 266, con compiti di “supporto delle attività regionali di valutazione comparativa dei costi e del rendimento dei servizi resi ai cittadini e di segnalazione di disfunzione e sprechi nelle gestioni delle risorse pubbliche e materiali e nelle forniture, di trasferimento dell’innovazione delle sperimentazioni in materia sanitaria”. L’Agenzia, sulla base dell’art. 2, comma 357, l. 24 dicembre 2007, n. 244, ha natura di organo tecnico- scientifico del Servizio sanitario nazionale; l’art. 2 dello Statuto Agenas, poi, qualifica espressamente l’Agenzia quale ente pubblico non economico di rilievo nazionale. L’art. 2, comma 160, d.l. n. 262 del 2006, ha esteso ai direttori delle Agenzie, ivi comprese le Agenzie fiscali, le disposizioni sulla cessazione dell’incarico decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo (c.d. *spoils system*), prevedendo testualmente: “Le disposizioni di cui all’art.19, comma 8, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dal comma 159 del presente articolo, si applicano anche ai direttori delle Agenzie, incluse le Agenzie fiscali”. L’art. 19, comma 8, d.lgs. n. 165 del 2001, dal canto suo statuisce che “gli incarichi di funzione dirigenziale di cui al comma 3 cessano decorsi 90 giorni dal voto sulla fiducia al Governo”.

Prima di rispondere ai quesiti il parere ha ricordato le origini del c.d. “*spoils system*”. Completato il processo di privatizzazione, il legislatore ha voluto rafforzare il rapporto fiduciario tra il Governo e le più elevate figure dirigenziali attraverso il sistema denominato *spoils system*. Ai sensi dell’art. 19, comma 8, d.lgs. n. 165 del 2001 gli incarichi di funzione dirigenziale di cui all’art. 19, comma 3, cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo; il comma 3 disciplina “gli incarichi di Segretario generale di ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente”, stabilendo che sono conferiti con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, a dirigenti della prima fascia dei ruoli di cui all’art. 23 o, con contratto a tempo determinato, a persone in possesso delle specifiche qualità professionali e nelle percentuali previste dal comma 6. Tale meccanismo è stato esteso anche ad altre figure apicali, come i direttori di Agenzie. Ed invero, per un verso, l’art. 8, comma 3, d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 stabilisce che “l’incarico di direttore generale dell’agenzia viene conferito in conformità alle disposizioni dettate dal precedente art. 5 del presente decreto per il conferimento dell’incarico di capo del dipartimento”; sotto



altro aspetto, l'art. 2, comma 160, d.l. n. 262 del 2006, come già ricordato, prevede che "le disposizioni di cui all'art. 19, comma 8, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dal comma 159 del presente articolo, si applicano anche ai direttori delle Agenzie, incluse le Agenzie fiscali".

Il processo di privatizzazione del rapporto di impiego pubblico rinviene dunque uno dei propri fondamenti costitutivi nella distinzione tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, riservate agli organi di governo, e le attività dirigenziali intese all'attuazione imparziale degli obiettivi e dei programmi individuati a livello apicale. Tale sistema di differenziazione funzionale – enucleabile a partire dalla lettura congiunta degli artt. 95, 97 e 98 Cost. ed espressamente delineato dall'art. 4, d.lgs. n. 165 del 2001 – deve essere coordinato però con le misure di cessazione anticipata degli incarichi dirigenziali in occasione del rinnovo delle cariche di governo.

La Sezione ha quindi affermato che l'art. 2, comma 160, d.l. n. 262 del 2006 è applicabile al direttore generale di Agenas. Conseguentemente anche per tale figura viene in rilievo il meccanismo del c.d. *spoils system*. La conclusione ora raggiunta trova conferma nel combinato disposto dell'art. 2, comma 160, cit., e dell'art. 19, comma 8, d.lgs. n. 165 del 2001. Quest'ultima disposizione, infatti, prevede che "gli incarichi di funzione dirigenziale di cui al comma 3", cioè "gli incarichi di Segretario generale di ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente", cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo, mentre la prima (art. 2, comma 160) stabilisce che le norme da ultimo richiamate "si applicano anche ai direttori delle Agenzie, incluse le Agenzie fiscali".

Anche il dato sistematico converge in tale direzione. Ed invero, l'art. 8, comma 3, d.lgs. n. 300 del 1999 dispone che "l'incarico di direttore generale dell'agenzia viene conferito in conformità alle disposizioni" sul "conferimento dell'incarico di capo del dipartimento", soggetto quest'ultimo che, come è noto, è sottoposto alla disciplina dello *spoils system* proprio in virtù del più volte richiamato art. 19, comma 8, d.lgs. n. 165 del 2001. Tale conclusione sembra avvalorata, inoltre, dalla ricostruzione "storica" della successione delle norme di legge: l'art. 2, comma 162, d.l. n. 262 del 2006, infatti, ha abrogato "il comma 309 dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 2005, n. 266"; il comma abrogato disponeva che "al fine di assicurare, con carattere di continuità, la realizzazione del programma di attività, connesso allo specifico piano di lavoro finalizzato allo svolgimento dei compiti per la riduzione delle liste di attesa, agli organi dell'Agenzia, di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 115, e successive modificazioni, non si applica, limitatamente agli anni 2006, 2007 e 2008, l'articolo 6, comma 1, della legge 15 luglio 2002, n. 145". Il predetto comma 162 aggiunge poi che "in via transitoria, le nomine degli organi dell'Agenzia per i servizi sanitari regionali, di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 115, e successive modificazioni, cessano ove non confermate entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto".

Sulla base di tale ricostruzione la Sezione ha ritenuto che non ci sia dubbio circa la vigenza delle norme in questione e la soggezione del direttore generale al meccanismo dello *spoils system*.

Tuttavia la Sezione ha ritenuto di doversi fare carico di ulteriori considerazioni.

Nelle disposizioni in esame vi sono alcuni profili che portano a dubitare della legittimità costituzionale delle norme oggetto del quesito con possibili ripercussioni sull'azione amministrativa.

Richiamati i principi affermati dalla Corte costituzionale occorre infatti considerare che: a) l'Agenzia ha anche un ruolo tecnico sia alla luce di quanto disposto dall'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 266 del 1993 sia in considerazione del chiaro disposto dell'art. 2, comma 357, l. n. 244 del 2007 (“organo tecnico-scientifico del Servizio sanitario nazionale, che svolge attività di ricerca e di supporto nei confronti del Ministro della salute, delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano”); da questo emerge che le funzioni dell'Agenzia non possono essere ricondotte integralmente all'ambito della “diretta collaborazione” oppure alle funzioni svolte da “figure apicali, per le quali risulti decisiva la personale adesione agli orientamenti politici dell'organo nominante” (Corte cost. n. 23 del 2019), ipotesi queste che giustificano l'applicazione dello *spoils system*; b) Agenas ha inoltre compiti di supporto delle attività regionali (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 266 del 1993), pur essendo vigilata dal Ministero della salute; questo aspetto rende meno immediato e forte il collegamento col Ministro della salute con conseguente dubbio circa i presupposti costituzionali di applicazione dello *spoils system*; c) fermo restando che, sotto un profilo giuridico, occorre distinguere le funzioni di Agenas dai compiti del suo direttore generale, le modalità di nomina del predetto direttore generale prevedono il decreto del Ministro della salute, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome, tra esperti di riconosciuta competenza in diritto sanitario, in organizzazione, programmazione, gestione e finanziamento del servizio sanitario, anche estranei all'amministrazione (art. 2 *ter*, d.lgs. n. 115 del 1998); si configura così un procedimento di nomina differente da quello previsto per le figure indicate dall'art. 19, comma 3, d.lgs. n. 165 del 2001 con conseguente allentamento del vincolo/rapporto fiduciario col ministro; sotto tale ultimo profilo, va considerato anche quanto stabilito dall'art. 10, comma 4, lett. b) a tenore del quale il direttore “esegue, tenendone informato il Presidente, ogni altro compito attribuito dal Consiglio di amministrazione” con ciò venendo in rilievo l'esistenza di una relazione ‘privilegiata’ con il consiglio di amministrazione di Agenas.

Emerge in definitiva la differente posizione del direttore generale di Agenas rispetto a tutte quelle figure cui fisiologicamente deve applicarsi il meccanismo dello *spoils system*, con conseguente dubbio di compatibilità della norma tuttora in vigore con gli artt. 95, 97 e 98 Cost..

### **8.3. Limite di età per entrare nei ruoli del Corpo nazionale dei vigili del fuoco.**

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere n. 2231 del 7 agosto 2019 sullo schema di regolamento recante norme per l'individuazione dei limiti di età per l'ammissione ai concorsi pubblici e alle procedure selettive di accesso ai ruoli del personale del Corpo nazionale dei vigili del fuoco.

Ha ricordato che con decreto del Ministro dell'interno 8 ottobre 2012, n. 197 (Regolamento recante norme per l'individuazione dei limiti di età per l'ammissione ai concorsi pubblici di accesso ai ruoli del personale del Corpo nazionale dei vigili del fuoco. Articoli 5, 22, 41, 53, 62, 88, 98, 109, 119 e 126 del decreto legislativo 13 ottobre 2005, n. 217),

in deroga al principio sull'eliminazione dei limiti di età per partecipare ai concorsi pubblici, sono stati individuati specifici limiti di età per l'accesso al Corpo in considerazione della natura dell'attività che i vigili del fuoco sono chiamati a svolgere e dei relativi rischi, che richiedono adeguati requisiti psicofisici e di professionalità che devono essere maturati in un periodo non avanzato della vita lavorativa.

Con le modifiche introdotte al d.lgs. n. 217 del 2005 dal d.lgs. 29 maggio 2017, n. 97 e dal d.lgs. 6 ottobre 2018, n. 127, "è stata ribadita - con il richiamo al regolamento di cui all'articolo 3 della suddetta l. 15 maggio 1997, n. 127 - la necessità che siano individuati precisi limiti di età per la partecipazione ai concorsi pubblici di accesso ai ruoli del personale del Corpo nazionale". In particolare, l'Amministrazione ritiene necessaria l'adozione dello schema di regolamento in esame, al fine di un abbassamento del limite massimo di età per la partecipazione ai concorsi per vigili del fuoco, in ragione delle modifiche introdotte con i citati decreti legislativi, con riguardo alle procedure concorsuali e selettive per l'accesso ai vari ruoli del personale e, in generale, all'assetto organizzativo, strutturale e funzionale del Corpo nazionale, con mutamento di ruoli, qualifiche e percorsi di carriera.

In particolare, sono previsti a) 26 anni (rispetto agli attuali 30) nel concorso per l'accesso alla qualifica di vigile del fuoco; b) 30 anni (come attualmente previsto) nel concorso per l'accesso alla qualifica di ispettore antincendi, salvo che non si tratti di personale interno al Corpo nazionale per il quale è previsto l'esonero da tale limite di età ai sensi dell'art. 19, comma 2, del decreto legislativo n. 217 del 2005; c) 45 anni (come attualmente previsto) nelle procedure selettive e nei concorsi per l'accesso ai ruoli tecnico-professionali; d) 45 anni nei concorsi per l'accesso ai ruoli della banda musicale del Corpo nazionale; e) 30 anni nei concorsi per l'accesso al ruolo degli atleti del gruppo sportivo Fiamme rosse del Corpo nazionale, fermo restando per particolari discipline sportive il limite massimo fissato in 35 anni. Per l'ammissione ai concorsi pubblici per l'accesso ai ruoli del personale direttivo e dirigente del Corpo nazionale sono previsti: a) 35 anni (come attualmente previsto) nel concorso a vice direttore; b) 45 anni (come attualmente previsto) nei concorsi di accesso ai ruoli tecnico-professionali.

Il parere ha giudicato i limiti di età individuati dall'Amministrazione nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica ragionevoli e proporzionate agli obiettivi indicati dall'Amministrazione stessa.

#### **8.4. Scatti di stipendio ai fini di pensione al personale della carriera prefettizia e dirigenziale del Ministero dell'interno.**

Con parere n. 1906 del 27 giugno 2019 la sez. I ha dato riscontro al quesito posto dal Ministero dell'interno in ordine al beneficio consistente nell'applicazione di sei scatti di stipendio ai fini di pensione al personale della carriera prefettizia e dirigenziale dello stesso Dicastero.

Al fine di inquadrare la richiesta di parere giova premettere che il beneficio dei sei scatti stipendiali è stato introdotto dall'art. 13, l. 10 dicembre 1973, n. 804, che aveva come destinatario originario il solo personale della dirigenza militare (generali e colonnelli), nei casi di cessazione del servizio per limiti di età. Consiste nell'attribuzione, ai fini del

trattamento di quiescenza e dell'indennità di buonuscita, di sei aumenti periodici, in aggiunta a qualsiasi altro beneficio spettante, calcolati sull'ultimo stipendio percepito e sommati alla base pensionabile. Come evidenziato dallo stesso Ministero, la norma trova fondamento nel limite di età previsto per la cessazione del servizio di detto personale che è inferiore a quello stabilito per gli altri dipendenti pubblici.

In linea con la progressiva omogeneizzazione dei trattamenti economici degli addetti al comparto sicurezza, il beneficio è stato successivamente esteso al restante personale delle Forze Armate con la l. 20 novembre 1987, n. 472 e al personale appartenente alle qualifiche dirigenziali di ruolo del Ministero dell'interno, con d.l. 21 settembre 1987, n. 387. Con d.lgs. 30 aprile 1997, n. 165 è stato stabilito che, a decorrere dal 1° gennaio 1998, a tutto il personale destinatario del beneficio, all'atto della cessazione dal servizio per qualunque causa determinata, venga applicato un sistema di finanziamento differenziato in funzione del regime di liquidazione della prestazione pensionistica. Dalla predetta data, pertanto, l'assoggettamento del beneficio all'obbligo contributivo previdenziale è previsto solo ai fini del trattamento di quiescenza mentre l'indennità di buonuscita rimane a carico della fiscalità generale. Con d.lgs. 19 maggio 2000, n. 139 è stato riformato il rapporto di impiego della carriera prefettizia e il d.P.R. n. 316 del 2001 di recepimento dell'accordo sindacale per il personale della carriera prefettizia ha stabilito la disapplicazione del beneficio. L'Amministrazione dell'Interno ha continuato ad applicare detto beneficio, con l'avallo dell'I.n.p.d.a.p (la cui competenza previdenziale è passata, dal 2012, all'I.n.p.s.).

Alla luce della complessità di questa materia e del mutato quadro normativo, il Ministero dell'Interno ha a suo tempo richiesto il parere di questo Consiglio in relazione all'operatività dell'istituto al personale della carriera prefettizia, a fronte della riforma del rapporto di impiego della carriera prefettizia medesima (d.lgs. n. 139 del 2000). Il Consiglio di Stato ha emesso il parere 12 giugno 2013, n. 3826, con cui ha confermato in quell'occasione, l'applicabilità della normativa al personale della carriera prefettizia, anche a seguito della riforma del relativo rapporto di impiego.

In epoca posteriore, accertamenti svolti sulle posizioni contributive dei dipendenti destinatari hanno fatto emergere il mancato versamento dei contributi, da versarsi obbligatoriamente a partire dal 1° gennaio 1998. È così risultata una situazione debitoria nei confronti dell'I.n.p.s. per un ammontare pari ad € 54.576.015,71, comprensiva sia della quota a carico dell'Amministrazione che di quella a carico del dipendente. L'Amministrazione, ha pertanto dovuto reperire dal Ministero dell'Economia e delle Finanze le risorse necessarie e concordare con l'I.n.p.s. il programma di recupero, così provvedendo a ripianare il debito entro il 31 dicembre 2018, attraverso il versamento dell'intero ammontare, comprensivo dei due importi summenzionati, anche allo scopo di evitare regimi contributivi ben più onerosi. L'Amministrazione, dopo aver provveduto al pagamento di quanto dovuto, ha inviato note di recupero delle contribuzioni a carico dei dipendenti in servizio e in quiescenza.

Ha chiarito il parere che l'istituto previdenziale dei c.d. sei scatti stipendiali era stato introdotto dalla l. n. 804 del 1973 per i soli generali e colonnelli nei casi di cessazione del servizio per limiti di età. Poiché i destinatari originari erano soggetti i cui limiti di età per la cessazione del servizio sono inferiori rispetto a quelli previsti per altri dipendenti

pubblici, la *ratio* dell'istituto andava evidentemente ravvisata nella opportunità di riconoscere loro un aumento periodico di stipendio in ragione della precoce cessazione del servizio.

Con l'art. 1, comma 15 *bis*, l. 16 settembre 1987, n. 379 il legislatore ha ampliato i beneficiari dell'istituto.

Ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale la Sezione ha ricordato che ai sensi dell'art. 23, comma 1 della l. 4 aprile 1952, n. 218, l'inesatto adempimento dell'obbligazione contributiva graverebbe il datore di lavoro del versamento sia della propria quota, sia di quella a carico del lavoratore. La Sezione ha quindi escluso che il personale dirigenziale del Ministero dell'Interno possa essere convenuto in rivalsa dall'Amministrazione per il pagamento dei contributi connessi all'erogazione dei cosiddetti "sei scatti periodici dello stipendio a fini pensionistici". La compatibilità con il sistema della responsabilità civile di siffatta disciplina sanzionatoria risulta inoltre confermata dai recenti indirizzi interpretativi intesi ad assegnare alla misura risarcitoria funzioni punitive o general-preventive (Cass. civ., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601). Poiché le obbligazioni datoriali concernenti la tutela previdenziale del lavoratore dipendente non rinvergono la propria fonte nel rapporto di lavoro, ma in uno status espressamente riconosciuto dalla legge ed assistito dall'indisponibilità e irrinunciabilità dei relativi diritti, la Sezione ha escluso la legittimità di un'eventuale rinuncia al suddetto beneficio dei sei scatti stipendiali e dell'esonero dal versamento del corrispondente contributo.

## **9. Pubblica istruzione.**

### **9.1. Trasformazione delle Università private in società di capitali.**

Con parere 14 maggio 2019, n. 1433 la Sezione consultiva per gli atti normativi ha pronunciato sul quesito riguardante la forma giuridica che le libere università private, riconosciute e autorizzate al rilascio di titoli aventi valore legale, possano assumere per l'espletamento dei loro compiti.

La Sezione ha preliminarmente ribadito quanto già a suo tempo ritenuto (parere Consiglio di Stato, Commissione speciale, n. 2427 del 26 ottobre 2018) sulla natura giuridica privata delle Università Private e sul loro collocamento sul mercato nel settore della istruzione e formazione, sia pure nell'alta considerazione che della istruzione universitaria nutre il Legislatore.

Ha osservato la Sezione che al pari delle Università pubbliche, "l'attività di ricerca e formativa delle libere Università private, che ha una connotazione oggettiva di imprenditorialità e che tende sempre più a svolgersi nell'ambito di un mercato concorrenziale, impone l'esigenza, legittima e ragionevole, di poter attrarre capitali di investimento, per potenziare e migliorare l'offerta formativa e di servizi nella sua complessità, ed è possibile attrarre capitali solo se, tramite la redistribuzione degli utili, si può offrire una giusta remunerazione al rischio degli investitori". Ha quindi concluso per la inesistenza, nell'ordinamento giuridico, di una qualsiasi norma che espressamente o implicitamente vieti la costituzione o trasformazione delle Università private in forma di società di capitali, come pure ha escluso che tale forma sia impedita dalla applicazione dei principi generali e delle caratteristiche specifiche dell'ordinamento e della funzione universitarie italiane.

Ha affermato la Sezione che anche talune limitazioni o prescrizioni che potrebbero apparire invasive della libertà dei soggetti privati (come ad esempio il potere ministeriale di estinzione, etc.) non costituiscono motivo sufficiente per ritenere che il Legislatore abbia voluto escludere la forma di società di capitali per creare una sorta di nuova forma ibrida di incerta definizione e delimitazione. Per altro, ha osservato la Sezione, penetranti poteri pubblici sono previsti nel nostro ordinamento a carico di soggetti privati i quali svolgano compiti puramente di mercato ma che rivestano al contempo un interesse pubblico, quali le imprese bancarie e creditizie, gli intermediari del risparmio e del credito, le assicurazioni, ma anche le stesse fondazioni private previste dal libro I del codice civile.

La Sezione, nel contempo, ha invitato l'amministrazione a farsi promotrice di un riordino legislativo che tenga conto, e se del caso armonizzi, l'indiscutibile diritto delle università private di assumere la forma societaria.

## **9.2. Graduatorie ad esaurimento.**

La sez. I, con parere n. 1052 del 4 aprile 2019 ha risposto al quesito, posto dal Ministero dell'istruzione, in ordine all'esatto significato da attribuire alla disposizione di cui all'art. 1, comma 105, l. 13 luglio 2015, n. 107, laddove prevede la perdita di efficacia a fini assunzionali delle graduatorie ad esaurimento nelle quali non figurino nominativi ulteriori ("se esaurite"). E' evidente, infatti, che ove se ne circoscriva la valenza al solo ambito provinciale, in relazione al quale, peraltro, sono destinate ad operare, la ridetta cessazione di efficacia si produrrebbe anche in presenza di iscritti per la medesima classe di concorso nelle graduatorie di altre Province. Ciò consentirebbe, secondo la prospettata tesi ministeriale, un maggior numero di immissioni in ruolo dei vincitori e degli idonei nelle procedure concorsuali nel frattempo bandite ed espletate. In sintesi, ciò che si chiede è se prima di poter dichiarare l'avvenuto esaurimento della GAE per una specifica classe di concorso debba tenersi conto dei soggetti potenzialmente interessati ad accedervi mediante trasferimento da un'altra GAE, in un'accezione unitaria delle stesse sul territorio nazionale, ancorché articolate per Province.

La Sezione ha ritenuto che dal complessivo quadro normativo in materia di graduatorie ad esaurimento possa desumersi la necessità di addivenire al totale esaurimento delle stesse, non ostacolando in alcun modo i previsti trasferimenti. Ciò implica che le statuizioni del comma 105 dell'art. 1, l. n. 107 del 2015, debbano essere lette, coerentemente con la sistematica della norma e con la sua genesi, in senso conforme a quanto già effettuato con il provvedimento ricognitivo del 2016, avuto cioè riguardo alle GAE a livello nazionale.

Laddove dunque il Ministero, alla luce della proroga dell'aggiornamento effettuato con il d.m. 1° aprile 2014, n. 235, intenda effettuare formalmente una nuova ricognizione, si ritiene opportuno che si attenga al medesimo criterio, sostanzialmente implementando l'elenco allegato al decreto precedente con l'indicazione delle nuove classi di concorso per le quali risultino esaurite medio tempore le graduatorie per tutte le province. Tale dato, tuttavia, risulterà utile ai fini della programmazione delle assunzioni, non ponendosi più la necessità di rispettare il contingentamento in termini percentuali delle stesse

a favore degli nelle GAE per le classi di concorso in relazione alle quali la loro efficacia sia definitivamente cessata.

Nel dettare le regole per l'aggiornamento delle GAE, il Ministero non potrà che attecnersi, ha ritenuto la Sezione, alle indicazioni desumibili dalla norma primaria di riferimento, ovvero in particolare l'art. 1, d.l. n. 97 del 2004, avuto riguardo sia alla possibile richiesta di reinserimento (comma 1 *bis*, inserito dal d.l. n. 70 del 2011), sia a quella di trasferimento (comma 4, che recepisce i criteri di inserimento "a pettine" suggeriti dalla richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 41 del 2011), così come del resto avvenuto in occasione degli aggiornamenti precedenti.

Quanto detto stante che l'esatta accezione da attribuire alla dizione "posti resisi disponibili" nel triennio di vigenza della graduatoria di merito, questa sì determinante ai fini dell'utilizzo delle graduatorie dei concorsi, non può che scaturire dalla lettura delle chiare disposizioni normative in merito, che collocano la ripartizione dei posti nella fase prodromica della programmazione e non in quella della successiva gestione, fintantoché le graduatorie ad esaurimento non abbiano perso efficacia per la classe di concorso di interesse su scala nazionale, essendo stati "assorbiti" tutti gli iscritti.

## **10. Militari.**

### **10.1. Revisione dei ruoli delle Forze di polizia.**

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere 14 novembre 2019, n. 2862 sullo schema di disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 29 maggio 2017, n. 95, già modificato con d.lgs. 5 ottobre 2018, n. 126, in materia di ruoli delle Forze di polizia.

Ha chiarito il parere che l'intervento regolatorio, risponde, secondo quanto esposto nella relazione illustrativa, all'esigenza di incrementare la funzionalità complessiva dell'organizzazione delle Forze di polizia, nonché a quella di ampliare le opportunità di progressione in carriera del suddetto personale e valorizzarne la professionalità, introducendo previsioni ordinamentali di carattere sistemico, nonché disposizioni che mirano a risolvere una serie di criticità emerse nell'applicazione delle normative in materia ed a migliorare la formulazione dei vigenti provvedimenti legislativi.

L'esercizio della facoltà si rende indispensabile e urgente, ad avviso dell'Amministrazione referente, al fine di introdurre disposizioni integrative e correttive "ulteriori" rispetto a quelle già introdotte con il d.lgs. 5 ottobre 2018, n. 126, che consentano di migliorare il d.lgs. n. 95 del 2017 e superare talune discrasie, incertezze e criticità emerse durante la fase applicativa del decreto di riordino delle carriere delle Forze di Polizia.

La Sezione ha chiarito che nel testo sono apportate numerosissime integrazioni e correzioni al d.lgs. n. 95 del 2017.

Tale modalità di normazione - come è stato già rilevato nei pareri emessi dalla Commissione speciale il 12 aprile 2017 e dalla Sezione consultiva per gli atti normativi nel parere emesso nell'adunanza del 6 settembre 2018 - oltre a rendere non agevole la lettura del provvedimento, lascia inalterata la frammentarietà e la stratificazione del complesso di disposizioni che disciplinano l'ordinamento delle Forze di polizia. Secondo quanto sottolineato in quei pareri, tale modalità, seppure comprensibile, non appare del tutto in linea con gli obiettivi di *better regulation* e di semplificazione che costituiscono principi informativi della delega, atteso che quest'ultima "è inserita in una legge di più ampio

respiro, dedicata ad una profonda riforma della pubblica amministrazione, di cui la qualità della regolazione costituisce un aspetto fondamentale per la competitività del Paese, per l'effettività dei diritti fondamentali dei cittadini, per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni e per l'andamento dei conti pubblici" (Cons. St., Comm. spec., 26 aprile 2016, n. 968).

Il parere è stato reso in senso favorevole con osservazioni.

E' stato, ad esempio, rilevato che nei documenti forniti a corredo del testo manca la pur necessaria illustrazione di sintesi delle linee direttrici fondamentali che hanno orientato il complessivo intervento. La relazione illustrativa, in particolare, si riduce ad una parafrasi atomistica delle singole disposizioni di novella, nella loro successione numerica, ed è carente dell'indispensabile parte generale di sintesi capace di rendere percepibile e comprensibile il disegno razionale d'insieme che dovrebbe essere sotteso alla nuova novella della riforma del 2017, già corretta e integrata con un successivo intervento normativo del 2018.

## **10.2. Servizio dell'Amministrazione di Pubblica sicurezza.**

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere 15 maggio 2019, n. 1435 sulla modifica al Titolo IX del regolamento di servizio dell'Amministrazione della pubblica sicurezza di cui al d.P.R. 28 ottobre 1985, n. 782.

E' stato chiarito che lo schema di decreto in esame si colloca nell'ambito delle recenti disposizioni integrative e correttive in materia di riordino e di revisione dei ruoli delle Forze di Polizia (d.lgs. 5 ottobre 2018, n. 126), che hanno previsto, per il personale della Polizia di Stato che espleta funzioni di polizia, anche un ampliamento dei presupposti sostanziali richiesti per il conferimento della "promozione per merito straordinario". L'art. 75 *ter*, d.P.R. 24 aprile 1982, n. 335, anch'esso introdotto in sede di correttivo, ha peraltro previsto che si armonizzasse con tali nuovi criteri l'intera disciplina delle misure premiali. Si intende realizzare, come riferito dall'Amministrazione, un sistema volto a chiarire che, anche con riferimento alle misure premiali, sono suscettibili di assumere rilievo i meriti acquisiti lungo l'intero spettro dei compiti istituzionali demandati al personale della Polizia di Stato, con una opzione coerente con il ruolo che la Polizia assolve nel sistema dell'Amministrazione della Pubblica Sicurezza. Ed invero il tratto distintivo della Polizia di Stato risiede nel fatto che essa è l'unica forza di Polizia ad esprimere le autorità di p.s., cui è affidata la *governance* tecnico-operativa del complesso dei compiti di prevenzione e contrasto dei reati e dei fenomeni di illegalità. Ciò implica che il personale della Polizia di Stato è chiamato a svolgere attività complesse di primaria importanza anche su versanti diversi da quelli squisitamente operativi.

In linea generale, l'intervento normativo prospettato segue tre distinte direttrici.

Interviene sulle norme del regolamento sostituendo, riscrivendoli, gli artt. da 66 a 75 e specificando, in particolare, la nuova disciplina dei presupposti per la concessione delle diverse tipologie di misure premiali. Aggiorna le norme procedurali per la concessione delle ricompense rimettendo a due organi collegiali di nuova istituzione competenze diversificate nel procedimento di conferimento delle misure premiali. Realizza infine una semplificazione normativa, riconducendo in un unico Capo (Capo I) l'intera



disciplina sostanziale e procedimentale della materia aggiornandone la rubrica ed abrogando, dalla data di entrata in vigore del nuovo regolamento, le previsioni del Capo II, oggi contenente le suddette disposizioni procedurali.

Il parere è stato reso in senso favorevole con osservazioni.

## **11. Professioni e mestieri.**

### **11.1. Elenco dei revisori dei conti degli enti locali.**

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere 18 ottobre 2019, n. 2636 parere del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento, che modifica il vigente decreto del Ministro dell'interno 15 febbraio 2012, n. 23, recante il Regolamento adottato in attuazione dell'art. 16, comma 25, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148 (recante "Istituzione dell'elenco dei revisori dei conti degli enti locali e modalità di scelta dell'organo di revisione economico-finanziario").

Ha chiarito il Ministero che lo schema di regolamento modificativo si ripropone di fornire una "efficace risposta alle esigenze progressivamente emerse nell'esperienza di questi anni, al fine di introdurre, nel regolamento n. 23 del 2012, calibrati interventi di adeguamento, per far fronte alle criticità applicative finora riscontrate", al fine altresì di "adeguare la disciplina regolamentare in esame all'intervenuto superamento del periodo transitorio di cui all'art. 9, nonché alle sopraggiunte evoluzioni del quadro normativo di riferimento" (il Ministero richiama, in particolare, in proposito, l'istituzione delle Città metropolitane, la soppressione della Scuola Superiore dell'Amministrazione dell'Interno, l'avvenuta istituzione del Registro dei revisori di cui al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, la riforma della disciplina dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, la riforma del codice dell'amministrazione digitale di cui al d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, la riforma del codice per la protezione dei dati personali di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 169).

Nella relazione illustrativa il Ministero evidenzia le principali novità che verrebbero introdotte nel d.m. n. 23 del 2012 con lo schema di regolamento: a) l'innalzamento dei requisiti necessari per assumere l'incarico di revisore dei conti negli enti minori (e dunque per i soggetti da inserire nella fascia iniziale, la n. 1), con l'aumento da dieci a venti dei previsti crediti formativi e l'introduzione del requisito di una preliminare qualificazione professionale consistente nell'aver prestato presso un ente locale, per almeno diciotto mesi, un incarico di collaborazione *ex* art. 239, comma 4, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, o di responsabile del servizio finanziario, ovvero per almeno tre anni un incarico di revisore (tale innalzamento della soglia idoneativa per questa casistica è giustificata dal Ministero con la necessità di garantire il possesso di un più elevato profilo formativo e professionale dei soggetti destinati allo svolgimento delle funzioni di revisione contabile nei piccoli Comuni in veste monocratica, con obbiettiva, maggiore esposizione); b) l'istituzione di un'apposita fascia dell'elenco, la n. 4), per i Comuni con popolazione almeno pari a 50.000 abitanti, le Province e le Città metropolitane, con la previsione di specifici requisiti, formativi e professionali, appositamente differenziati rispetto a quelli delle altre fasce, ovvero: essere iscritti da almeno dieci anni nel registro dei revisori o nell'albo dei commercialisti; aver svolto almeno tre incarichi revisionali di durata non

inferiore a tre anni ciascuno, di cui almeno uno in enti della fascia n. 3); aver conseguito almeno dieci crediti formativi (e ciò al fine di assicurare che l'incarico di revisore dei conti negli enti locali di maggiori dimensioni, demografiche e territoriali, venga conferito a soggetti in possesso di una professionalità accresciuta, adeguata ai contesti organizzativi di maggiore complessità, idonea quindi a consentire l'efficace svolgimento dei compiti di vigilanza e di controllo, nel quadro di un più efficace presidio della sana e regolare gestione economico-finanziaria); c) la previsione, nel nuovo comma 5 dell'art. 3 del regolamento, del potere ministeriale di organizzare corsi e seminari in materia di contabilità pubblica e gestione economica e finanziaria degli enti locali, che consentano il conseguimento del requisito riferito al numero di crediti formativi annuali previsti dal regolamento stesso; previsione che per tali finalità il Ministero può avvalersi, a titolo gratuito, dell'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili (e ciò al fine di garantire un'efficace "formazione continua" dei revisori nelle materie della contabilità, finanziaria ed economica, al fine dell'aggiornamento professionale).

La Sezione ha reso parere favorevole con prescrizioni e condizioni.

Ha tra l'altro chiarito che lo schema di decreto presentato dal Ministero dell'interno si ripropone di apportare talune modifiche al testo vigente al dichiarato fine di dare una "efficace risposta alle esigenze progressivamente emerse nell'esperienza di questi anni . . . per far fronte alle criticità applicative finora riscontrate", e di "adeguare la disciplina regolamentare in esame all'intervenuto superamento del periodo transitorio di cui all'art. 9, nonché alle sopraggiunte evoluzioni del quadro normativo di riferimento", modifiche che incidono in particolare sui requisiti di specifica qualificazione professionale in materia di contabilità pubblica e gestione economica e finanziaria degli enti pubblici territoriali, richiesti per l'iscrizione nell'elenco in forza della lettera c) del comma 25 dell'art. 16, d.l. n. 138 del 2011.

Non è peraltro intervenuta alcuna nuova norma primaria che abbia rinnovato la delega di potere regolamentare al Ministro dell'interno, nello schema dell'art. 17, comma 3, l. n. 400 del 1988, per un aggiornamento o, comunque, una modifica del d.m. del 2012.

Si pone dunque la questione dei limiti dell'autonomo potere normativo regolamentare ministeriale, ex art. 17, comma 3, l. n. 400 del 1988, di reiterare, sulla base di una valutazione politico-discrezionale del Ministro, il potere regolamentare già compiutamente esercitato in base alla norma primaria attributiva di tale potere, in mancanza di una nuova, apposita autorizzazione del legislatore. Tema rilevante, deve dirsi, in presenza di modifiche del testo vigente che non si risolvano soltanto in adeguamenti tecnici vincolati o in meri aggiustamenti formali, ma che paiono piuttosto incisive, siccome capaci di limitare i diritti e le libertà di una platea di soggetti privati esercenti le attività di revisione dei conti, mediante l'innalzamento della soglia idoneativa attualmente richiesta per lo svolgimento di tali funzioni negli organi di revisione degli enti locali.

La Sezione ha ribadito peraltro al riguardo il principio secondo il quale l'attribuzione del potere regolamentare ministeriale contenuta in non abrogate norme di rango primario (nel caso in esame nel comma 25 dell'art. 16, d.l. n. 138 del 2011) continua ad autorizzare validamente il Ministero a riesercitare tale funzione normativa alla luce delle modifiche ordinamentali sopravvenute. Nel caso in esame, peraltro, le modifiche apportate sembrano inquadarsi correttamente nell'ambito dei principi dettati dal legislatore (rapporto

proporzionale tra anzianità di iscrizione negli albi e registri e popolazione di ciascun comune, possesso di specifica qualificazione professionale) e risultano proporzionate e ragionevoli; inoltre, con la diversa temporizzazione dell'operatività delle nuove previsioni contenuta nell'art. 2, le modifiche evitano un impatto illegittimo su situazioni giuridiche soggettive di privati che, essendo oggi titolati a far parte degli organismi di revisione, potrebbero vedersene esclusi con l'applicazione dei nuovi criteri.

### **11.2. Soggetti esercitanti l'attività di mediatore del diporto.**

Con parere 1 luglio 2019, n. 1929 la Sezione consultiva per gli atti normativi si è espressa sullo schema di decreto interministeriale recante il Regolamento disciplinante le modalità di iscrizione nel registro delle imprese e nel REA dei soggetti esercitanti l'attività di mediatore da diporto disciplinata dal Capo II *bis* del d.lgs. 18 luglio 2005, n. 171 (Codice della nautica da diporto).

E' stato ricordato che il "Codice della nautica da diporto", di cui al d.lgs. n. 171 del 2005, in applicazione della direttiva 2003/44/CE, a norma dell'art. 6, l. 8 luglio 2003, n.172, ha voluto disciplinare l'attività di mediazione nel contesto della nautica da diporto, istituendo la figura professionale del mediatore del diporto (art. 49 *ter*). Con l'art. 49 *quater* il medesimo decreto legislativo ha previsto una delega al Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione nonché col Ministro della giustizia, ad adottare un apposito regolamento, disciplinante le modalità di iscrizione nel registro delle imprese e nel REA dei mediatori del diporto, i programmi dei corsi di formazione e i criteri a cui devono ispirarsi le prove d'esame, oltre ai criteri di applicazione delle sanzioni disciplinari da parte della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura del luogo ove è stata commessa una delle violazioni contemplate dal comma 6 dell'art. 49 *quater* stesso.

La direttiva 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa ai servizi nel mercato interno, recepita nel nostro ordinamento con d.lgs. n. 59 del 2010, il cui art. 17 ispira la procedura di inizio dell'attività di mediazione nell'ambito del diporto all'obbligo di presentazione di segnalazione certificata di inizio attività (Scia), optando per tale modello procedimentale in luogo di una tradizionale procedura di rilascio di autorizzazione espressa, nello spirito di semplificazione e valorizzazione dell'attività amministrativa.

Indubbiamente la previsione del regime Scia quale modello procedimentale di inizio dell'attività, unita alla previsione del principio che soltanto coloro che sono già iscritti nel registro delle imprese e nel REA possono esercitare l'attività di mediatore nel contesto della nautica da diporto, costituiscono espressioni innovative di quei principi di interesse generale di semplificazione delle fasi burocratiche e di velocizzazione dell'attività della pubblica amministrazione nonché dei servizi da essa offerti al cittadino, principi che questo Consiglio di Stato ha sempre favorito e fortemente auspicato, nella convinzione che questo possa rivelarsi uno dei percorsi privilegiati dello sviluppo delle attività imprenditoriali, commerciali e sociali in genere del Paese.

Il parere ha quindi concluso nel senso che non si può non apprezzare anche la forma della modulistica immaginata e recata in allegato al decreto a natura regolamentare in argomento.

## **12. Cinema.**

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere 16 aprile 2019, n. 1159 in materia di istituzione della Scuola di cinema, fotografia, audiovisivo.

L'istituzione della Scuola, dotata di proprio ordinamento specifico e che va ad inserirsi nel Dipartimento di "Progettazione e arti applicate", serve a colmare una lacuna formativa creatasi nel sistema della formazione superiore, soprattutto nel settore tecnico-artistico, adeguandola alle esigenze emergenti dal mercato del lavoro, che continua necessariamente a dover prendere atto delle continue innovazioni tecnologiche e digitali, richiedendo nuove professionalità ad avanzata, specifica preparazione.

L'istituzione della Scuola si inserisce nell'alveo della previsione contenuta nell'art. 5, comma 1, d.P.R. 8 luglio 2005, n. 212, che articola l'ordinamento didattico delle Istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica nonché l'offerta formativa in corsi di vario livello, afferenti alle scuole individuate nella Tabella A, allegata al medesimo d.P.R., prevedendo la possibilità di modificare e integrare la suddetta Tabella A con un Regolamento ministeriale, sentito il Consiglio Nazionale per l'alta formazione artistica e musicale (Cnam), per le valutazioni tecniche relative agli ordinamenti didattici dei corsi.

La Sezione ha valutato favorevolmente tale innovazione dell'ordinamento didattico generale, che va ad arricchirsi, nel settore dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica, di una nuova, quanto importante e necessaria, scuola di cinema, fotografia e audiovisivo, che sicuramente verrà incontro, colmandone i vuoti, alla richiesta formativa in un settore estremamente sensibile alle innovazioni tecnologiche e digitali, offrendo alla popolazione studentesca di conseguire titoli didattici statali, in un contesto di vuoto didattico, finora colmato da offerte provenienti da soggetti privati.

## **13. Circolazione stradale.**

### **13.1. Sportello telematico dell'automobilista.**

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere n. 3237 del 27 dicembre 2019 sullo schema di decreto che modifica il decreto del Presidente della Repubblica 19 settembre 2000, n. 358, in materie di sportello telematico dell'automobilista (Sta).

Il fondamento legislativo dello schema di regolamento in esame è costituito dall'art. 5, comma 4, d.lgs. 29 maggio 2017, n. 98 (recante "Razionalizzazione dei processi di gestione dei dati di circolazione e di proprietà di autoveicoli, motoveicoli e rimorchi, finalizzata al rilascio di un documento unico, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. d), l. 7 agosto 2015, n. 124"). Pertanto, la finalità del regolamento è di novellare le disposizioni del d.P.R. 19 settembre 2000, n. 358, introducendo modifiche coerenti con il nuovo assetto normativo tenuto conto, in particolare, del ruolo di "centro unico di servizio" affidato al Dipartimento trasporti, la navigazione, gli affari generali e del personale.

Ai fini dell'inquadramento della materia giova ricordare che il d.P.R. n. 358 del 2000, adottato in attuazione della legge di semplificazione 8 marzo 1999, n. 50, ha introdotto

l'istituto dello "Sportello telematico dell'automobilista" (Sta) allo scopo di semplificare i procedimenti relativi alla immatricolazione, alla reimmatricolazione, al trasferimento della proprietà ed alla cessazione dalla circolazione degli autoveicoli, dei motoveicoli e dei rimorchi assoggettati al regime dei mobili registrati e, pertanto, iscritti nel Pubblico registro automobilistico (Pra); ciò in attesa della riforma del regime giuridico di detti veicoli e del conseguente riordino amministrativo (art. 1, comma 1).

Lo Sportello telematico dell'automobilista è presente presso gli Uffici della Motorizzazione Civile, presso gli Uffici Provinciali dell'Automobile Club d'Italia (Aci) che gestiscono il Pubblico registro automobilistico, nonché presso le delegazioni dell'Aci e le imprese di consulenza automobilistica ed è attivato mediante un unico collegamento con il centro elaborazione dati del Ministero o con il sistema informativo dell'Aci.

La semplificazione realizzata attraverso l'introduzione dello Sportello telematico dell'automobilista consiste nel rilascio contestuale sia dei documenti di circolazione (targhe, carte di circolazione e tagliandi di aggiornamento di queste ultime) sia del certificato di proprietà. Il documento unico di circolazione e di proprietà per i veicoli assoggettati al regime dei mobili registrati, istituito, come si è detto, con d.lgs. n. 98 del 2017, è costituito dalla carta di circolazione, redatta secondo le disposizioni contenute nella direttiva 29 aprile 1999, n. 1999/37/CE del Consiglio, nella quale debbono essere annotati anche i dati relativi alla situazione giuridico-patrimoniale dei predetti veicoli. Può essere richiesto e rilasciato presso qualsiasi Sportello telematico dell'automobilista.

La Sezione ha valutato positivamente il contenuto dello schema di regolamento, che si pone in linea con l'obiettivo della dematerializzazione da tempo al centro della azione di riforma della Pubblica amministrazione. Va rilevato, peraltro, che il trattamento di dati personali in applicazione dello schema di decreto coinvolge una molteplicità di soggetti e prevede una interconnessione tra banche dati pubbliche. In materia il Garante per la protezione dei dati personali ha rilevato nel parere reso sullo schema di regolamento che il trattamento dei dati personali posto in essere per il rilascio del "documento unico" comporta lo scambio di dati personali su larga scala, per cui si rende necessario individuare appropriate misure tecniche e organizzative per garantirne la sicurezza. Ad avviso della Sezione consultiva appare dunque opportuno siano regolate puntualmente le specifiche misure atte a garantire l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento, nonché la qualità dei dati e la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l'accesso ai medesimi in caso di incidente fisico o tecnico.

### **13.2. Foglio rosa e certificato di idoneità psicofisica.**

Con parere n. 2091 del 18 luglio 2019 la sez. I ha dato risposta al quesito, inoltrato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in ordine alla possibilità di esonerare dalla produzione di un nuovo certificato d'idoneità psicofisica coloro che hanno fatto istanza di proroga dell'autorizzazione ad esercitarsi alla guida, in quanto impossibilitati a svolgere, nei tempi previsti, le prove pratiche degli esami per ottenere la patente, per cause a loro non imputabili.

Ha ricordato la Sezione che l'art. 119 del Codice della strada ha riferito l'attualità della certificazione medica al periodo di tre mesi, immediatamente antecedente la presenta-

zione della domanda per conseguire la patente di guida. Il Ministero non chiede di ripetere l'esame teorico, ma chiede di reiterare la domanda alla scadenza del termine di validità del foglio rosa: la nuova domanda comporta la necessità di produrre la certificazione medica aggiornata e il quesito verte sulla possibilità di non esigere una nuova certificazione medica, se non nei casi particolari di validità temporale ridotta degli accertamenti sanitari, dovuta a specifiche patologie.

Ritiene il Collegio che la normativa vigente consenta all'Amministrazione di esonerare i candidati al conseguimento della patente che in vigenza del primo foglio rosa non hanno potuto - per cause non attribuibili a loro comportamenti omissivi - sostenere le prescritte prove d'esame, dal produrre nuovo certificato di idoneità psicofisica alla guida; fatta ad eccezione per i candidati cui la commissione medica locale ha prescritto nuovi accertamenti sanitari in periodi ridotti. Salvo questi ultimi casi, infatti, il certificato d'idoneità psico-fisica resta valido, a normativa vigente, per un periodo di dieci anni e dunque è da ritenere che non vi sia la necessità di nuovi accertamenti sanitari nei casi ordinari, a distanza di tempo invece molto breve.

A tali conclusioni si perviene - in primo luogo - applicando il principio di ragionevolezza, che è canone generale per la pubblica amministrazione e, anzi - come è stato notato - "principio generalissimo di ogni potestà" ovvero "principio assoluto", nonché applicando il connesso principio di proporzionalità secondo cui la pubblica amministrazione deve adottare la soluzione idonea ed adeguata comportante il minor sacrificio possibile per gli interessati. Tale principio si risolve, in sostanza, nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria al pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare. A tali esiti si giunge anche facendo applicazione del principio del divieto di aggravamento del procedimento di cui all'art. 1, comma 2, l. n. 241 del 1990 che "La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria". In realtà occorre convenire che tale ultima disposizione deve essere letta più nella prospettiva del cittadino che in quella della pubblica amministrazione e mira ad escludere ogni forma di ingiusta afflizione, in carenza di straordinarie necessità istruttorie; laddove si è anche sottolineata la necessità di una valutazione particolarmente rigorosa del requisito della straordinarietà, pena il mancato rispetto della sfera giuridica del cittadino e dei valori di cui la persona è depositaria (artt. 2 e 3 Cost.) e la violazione del criterio del «servizio» alla collettività cui il funzionario è costituzionalmente astretto (art. 98 Cost.).

E non c'è chi non veda che richiedere di presentare un nuovo certificato di idoneità psicofisica alla guida - e tanto più per cause non addebitabili agli interessati - si porrebbe in palese contrasto con i principi sopra detti, la presentazione documentale non assumendo - con tutta evidenza - alcun carattere di straordinarietà. Del resto, così come il Ministero ha potuto esonerare i candidati dalla ripetizione dell'esame teorico, ben può non chiedere loro la presentazione di un nuovo certificato, naturalmente con l'eccezione delle attestazioni psicofisiche rilasciate per un periodo ridotto di tempo a causa di particolari patologie o minorazioni.

#### **14. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede consultiva.**

Con parere n. 9 del 17 gennaio 2019 il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in occasione della richiesta di parere ai sensi dell'art. 9, comma 2, secondo periodo, del d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373, in ordine a "Indennità risarcitoria per danni causati al paesaggio *ex* art. 167, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 ha colto l'occasione per svolgere alcune considerazioni di carattere generale sulla natura e sulla fisiologia della funzione consultiva del Consiglio di Stato e del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in particolare e sull'utilità che le amministrazioni pubbliche possono trarre dai pareri resi.

A tal proposito richiama i pronunciamenti del Consiglio di Stato (che svolge com'è noto analoga funzione consultiva nei confronti delle Amministrazioni dello Stato), che ha costantemente ricordato (v., tra i molti, i pareri n. 515 del 2016 e n. 1458 del 2017), che la funzione consultiva non è mai esercitata nell'interesse dello Stato-Governo né di quello dello Stato-Amministrazione, ma esclusivamente nell'interesse dello Stato-Comunità.

In concreto, l'esercizio della funzione consultiva si estrinseca nell'espressione di pareri, taluni dei quali debbono essere richiesti obbligatoriamente sulla base di specifiche disposizioni di legge, mentre altri possono essere resi sulla base di una autonoma e facoltativa richiesta proveniente da una Amministrazione pubblica.

In particolare, le ipotesi in cui è prevista la richiesta obbligatoria di un parere del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana sono tassativamente previste (art. 9, comma 2, primo periodo, del d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373: "La legge regionale, ferma restando l'obbligatorietà del parere sugli atti regolamentari del Governo della Regione, determina gli altri casi in cui è richiesto il parere obbligatorio del Consiglio di giustizia amministrativa").

Esistono poi i pareri facoltativi, definiti nella prassi "quesiti", che l'Amministrazione regionale, a sua discrezione, ai sensi del secondo periodo dello stesso comma 2 ("È in facoltà del Governo regionale di chiedere il parere del Consiglio in ogni altra ipotesi"), può richiedere al Consiglio di Giustizia Amministrativa per risolvere dubbi relativi all'interpretazione od all'applicazione del diritto, anche in vista dell'adozione di determinati atti (ovviamente solo per questioni od atti di particolare rilievo e comunque non in relazione a casi specifici ed individuati od individuabili, per i quali siano insorte o possano insorgere controversie).

Si tratta di pareri espressi in "funzione di ausilio tecnico-giuridico indispensabile per indirizzare nell'alveo della legittimità e della buona amministrazione l'attività di amministrazione attiva" (parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato n. 30 del 1980), quando sia necessario ricevere una qualificata opinione di carattere giuridico su un tema di interesse generale.

Nell'esercizio dell'attività consultiva, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, quale organo di consulenza imparziale e terzo dello Stato-ordinamento e non dello Stato-apparato, non è peraltro destinato a supportare le concrete scelte decisionali dell'Amministrazione Regionale, dal momento che la funzione consultiva,

svolta nell'interesse non dell'ordinamento generale ma dell'Amministrazione assistita, compete all'Avvocatura dello Stato. Il Consiglio stesso fornisce dunque il proprio parere solo su questioni di massima, la cui soluzione potrà guidare la successiva azione amministrativa nel suo concreto.

Il Consiglio, dunque, non è tenuto a rendere pareri su aspetti minuti, che attengano ad un ordinario segmento del procedimento amministrativo, non potendo il massimo organo consultivo sostituirsi all'Amministrazione nel dovere di quest'ultima di provvedere e nemmeno potendo invadere il campo riservato alla (differente) consulenza prestata alle pubbliche amministrazioni dall'Avvocatura dello Stato, anche in vista della difesa in giudizio.

Il Consiglio di Stato, in sede consultiva, con apposita commissione speciale, ha chiarito i confini della funzione consultiva ad esso attribuita, in particolare quando l'Amministrazione sottoponga quesiti partendo da casi concreti relativi a contenziosi potenziali, pervenendo alla conclusione che se non è consentito che l'amministrazione chieda al Consiglio di Stato un parere su un contenzioso in atto, deve ritenersi tuttavia, che allorché la controversia sia solo potenziale, il Consiglio di Stato possa fornire il proprio avviso nell'ipotesi in cui il caso concreto sia l'occasione utilizzata dall'amministrazione per richiedere un parere su questioni aventi più ampio rilievo (Cons. St., Comm. spec., 10 luglio 2012, n. 510; id., sez. II, 21 giugno 2013, n. 2903; id., sez. I, 7 dicembre 2011, n. 4368).

La stessa Commissione speciale ha precisato che, in sede di attività consultiva facoltativa, il Consiglio di Stato può fornire il proprio avviso in stretta e rigorosa interpretazione della legge e sempre su questioni di larga massima, fermo restando l'onere dell'Amministrazione di esporre, nella sua richiesta, i rilevanti motivi di interesse pubblico, strumentali alle attività fondamentali o comunque più significative, che quasi impongano il ricorso al parere.

Tutto ciò chiarito, se la richiesta di parere all'esame possa ritenersi ammissibile ed a tal fine verificare se l'attività consultiva possa in ipotesi nel caso di specie interferire con l'attività giurisdizionale e ledere quei principi di terzietà del giudice e di parità delle parti, immanenti nell'ordinamento e sanciti dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

Con riferimento al caso sottoposto al suo esame il Consiglio di Giustizia chiarisce che il quesito posto parrebbe attenersi ad una questione esegetica di carattere generale, in concreto suscettibile di applicazione e quindi riferibile ad un numero non indifferente di casi specifici. Non c'è dubbio, in definitiva, che il carattere generale del quesito consentirebbe a questo Consiglio di esprimere il proprio parere ancorché la questione sottoposta a parere sia suscettibile in generale di contenzioso, non solo potenziale. In ogni caso va rilevato in proposito come la richiesta di parere all'esame ometta del tutto di esporre, come ritenuto invece necessario dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, i rilevanti motivi di interesse pubblico, strumentali alle attività fondamentali o comunque più significative e diversi dalla mera attinenza ad un contenzioso in atto o potenziale, che abbiano indotto l'Assessore regionale al ricorso al parere.

Quanto al procedimento per la sottoposizione dei "quesiti" di cui si tratta a questo Consiglio, occorre anzitutto richiamare il disposto del secondo periodo del comma 2 cit.,



che recita: “È in facoltà del Governo regionale di chiedere il parere del Consiglio in ogni altra ipotesi”.

Vi è da sottolineare il ruolo e la funzione dell'Ufficio legislativo e legale della Presidenza della Regione Siciliana nel procedimento di cui si tratta. Invero, il T.U. delle leggi del Governo e della Amministrazione della Regione, approvato con d.P.Reg. 28 febbraio 1979, n. 70, laddove disegna l'Ordinamento della Presidenza all'art. 7, prevede l'Ufficio legislativo e legale tra gli “Uffici nei quali è ordinata la Presidenza della Regione”, attribuendo ad esso, tra l'altro: revisione tecnica, coordinamento formale ed eventuale redazione di schemi legislativi e regolamentari. Relazioni sulle proposte di legge di iniziativa parlamentare. Esame degli schemi di regolamento da sottoporre al Consiglio di Giustizia Amministrativa; adempimenti connessi con l'attività legislativa e regolamentare. Studi legislativi. Pareri sull'interpretazione dello Statuto e di norme legislative e regolamentari. Il T.U., dunque, attribuisce in particolare, per quanto qui più interessa, all'Ufficio legislativo e legale l'”Esame degli schemi di regolamento da sottoporre al Consiglio di Giustizia Amministrativa”, nonché l'espressione di “Pareri sull'interpretazione dello Statuto e di norme legislative”.

Tanto comporta chiaramente, ad avviso del Consiglio di Giustizia, che all'Ufficio stesso sono ascritti compiti di istruttoria giuridica tanto in relazione alle richieste di parere sugli schemi di regolamento sottoposti poi al parere del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, quanto in ordine alle richieste di parere “facoltativo”, che gli organi di governo regionale intendono sottoporre al Consiglio stesso, dal momento che questi ultimi verteranno senz'altro, come sopra illustrato, su questioni di ordine generale di interpretazione di norme legislative, in ordine alla quale, come s'è visto, la primaria competenza “interna” alla Regione è attribuita appunto all'Ufficio Legislativo e Legale. Il parere ha concluso ritenendo pertanto necessario che l'Ufficio Legislativo e Legale della Presidenza della Regione Siciliana, quale organo di consulenza “interno” della Regione stessa, venga consultato in via preliminare e necessaria, in forza delle attribuzioni ad esso demandate dalla stessa normativa regionale, su specifici problemi giuridico-interpretativi posti da norme legislative e regolamentari sia statali che regionali, che l'Amministrazione regionale sia chiamata ad applicare nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni di Amministrazione attiva nei diversi rami della Amministrazione, anche al fine di supportare e motivare la eventuale scelta del “governo regionale” di seguire la via della consultazione del Consiglio di Giustizia Amministrativa ai sensi dell'art. 9, comma 2, secondo periodo, cit.. E difatti, nei casi in cui comunque la Regione ritenesse non esauritivo il parere dell'Ufficio Legislativo e Legale e ritenesse di rivolgere il quesito anche al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana. Il parere stesso si porrebbe come efficace e necessario passaggio dell'istruttoria intesa al rilascio del parere di questo Consiglio di Giustizia Amministrativa e consentirebbe ad esso di esprimere una risposta giuridicamente ponderata alle problematiche sollevate dagli organi di governo dell'Amministrazione regionale anche sulla base del necessario supporto ad essi reso dall'imprescindibile organo interno di consultazione regionale, chiaramente in relazione alla sua sfera di competenza.

## **15. Ricorso straordinario al Capo dello Stato.**

Molte i pareri resi sull'istituto del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

### **15.1. Atto impugnabile.**

La sez. I, con parere 19 settembre 2019, n. 2483 ha dichiarato inammissibile il ricorso straordinario al Capo dello Stato proposto avverso il diniego, opposto dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di rinnovo, richiesto da una Ambasciata in Italia, dell'*exequatur* per l'esercizio delle funzioni di console onorario.

Ha ricordato che la Corte costituzionale, nella sentenza 5 aprile 2012, n. 81, ha affermato che “Gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto; nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate.”.

Da tale sentenza deriva, ad avviso della Sezione, il principio secondo cui ciò che importa ai fini dell'impugnabilità dinanzi al giudice amministrativo non è tanto la natura “politica” o meno dell'atto quanto la sussistenza o meno di un vincolo giuridico posto all'esercizio del potere discrezionale.

E' presumibile, sempre secondo la Sezione, che in tal modo la Corte costituzionale abbia ritenuto di offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 7 c.p.a. secondo cui “Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico”.

Tale disposizione, come è noto, riprende l'art. 31 del T.U. Cons. Stato (r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, a sua volta sostanzialmente ripetitivo dell'art. 24 del precedente t.u. 2 giugno 1889, n. 6166), di cui taluni interpreti avevano rilevato il contrasto con il nuovo ordinamento costituzionale, fino ad auspicarne l'abrogazione, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 113 Cost., che prevede l'impugnabilità di tutti gli atti della pubblica amministrazione in sede giurisdizionale senza esclusioni o limitazioni per determinate categorie.

Già subito dopo la Costituzione, difatti, si osservò autorevolmente che “qualsiasi atto amministrativo, anche se appartenente alla cessata categoria degli atti cosiddetti politici, purché non sia un atto di governo, fra quei pochi espressamente e chiaramente identificabili, è oggi sindacabile e può esser annullato o disapplicato qualora ponga limiti a situazioni soggettive attive. L'amplissimo potere discrezionale di cui gode la pubblica amministrazione in quelle fattispecie può costituire in pratica un limite di penetrazione del sindacato; ma il sindacato di legittimità resta integro e completo.”.

D'altro canto, in questa prospettiva, parrebbero sfumare anche le categorie di “atto politico” e di “atto di alta amministrazione”.

È indubbio che tale distinzione ha avuto storicamente un ruolo importante in quanto la giurisprudenza, attraverso la stessa, ha circoscritto il più possibile la categoria dell'“atto politico”, alla luce dell'art. 113 Cost., ampliando l'area degli atti di “alta amministrazione”.

L'introduzione di tali categorie, tra l'altro, superò quella che era la "teoria del movente", di origine francese, che facendo riferimento a elementi di natura soggettiva, attribuiva esclusivamente all'arbitrio del Governo la qualificazione dell'atto e quindi consentiva di sottrarre al sindacato del giudice amministrativo qualsiasi atto in cui asserisse la presenza di motivi politici; l'abbandono di tale teoria da parte del Consiglio di Stato è considerato, probabilmente, "l'esempio più significativo della mantenuta neutralità e indipendenza del Consiglio di Stato rispetto al Governo autoritario dell'epoca" (si veda, ad es., Cons. St., sez. IV, 27 luglio 1937, n. 425: c.d. caso Torlonia, definita, da un autorevole interprete, "impeccabile e suadente").

In sostanza la giurisprudenza ha fornito un'interpretazione rigorosa dell'art. 31 del T.U. Cons. Stato, restringendo l'area degli "atti politici" in favore di quella degli atti di "alta amministrazione".

Certo non potevano nascondersi le difficoltà di individuare elementi di differenziazione certi tra le due categorie.

Ma i dubbi sulla validità della distinzione erano soprattutto legati – come si è detto – alla conformità a Costituzione della disposizione di cui all'art. 31 del T.U. Cons. Stato e del successivo art. 7 c.p.a..

E' noto anche che, in questa prospettiva, l'orientamento tralazio – che, per la verità, nella più recente giurisprudenza non sembra più così centrale – è nel senso di qualificare un atto come 'atto politico' alla compresenza di due requisiti: il primo a carattere soggettivo, consistente nel promanare l'atto da un organo di vertice della pubblica amministrazione, individuato fra quelli preposti all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello; il secondo a carattere oggettivo, consistente nell'essere l'atto concernente la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione.

Orbene, il punto di approdo di tale percorso, soprattutto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 81 del 2012 – che in qualche modo sembra andare oltre tale orientamento – è quindi il seguente: ciò che rileva ai fini della impugnabilità o meno dell'atto non è tanto che esso promani da un organo di vertice della pubblica amministrazione e che concerna le supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri, ma che sussista una norma che predetermini le modalità di esercizio della discrezionalità politica o che, comunque, la circoscriva.

Sotto il profilo più squisitamente processuale sarà, conseguentemente, impugnabile quell'atto – pur promanante dall'autorità amministrativa cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica – la cui fonte normativa riconosce l'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'Amministrazione.

Applicando il metodo interpretativo sopra detto che fa leva sulle caratteristiche della norma che si pone a fondamento del potere esercitato con l'atto impugnato, non v'è dubbio che la concessione ed il rinnovo dell'*exequatur* non sono soggetti a parametri giuridici nel senso indicato dalla giurisprudenza sopra citata.

Come si è ricordato, la materia è disciplinata dalla convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963, ratificata con l. n. 804 del 1967, la quale, al pari del testo dell'accordo, non fissa in proposito alcun vincolo, canone o criterio di riferimento.

Al contrario, per quanto qui di interesse, vengono in particolare rilievo, tra le altre, alcune norme di tale convenzione, e segnatamente: l'art. 12, già innanzi ricordato, secondo il quale "Il capo di un posto consolare è ammesso all'esercizio delle sue funzioni da un permesso dello Stato di residenza, chiamato *exequatur*" e "Lo Stato che nega un *exequatur* non è tenuto a comunicarne il motivo allo Stato d'invio"; il successivo art. 25, che individua "il ritiro dell'*exequatur*" fra le cause di cessazione delle funzioni consolari, anche in questo caso senza nulla disporre in ordine alle modalità o ai criteri cui lo Stato concedente deve attenersi; infine, l'art. 68, secondo cui "Ogni Stato è libero di risolvere se nominare o ricevere dei funzionari consolari onorari".

Non può, quindi, che concludersi che si tratta di atti dello Stato di rilevanza internazionale fondati su valutazioni altamente ed eminentemente discrezionali, non circoscritte da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnino i confini o ne indirizzino l'esercizio. In effetti, l'intero *iter* involge esclusivamente la partecipazione dei due Stati sovrani interessati, attraverso, nel caso di specie, l'Ambasciata del Paese estero richiedente ed il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale.

Dalle citate disposizioni normative emerge quindi la piena discrezionalità dello Stato ospitante, che non è tenuto a fornire neanche all'altro Paese la motivazione del diniego di concessione – o, come in questo caso, di rinnovo – dell'*exequatur*.

Da tali procedure rimane di conseguenza – ed a maggior ragione – del tutto esclusa la persona fisica proposta dallo Stato di invio, che non vanta alcun titolo a partecipare al procedimento de quo, dal momento che la normativa che disciplina la materia non stabilisce in capo ad essa alcuna regola di garanzia, a prescindere, tra l'altro, dal fatto che si tratti di cittadino italiano o meno.

In definitiva, la procedura oggetto di impugnazione afferisce esclusivamente ai rapporti tra Stati sovrani.

Sul punto merita pure di essere ricordato che la circolare ministeriale n. 3 del 16 luglio 2010, che regolamenta la materia dei "Consoli onorari stranieri in Italia" con riferimento, tra l'altro, ai "criteri soggettivi per l'autorizzazione ai candidati titolari degli Uffici all'esercizio delle funzioni consolari onorarie" e le relative procedure di verifica, stabilisce, per quanto qui di interesse, che "il Ministero degli affari esteri intrattiene la corrispondenza relativa alle pratiche in materia di istituzione di Uffici consolari onorari e di autorizzazioni ai loro candidati titolari a svolgere le funzioni consolari onorarie esclusivamente con le Rappresentanze diplomatiche estere in Italia e non con i singoli candidati alla nomina".

## **15.2. Principio di sinteticità.**

Quanto alla forma che deve avere il ricorso straordinario al Capo dello Stato, il parere 30 aprile 2019, n. 1326 della Sezione prima ha affermato che anche nel ricorso straordinario trova applicazione il principio di sinteticità degli atti sancito agli artt. 3, comma 2, e 26, comma 1, c.p.a..

La Sezione, dopo aver ricordato la disciplina applicabile nel processo amministrativo (artt. 3, comma 2, e 26, comma 1, c.p.a. nonché art. 13 *ter* delle norme di attuazione al c.p.a.), ha ritenuto che il principio di sinteticità debba riconoscersi in sede di ricorso

straordinario, atteso che “l’istituto ha perduto la propria connotazione puramente amministrativa ed ha assunto la qualità di rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo” (Corte cost. 2 aprile 2014, n. 73).

In assenza di una specifica disciplina, la Sezione ha stabilito altresì che spetta al Consiglio di Stato, in sede consultiva, fissare criteri e limiti dimensionali al ricorso e agli altri atti difensivi con valutazione che tenga in considerazione la controversia introdotta con ricorso straordinario e la peculiarità del rimedio straordinario stesso.

### **15.3. Audizione delle parti.**

La sez. I, con parere 12 novembre 2019, n. 2848 ha affermato che l’art. 49, comma 1, r.d. 21 aprile 1942, n. 444 – a mente del quale “gli affari sui quali è chiesto parere non possono essere discussi con l’intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti” – non contrasta con l’art. 6 C.E.D.U. alla luce della lettura che ne ha dato la giurisprudenza nazionale e la Corte Edu.

Ha chiarito la Sezione che la ‘giurisdizionalizzazione’ del ricorso straordinario al Capo dello Stato non determina la totale equiparabilità ai rimedi giurisdizionali in considerazione della specificità e della sommarietà della procedura originata dal ricorso straordinario, a confronto con quella disciplinata dal codice del processo amministrativo. L’equiparazione alla giurisdizione” non “può dirsi piena”, soprattutto con riferimento al modello di istruttoria previsto dal d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, che è basato sull’affidamento dell’indagine e dell’acquisizione degli atti rilevanti in capo alle strutture ministeriali, senza contraddittorio orale con le parti.

Ha ancora ricordato la Sezione che anche la Corte Costituzionale - che già si era espressa nel senso che “al fine della verifica del rispetto del principio di pubblicità, occorre guardare alla procedura giudiziaria nazionale nel suo complesso: sicché, a condizione che una pubblica udienza sia stata tenuta in prima istanza, l’assenza di analoga udienza in secondo o in terzo grado può bene trovare giustificazione nelle particolari caratteristiche del giudizio di cui si tratta” (Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80) - con la sentenza 9 febbraio 2018, n. 24 ha affrontato nuovamente e 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).

#### **15.4. Sospensione feriale dei termini.**

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con parere n. 266 del 24 dicembre 2019 ha ricordato che al ricorso straordinario non è applicabile l’istituto della sospensione feriale dei termini, operando detta sospensione solo per le attività processuali che si svolgono dinnanzi alle giurisdizioni ordinarie e amministrative; a tali attività processuali non sarebbe infatti riconducibile l’attività di notifica del ricorso straordinario, che resta pur sempre un rimedio giustiziale non assimilabile *in toto* al ricorso giurisdizionale. A tale conclusione si perviene perché se è pur vero che nell’attuale sistema il ricorso straordinario ha perduto la propria connotazione puramente amministrativa ed ha assunto per converso la qualità di rimedio giustiziale amministrativo con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo, nondimeno tale assimilazione certamente non è piena, onde non sarebbe corretta sul piano ermeneutico, la indiscriminata applicazione a detto rimedio degli istituti (*melius* di tutti gli istituti) processuali previsti dalla legge per il giudizio amministrativo.

#### **15.5. Errore di fatto revocatorio.**

Con parere n. 150 del 2 ottobre 2019 il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione sul parere reso su ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana., vertendo tale ricorso sulla valutazione del Giudice in ordine all’applicazione della norma, motivo questo che non

può ritenersi errore di fatto. Ha ricordato che nel processo amministrativo l'errore revocatorio è un errore non di valutazione, ma di percezione, trattandosi di una falsa percezione della realtà, obiettivamente ed immediatamente rilevabile, che ha condotto il giudice, per effetto di una sorta di abbaglio, ad affermare l'esistenza di un fatto decisivo invece incontestabilmente escluso dagli atti di causa, ovvero l'inesistenza di un fatto decisivo, che dagli stessi atti risulti al contrario positivamente accertato. In definitiva, l'errore di fatto revocatorio si sostanzia in una svista materiale o abbaglio dei sensi, che ha provocato l'errata percezione del contenuto degli atti del giudizio - ritualmente acquisiti agli atti di causa - determinando un contrasto tra due diverse proiezioni dello stesso oggetto, l'una emergente dalla sentenza e l'altra risultante dagli atti e documenti di causa: l'errore di fatto revocatorio è pertanto configurabile nell'attività preliminare del giudice di lettura e percezione degli atti acquisiti al processo, quanto alla loro esistenza ed al significato letterale, senza coinvolgere la successiva attività d'interpretazione e di valutazione del contenuto delle domande e delle eccezioni ai fini della formazione del convincimento.

Non ricorre, quindi, errore revocatorio nell'ipotesi di erroneo, inesatto o incompleto apprezzamento delle risultanze processuali ovvero di anomalia del procedimento logico di interpretazione del materiale probatorio ovvero quando la questione controversa sia stata risolta sulla base di specifici canoni ermeneutici o sulla base di un esame critico della documentazione acquisita, tutte ipotesi, queste, che danno luogo ad un errore di giudizio, non censurabile mediante la revocazione, la quale altrimenti si trasformerebbe in un ulteriore grado di giudizio, non previsto dall'ordinamento.

#### **15.6. Principio di alternatività tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario al Capo dello Stato.**

Con parere 13 novembre 2019, n. 2861 la Sezione prima ha ricordato che La ratio del principio di alternatività tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario al Capo dello Stato deve essere individuata nell'esigenza di impedire un possibile contrasto di giudizi in ordine al medesimo oggetto e, dunque, di evitare l'inutile proliferazione dei ricorsi ed il pericolo di pronunce contrastanti tra organi appartenenti allo stesso ramo di giustizia. A seguito della trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, è necessario rivedere la portata del principio di alternatività escludendo che del medesimo rapporto possano occuparsi contemporaneamente il giudice amministrativo e il Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario.

Nell'ipotesi in cui l'atto presupposto (a monte) venga impugnato con ricorso straordinario al Capo dello Stato e il successivo atto presupponente (a valle) con ricorso giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo o viceversa, occorrerà – in applicazione del principio di alternatività – dichiarare inammissibile il giudizio introdotto per ultimo. Tale conclusione deve reputarsi valida sia nel caso di stretta presupposizione – ossia quando vi è la necessaria derivazione del secondo dal primo come sua inevitabile ed ineluttabile conseguenza e senza necessità di nuove ed ulteriori valutazioni di interessi – sia nel caso di mera derivazione cui conseguirebbe solo un effetto meramente viziante per l'atto a valle.

Per quest'ultima ipotesi, una visione moderna del principio di alternatività impone di rivolgersi allo stesso organo ogni qual volta si discuta del medesimo rapporto giuridico o quando le censure formulate siano identiche e, come detto, riferibili allo stesso rapporto giuridico tra amministrazione e amministrato. Ragionando diversamente si legittimerebbe il frazionamento della tutela giurisdizionale in contrasto con il principio del giusto processo (art. 111 Cost.) e con il suo corollario dell'economia dei mezzi giuridici; aumenterebbe inoltre il rischio di decisioni contrastanti all'interno dello stesso plesso giurisdizionale con conseguente lesione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 Cost. e 1 c.p.a.).

Da ciò consegue che, nel caso in cui l'atto presupponente sia impugnato con ricorso giurisdizionale, a fronte di un ricorso straordinario già promosso avverso l'atto presupposto, il ricorso giurisdizionale dovrà essere dichiarato inammissibile dal giudice amministrativo. Se invece l'atto successivo è impugnato in sede straordinaria, a fronte di un ricorso giurisdizionale già promosso avverso l'atto presupposto, il ricorso straordinario sarà inammissibile per violazione del principio di alternatività. Tale principio ha già trovato una qualche eco nella giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha sancito l'inammissibilità del ricorso straordinario "a cagione della violazione della regola di "alternatività" che s'impone come limite alla contestuale proponibilità di due distinti ricorsi (amministrativo/straordinario e giurisdizionale) vertenti sulla medesima questione di fatto e di diritto e recanti ad oggetto la medesima pretesa sostanziale (identità della materia del contendere): ricorsi che potrebbero sortire decisioni contrastanti e che la regola dell'"alternatività" intende, appunto, scongiurare" (Cons. St., sez. I, 13 febbraio 2019, n. 548).

La stessa sez. I, con parere n. 562 del 27 febbraio 2019, ha affermato che la rinuncia al ricorso giurisdizionale agli effetti del principio dell'alternatività.

Ha chiarito che il momento della scelta difensiva (giurisdizionale) va individuato nel giorno del deposito del ricorso presso la segreteria dell'organo giurisdizionale, essendo il ricorso una *vocatio in ius* e non una *vocatio iudicis*. È irrilevante quindi che il ricorso straordinario possa essere considerato in astratto ancora tempestivo perché non era ancora spirato il termine di 120 giorni, di cui al primo comma dell'art. 9, d.P.R. n. 1199 del 1971. Ciò che conta è che, prima della proposizione del ricorso straordinario, è stato presentato un ricorso giurisdizionale.

La rinuncia al ricorso giurisdizionale è ininfluenza agli effetti del principio dell'alternatività, poiché ciò che ha rilievo è la scelta, già operata, del mezzo di gravame.

Questo, del resto, è stato l'orientamento del Consiglio di Stato che si affermò dopo incertezze iniziali (ad. gen. 16 marzo 1899 e ad. gen. 25 aprile 1906) a seguito della l. 7 marzo 1907, n. 62, poi trasfusa nel testo unico approvato con r.d. 17 agosto 1907, n. 638, e poi ancora nel testo unico 26 giugno 1924, n. 1054 (ad. gen., 13 gennaio 1910; 10 marzo 1925, su ricorso Bagnara; 9 febbraio 1927, su ricorso Coutri; 22 settembre 1933, su ricorso Prota; ad. gen., 14 luglio 1938, n. 194; ad. gen. 17 marzo 1938, n. 65; ad. gen. 24 marzo 1955, n. 116; ad. gen. 12 luglio 1956, n. 224; ad. gen. 27 novembre 1958, n. 402; ad. gen. 7 aprile 1960, n. 103; ad. gen. 21 marzo 1964, n. 548).



A coloro che rilevarono che “il principio affermato dalla giurisprudenza, secondo cui la rinuncia al ricorso in via giurisdizionale non realizza la condizione di proponibilità del ricorso straordinario, è eccessivamente rigoroso, perché va oltre lo scopo della legge che è quello di evitare la possibile contraddittorietà dei giudizi”, la dottrina prevalente obiettò che la legge “è diretta ad attuare quello scopo con rigore processuale per l'ordinato svolgimento dei rapporti”.

Seppure talune isolate decisioni si orientarono in senso opposto (Cons. St., sez. II, R.G. n. 1403-1994 e Cons. Stato, sez. I n. 106-2012, che sottolineò che “la rinuncia dell'interessato, seguita da una sentenza che si limiti a dare atto dell'intervenuta rinuncia senza pronunciarsi sul merito della causa, impedirebbe che sul caso controverso possano aversi pronunce difformi, escludendo in radice il rischio di decisioni contrastanti, in sede consultiva e in quella giurisdizionale, sulla medesima questione”), la giurisprudenza assolutamente prevalente confermò l'orientamento tradizionale (Cons. St., sez. II, R.G. n. 2275-1974 (1976); id., sez. VI, n. 148-1976; id., sez. II, n. 2275-1976; id., sez. II, 1997, n. 2117; id., sez. I, R.G. n. 820-1999 (2000); id., R.G. n. 3001-2006; id., sez. I, R.G. n. 921-2008; id., sez. III, R.G. n. 3542-2008; id., n. 656-2010; id., n. 4680-2010; id., sez. I, n. 1304-2012; id., sez. II, n. 2905/2013; id., n. 3578-2013; id., sez. I, n. 885-2014; id. n. 1122-2014; id., sez. II, n. 3422/2014; id., sez. I, n. 1347-2015; id., sez. II, n. 2354-2016; id., sez. I, n. 107-2018; id. n. 2680-2018).

Sottolineò, in particolare, che accogliendo la tesi contraria “si consentirebbe alla parte, con l'espedito della rinuncia al ricorso giurisdizionale, di proporre col ricorso straordinario nuove censure; e di evitare, addirittura, gli effetti preclusivi di una pronuncia di irricevibilità o di inammissibilità del ricorso” (Cons. St., sez. VI, n. 609-1977); che “il fatto della rinuncia al ricorso giurisdizionale, di suo, non causa il venir meno di tale operatività per evidenti ragioni di certezza giuridica: diversamente, infatti, ne verrebbe una situazione di precarietà, restando la pronuncia sull'ammissibilità in una sede esposta alla condizione meramente potestativa della successiva rinuncia all'altro gravame: il che contrasta con la regola della definitività delle decisioni, e la giurisprudenza ha pertanto ritenuto che non operi al riguardo alcun *ius poenitendi* dell'interessato” (Cons. St., sez. II, R.G. n. 2117-1997); che “il principio dell'alternatività – con conseguente preclusione della esperibilità del ricorso straordinario – si collega alla proposizione del ricorso in sede giurisdizionale quale fatto storico e quindi indipendentemente dell'esito dello stesso, foss'anche della sua rinuncia” (Cons. St., sez. II, n. 1720-2016).

## ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE

**SOMMARIO:** **1. Questioni di rilevante impatto sociale.** **1.1.** Affissione manifesti su obiezione di coscienza. **1.2.** Lotta alla ludopatia. **1.3.** *Referendum* per la suddivisione del Comune di Venezia nei due Comuni autonomi di Venezia e Mestre. **2. Autorità amministrative indipendenti.** **2.1.** Costi amministrativi sostenuti dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per lo svolgimento delle relative competenze. **2.2.** Sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato. **2.3.** Sanzioni per gravi intese lesive della concorrenza. **2.4.** Poteri di revisione di un precedente assenso regolatorio. **2.5.** Divieto di commercializzazione affidato ad Ivass. **3. Enti locali.** **3.1.** Scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazione mafiosa. **4. Elezioni.** **4.1.** Elezioni europee. **4.2.** Elezioni del Consiglio provinciale di Trento. **5. Sicurezza pubblica.** **5.1.** Informativa antimafia. **5.2.** Ammonimento. **5.3.** Foglio di via obbligatorio. **5.4.** Daspo. **6. Collaboratori di giustizia.** **6.1.** Differenza tra collaboratore di giustizia e testimone di giustizia. **6.2.** Revoca delle misure di protezione a conviventi di collaboratori di giustizia. **7. Vittime del reato di usura.** **8. Straniero.** **8.1.** Cittadinanza italiana. **8.2.** Permesso di soggiorno. **8.3.** Emersione da lavoro irregolare. **8.4.** Centri di accoglienza ordinaria e straordinaria. **9. Anticorruzione.** **9.1.** Gestione commissariale dell’impresa prevista dall’art. 32, d.l. n. 90 del 2014. **10. Pubblica amministrazione.** **10.1.** Riedizione del potere. **11. Accesso ai documenti.** **11.1.** Accesso agli atti di gara. **11.2.** Accesso ai documenti relativi al c.d. *risk management* da parte di struttura sanitaria pubblica. **11.3.** Accesso civico generalizzato allo stato di attuazione del Memorandum d’Intesa Italia – Libia sottoscritto in data 2 febbraio 2017. **12. Silenzio.** **13. Sanità.** **13.1.** Moduli transattivi per indennizzo conseguente a trasfusione con sangue infetto. **13.2.** Ospedali e strutture accreditate. **14. Farmaci.** **14.1.** Cura della forma “umida” della maculopatia correlata all’età. **15. Farmacie.** **16. Pubblica istruzione.** **16.1.** Professori universitari. **16.2.** Graduatorie ad esaurimento. **16.3.** Assistenti privi del titolo di studio al concorso a posti di Direttori dei servizi generali ed amministrativi. **17. Contratti della Pubblica amministrazione.** **17.1.** Stazioni appaltanti e soggetti aggiudicatori. **17.2.** Raggruppamento temporaneo di imprese. **17.3.** Consorzi stabili. **17.4.** Consultazioni preliminari di mercato. **17.5.** Appalto di servizi. **17.6.** Appalto di fornitura. **17.7.** Affidamenti *in house*. **17.8.** Commissione di gara. **17.9.** Esclusione dalla gara. **17.10.** Offerta di gara. **17.11.** Revisione prezzi. **18. Beni ambientali e culturali.** **18.1.** Contrasto alla Xylella fastidiosa. **18.2.** Divieto di utilizzo della plastica sul litorale pugliese. **18.3.** Tutela del paesaggio e del patrimonio storico e previsioni degli strumenti urbanistici. **18.4.** Bonifica sito inquinato. **18.5.** Valutazione di impatto ambientale. **19. Urbanistica.** **19.1.** Varianti ai piani regolatori generali ultradecennali. **19.2.** Convenzione urbanistica per l’edificazione di un edificio da adibire a Centro di cultura islamico. **19.3.** Destinazione di un’area a *standard* urbanistico. **20. Espropriazione.** **20.1.** Espropriazione di

aree da destinare a edilizia economica e popolare. **20.2.** Rinuncia abdicativa. **20.3.** Interpretazione dell'art. 42 *bis* del Testo unico espropriazione in presenza di un giudicato restitutorio del giudice ordinario. **20.4.** Retrocessione parziale di beni espropriati. **21. Edilizia.** **21.1.** Distanze tra edifici nella Regione Veneto. **21.2.** Concessioni in deroga. **21.3.** Oneri di urbanizzazione e oneri di costruzione. **22. Energia.** **23. Agricoltura.** **23.1.** Quote latte. **23.2.** Attività connesse riconducibili all'ambito agricolo. **24. Commercio.** **24.1.** Made in Italy. **24.2.** Disciplina regionale delle grandi strutture di vendita. **25. Cave.** **26. Contributi e finanziamenti.** **26. Aiuti di Stato.** **27. Telecomunicazioni.** **28. Fermo amministrativo.** **29. Professioni e mestieri.** **29.1.** Notaio. **29.2.** Medico palliativista. **29.3.** Giornalisti. **29.4.** Gestore di agenzia immobiliare. **30. Concorso.** **30.1.** Concorso per la dirigenza di struttura operativa complessa riservato agli psichiatri. **30.2.** Utilizzo dell'algoritmo nelle procedure concorsuali. **31.** Impiego pubblico e privatizzato. **31.1.** Rimborso spese legali sostenute dal pubblico dipendente per la difesa in giudizio per fatti attinenti il proprio lavoro. **31.2.** Competenza dell'Anac in merito alla vigilanza e all'accertamento delle fattispecie di *pantouflage*. **32. Turismo.** **33. Sport.** **34. Caccia.** **35. Pesca.** **36. Giochi.** **37. Giurisdizione.** **37.1.** Rinegoziazione del contratto di appalto senza accordo tra le parti. **37.2.** Vendita ramo di azienda di cui è titolare l'Associazione Nazionale Combattenti e Reduci. **37.3.** Nomina di Direttore generale delle Aziende sanitarie locali dopo la riforma del 2016. **37.4.** Diritto all'elettorato attivo. **38. Risarcimento danni.** **38.1.** Risarcimento danni per illegittima esclusione da gara pubblica. **38.2.** Responsabilità solidale tra enti esproprianti. **38.3.** Danno *in re ipsa* per temporanea perdita della facoltà di godimento inerente al diritto di proprietà di un bene illegittimamente occupato. **38.4.** Richiesta risarcimento danni per equivalente pari al valore del fondo formulata in costanza di occupazione acquisitiva. **38.5.** Danno da ritardo nei procedimenti avviati d'ufficio. **39. Processo amministrativo.** **39.1.** Notifica telematica del ricorso alle Amministrazioni. **39.2.** Cancellazione di un ricorso duplicato informatico di altro ricorso. **39.3.** Riassunzione al Tar Lazio del ricorso proposto avverso infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale. **39.4.** Legittimazione ad impugnare la proroga dello scioglimento del Consiglio comunale. **39.5.** Giudizio cautelare. **39.6.** Memorie di replica. **39.7.** Appello. **39.8.** Revocazione. **39.9.** Sospensione del giudizio. **39.10.** Rimessione alla Corte di Giustizia Ue. **39.11.** Giudicato. **39.12.** Giudizio di ottemperanza. **39.13.** Rito elettorale. **39.14.** Rito elettorale.

## **1. Questioni di rilevante impatto sociale.**

### **1.1. Affissione manifesti su obiezione di coscienza.**

Con sentenza 9 aprile 2019, n. 2327 la sez. V si è occupata della possibilità di affiggere manifesti pubblicitari sull'obiezione di coscienza.

Ha, nella specie, dichiarato legittimo il diniego di concessione dell'uso del servizio delle pubbliche affissioni per i centotrenta manifesti della campagna nazionale promossa dall'Unione degli Atei e Agnostici Razionalisti "Non affidarti al caso", in tema di obiezione di coscienza in ambito sanitario, opposto per violazione delle norme vigenti in

riferimento alla protezione della coscienza individuale e per la tutela dovuta ad ogni confessione religiosa e a chi la professa.

Il provvedimento comunale di diniego all'affissione era motivato dal fatto che il manifesto poneva in evidenza “una possibile violazione di norme vigenti in riferimento alla protezione della coscienza individuale (artt. 2, 13, 19 e 21 Cost.) e al rispetto ed alla tutela dovuti ad ogni confessione religiosa e a chi la professa”. Il Comune aveva chiesto la modifica della bozza del manifesto che contrapponeva il busto di un medico a quello di un ministro del culto cristiano, con la scritta “Testa o croce?” e poi “Non affidarti al caso” e “Chiedi subito al tuo medico se pratica qualsiasi forma di obiezione di coscienza”.

Il Consiglio di Stato, pur riconoscendo “naturalmente legittima la critica alle scelte dei medici obiettori”, ha ritenuto, accogliendo l'appello, alla luce dei principi costituzionali e della CEDU che legittimamente il Comune aveva considerato le caratterizzazioni del manifesto inutilmente discriminatorie, incontinenti e offensive per le scelte etiche o religiose fatte proprie dai medici obiettori di coscienza, la cui opzione professionale è garantita dalla legge n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza.

## **1.2. Lotta alla ludopatia.**

Con diverse sentenze il Consiglio di Stato è intervenuto nella lotta a ludopatia.

Quanto alle distanze delle sale da gioco dai luoghi sensibili, la Sezione terza ha affermato, con sentenza 19 dicembre 2019, n. 8563, che ai fini della individuazione di tale distanza il metodo del distanziometro rappresenta uno degli strumenti cui è affidata la tutela di fasce della popolazione particolarmente esposte al rischio di dipendenza da gioco.

Ha chiarito che le disposizioni sui limiti di distanza imposti alle sale da gioco dai luoghi sensibili sono 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. I poteri in questione incidono, dunque, in netta prevalenza, in materie oggetto di potestà legislativa concorrente, nelle quali la Regione, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., può legiferare nel rispetto dei principi fondamentali della legislazione statale.

Dalla legislazione nazionale si ricava il principio della necessaria pianificazione della distribuzione sul territorio delle sale da gioco, allo scopo di contenere e contrastare il fenomeno della ludopatia. L'art. 7, comma 10, d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute), convertito, con modificazioni, in l. 8 novembre 2012, n. 189, ha previsto la progressiva ricollocazione dei punti della rete fisica di raccolta del gioco praticato mediante *slot machines*, ubicate in prossimità di luoghi sensibili, individuati negli istituti di istruzione primaria e secondaria, nelle strutture sanitarie e ospedaliere, nei luoghi di culto e nei centri socio-ricreativi e sportivi.

L'art. 14, l. 11 marzo 2014, n. 23 (Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita) ha conferito al Governo la delega

legislativa per il riordino in un codice delle disposizioni vigenti in materia di giochi pubblici, prevedendo, tra i criteri di delega - assieme a quello dell'adeguamento della normativa "all'esigenza di prevenire i fenomeni di ludopatia ovvero di gioco d'azzardo patologico e di gioco minorile" (lett. a del comma 2) - l'altro della fissazione "di parametri di distanza dai luoghi sensibili validi per l'intero territorio nazionale", ma con espressa garanzia della «salvaguardia delle discipline regolatorie nel frattempo emanate a livello locale», che risultassero coerenti con i principi stabiliti dal decreto delegato (lett. e del comma 2). Ciò a dimostrazione del fatto che simili discipline potevano essere medio tempore adottate anche in assenza della pianificazione prevista dal d.l. n. 158 del 2012 (Corte cost. 11 maggio 2017, n. 108).

La giurisprudenza della Corte costituzionale e del giudice amministrativo ha individuato lo spazio di intervento del legislatore regionale, pur nell'assenza delle norme esecutive nazionali, nel rispetto dei principi fondamentali desumibili dalla legislazione statale, nella possibilità di individuare sia distanze minime da rispettare, sia ulteriori spazi collettivi, espressione di analoghe esigenze di tutela, rispetto a quelle già insite nelle strutture di aggregazione indicate dal legislatore nazionale. Per quanto riguarda, specificamente, i criteri per la distribuzione e concentrazione territoriale dei punti di vendita ove si raccoglie gioco pubblico, la l. 28 dicembre 2015, n. 208, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)», all'art. 1, comma 936, ha attribuito alla Conferenza unificata il compito di definirne le caratteristiche, con lo scopo di garantire i migliori livelli di sicurezza per la tutela della salute, dell'ordine pubblico e della pubblica fede dei giocatori e di prevenire il rischio di accesso dei minori di età.

Con l'Intesa del 7 settembre 2017, la Conferenza ha rimesso alle Regioni e agli enti locali l'adozione di criteri che consentano una equilibrata pianificazione e distribuzione nel territorio, stabilendo che «le disposizioni specifiche in materia, previste in ogni Regione o Provincia autonoma, se prevedono una tutela maggiore, continueranno comunque ad esplicare la loro efficacia». Inoltre, le Regioni e le Province autonome, ai fini del contrasto del gioco d'azzardo patologico, potranno stabilire in futuro forme maggiori di tutela per la popolazione.

Sebbene tuttora non recepita dal decreto del Ministro dell'economia e delle finanze previsto dalla l. n. 208 del 2015, tale Intesa è stata espressamente richiamata dalla successiva l. 27 dicembre 2017, n. 205 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020), che all'art. 1, comma 1049, stabilisce che le Regioni adeguino la propria legislazione a quanto sancito dalla stessa.

Con riferimento agli orari che devono osservare le sale da gioco la sez. III, con sentenza 1 luglio 2019, n. 4509 ha giudicato legittima E' legittima l'ordinanza comunale restrittiva degli orari di apertura delle sale da gioco, perché realizza un ragionevole contemperamento degli interessi economici degli imprenditori del settore con l'interesse pubblico a prevenire e contrastare i fenomeni di patologia sociale connessi al gioco compulsivo, non essendo revocabile in dubbio che un'illimitata o incontrollata possibilità di accesso al gioco accresca il rischio di diffusione di fenomeni di dipendenza, con conseguenze

pregiudizievole sia sulla vita personale e familiare dei cittadini, che a carico del servizio sanitario e dei servizi sociali, chiamati a contrastare patologie e situazioni di disagio connesse alle ludopatie; tanto sulla scorta del canone secondo cui il principio di proporzionalità permette la limitazione dei diritti e delle libertà nella misura in cui ciò risulti indispensabile per proteggere gli interessi pubblici e per il tempo necessario e commisurato al raggiungimento dello scopo prefissato dalla legge.

Ha chiarito la Sezione che pur non essendovi una normativa comunitaria specifica sul gioco d'azzardo, il Parlamento europeo ha approvato il 10 settembre 2013 una risoluzione nella quale si afferma la legittimità degli interventi degli Stati membri a protezione dei giocatori, anche se tali interventi dovessero comprimere alcuni principi cardine dell'ordinamento comunitario come, ad esempio, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi.

Invero, secondo il Parlamento europeo, il gioco d'azzardo non è un'attività economica ordinaria, dati i suoi possibili effettivi negativi per la salute e a livello sociale, quali il gioco compulsivo (le cui conseguenze e i cui costi sono difficili da stimare), la criminalità organizzata, il riciclaggio di denaro e la manipolazione degli incontri sportivi (cfr. anche Corte di Giustizia, sentenza 22 gennaio 2015, c 463-2013, Stanley International Betting Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze, in relazione alla libera prestazione di servizi - giochi d'azzardo). Tenuto conto della enorme diffusione del gioco d'azzardo e del fenomeno delle frodi, si rivela pertanto necessario contrastarne i possibili effetti negativi e svolgere un'azione di lotta alla criminalità.

Inoltre, la Commissione europea è intervenuta sul tema con la raccomandazione 14 luglio 2014 sul gioco d'azzardo on line, stabilendo i principi che gli Stati membri sono invitati a osservare al fine di tutelare i consumatori, con particolare attenzione ai minori e ai soggetti più deboli.

In ambito nazionale assume un rilievo centrale la disciplina del c.d. decreto Balduzzi, che ha attuato un intervento più organico in materia (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito dalla l. 8 novembre 2012, n. 189), affrontando diverse tematiche.

Con riguardo ai profili sanitari, è previsto l'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza (LEA) con riferimento alle prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione rivolte alle persone affette da ludopatia (art. 5, comma 2).

In attuazione di tale disposizione, è stato approvato il Piano d'azione nazionale.

Per contenere i messaggi pubblicitari si vieta l'inserimento di messaggi pubblicitari di giochi con vincite in denaro nelle trasmissioni televisive e radiofoniche, nonché durante le rappresentazioni teatrali o cinematografiche non vietate ai minori; sui vari media e durante tali eventi sono anche proibiti i messaggi pubblicitari di giochi con vincite in denaro, che incitano al gioco ovvero ne esaltano la sua pratica, ovvero che hanno al loro interno dei minori, o che non avvertono del rischio di dipendenza dalla pratica del gioco: per i trasgressori (sia il committente del messaggio pubblicitario sia il proprietario del mezzo di comunicazione interessato) è prevista una sanzione amministrativa da 100.000 a 500.000 euro (art. 7, commi 4 e 4-bis).

Avvertimenti sul rischio di dipendenza dalla pratica di giochi con vincite in denaro e sulle relative probabilità di vincita devono essere riportati su schedine e tagliandi dei

giochi; su apparecchi di gioco (c.d. AWP - *Amusement with prizes*), cioè quegli apparecchi che si attivano con l'introduzione di monete o con strumenti di pagamento elettronico; nelle sale con videoterminali (c.d. VLT - *Video lottery terminal*); nei punti di vendita di scommesse su eventi sportivi e non; nei siti internet destinati all'offerta di giochi con vincite in denaro: in caso di inosservanza di tali disposizioni è prevista la sanzione amministrativa di 50.000 euro (art. 7, commi 5 e 6).

È stata ancora prevista l'intensificazione dei controlli sul rispetto della normativa (art. 7, comma 9) e una "progressiva ricollocazione" dei punti della rete fisica di raccolta dei punti gioco per tener conto della presenza nel territorio di scuole, strutture sanitarie e ospedaliere, luoghi di culto, centri socio-ricreativi e sportivi (art. 7, comma 10).

Benché non sia stato emanato il decreto ministeriale che avrebbe dovuto indicare criteri e indirizzi, le amministrazioni regionali e locali hanno adottato legittimamente, in assenza di una normativa di coordinamento di ambito statale, propri regolamenti in materia.

In base al decreto Balduzzi è stato istituito anche un Osservatorio per valutare le misure più efficaci per contrastare la diffusione del gioco d'azzardo e il fenomeno della dipendenza grave. Tale Osservatorio, inizialmente istituito presso l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, è stato successivamente trasferito al Ministero della salute ai sensi della l. n. 190 del 2014 (legge finanziaria per il 2015), che ne ha modificato anche la composizione, per assicurare la presenza di esperti e di rappresentanti delle regioni, degli enti locali e delle associazioni operanti in materia.

La stessa legge (art. 1, comma 133) destina annualmente, a decorrere dal 2015, una quota di 50 milioni di euro, nell'ambito delle risorse destinate al finanziamento del Servizio Sanitario Nazionale, per la cura delle patologie connesse alla dipendenza da gioco d'azzardo (1 milione annuo per la sperimentazione di *software* per monitorare il comportamento del giocatore e generare messaggi di allerta).

### **1.3. Referendum per la suddivisione del Comune di Venezia nei due Comuni autonomi di Venezia e Mestre.**

La sez. V, con sentenza 18 settembre 2019, n. 6236 ha giudicato legittimo il referendum consultivo sulla proposta di legge regionale di iniziativa popolare sulla suddivisione del Comune di Venezia nei due Comuni autonomi di Venezia e Mestre. La Sezione ha escluso che sussistono profili di illegittimità o inammissibilità del procedimento referendario.

La Sezione ha parimenti escluso che nell'ordinamento giuridico sarebbe implicita una norma per cui il procedimento in questione – vuoi nella fase partecipativa che nella fase legislativa regionale - sarebbe precluso ogniqualvolta ne potrebbe derivare la nascita di un nuovo comune con maggior popolazione di quella residua del capoluogo originario dell'area metropolitana: e per il fatto che questo nuovo comune diverrebbe necessariamente esso, al posto di quello, il capoluogo dell'area metropolitana. Quest'effetto, reputato naturale e necessario, genererebbe un irrimediabile impedimento alla praticabilità dell'intero procedimento dell'art. 133 Cost.: e ciò non solo al di fuori delle previsioni

legislative, nazionali e regionali, ma anche al di fuori del tenore della norma costituzionale, che al pari di quelle (l. 7 aprile 2014, n. 56) non contempla una siffatta eccezione. Nessuna norma dell'ordinamento prevede che i capoluoghi delle aree metropolitane debbano senz'altro mutare in un caso del genere; né comunque che mutino automaticamente e senza una concreta valutazione di opportunità dell'istanza istituzionale competente; né comunque che debbano mutare senz'altro nel senso favorevole al comune (nuovo) con maggior popolazione. Non solo: nessuna norma dell'ordinamento prevede che un capoluogo territoriale debba e possa essere soltanto il comune di maggior popolazione. Che ciò avvenga nella gran parte delle realtà è solo un dato di fatto. L'identificazione del capoluogo di un ente territoriale è invero rimessa alla valutazione propria del legislatore o dello statuto dell'ente. Ha ancora escluso la Sezione che ai fini dell'individuazione del capoluogo metropolitano debba automaticamente prevalere il criterio quantitativo (numero degli abitanti), che porterebbe, e senza atti formali, nel caso sottoposto al suo esame a trasferire subito il capoluogo metropolitano a Mestre. La l. n. 56 del 2014 nulla prevede circa la coincidenza tra il comune capoluogo e quello con la maggiore popolazione; anzi l'art. 1, comma 5, nomina "Venezia" la città metropolitana, così intendendo quale sia il conseguente comune capoluogo, e tale resterebbe – per Venezia come per ogni altra nominata città metropolitana - anche nell'ipotesi del superamento in popolazione da parte di altro comune, per andamento demografico spontaneo o nel caso della prospettata scissione: e fintanto che questa norma primaria non venisse abrogata.

Ha ancora chiarito la sentenza che la valutazione di opportunità del distacco appartiene alla responsabilità delle competenti istanze politiche e normative e non può essere svolta dal giudice, il quale deve lasciare le scelte politiche ai soggetti politicamente responsabili, incluse le popolazioni interessate, perché al giudice spetta solo di valutare se il procedimento seguito presenta i vizi di legittimità che gli sono denunciati. La Sezione ha, quindi, accertato che non sussistono illegittimità o inammissibilità del procedimento referendario. In particolare, dall'eventuale esito favorevole del *referendum* non discende automaticamente che il capoluogo della Città metropolitana divenga Mestre per il maggior numero di abitanti e che a causa di questo effetto il referendum sia inammissibile, spiega una nota. Negando il *referendum*, del resto, si avrebbe una discriminazione dei cittadini interessati, che verrebbero privati del diritto costituzionale di esprimersi sul cambiamento dei loro assetti comunali. Quale poi sarà il capoluogo - se la proposta passerà -, sarà deciso da una separata e autonoma valutazione di opportunità nelle sedi competenti e comunque, la l. n. 56 del 2014 "nomina 'Venezia' la città metropolitana, così intendendo quale sia il conseguente comune capoluogo".

## **2. Autorità amministrative indipendenti.**

### **2.1. Costi amministrativi sostenuti dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per lo svolgimento delle relative competenze.**

In tema di costi amministrativi sostenuti dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per lo svolgimento delle relative competenze la sez. VI, con ordinanza 13 maggio 2019, n. 3109 ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue le questioni se: a) l'art. 12 della direttiva 2002/20/CE, paragrafo 1, lett. a), osta ad una norma nazionale che pone a



carico dei soggetti autorizzati ai sensi della direttiva stessa i costi amministrativi complessivamente sostenuti dalla Autorità nazionale di regolamentazione per l'organizzazione e lo svolgimento di tutte le funzioni, comprese quelle di regolazione, di vigilanza, di composizione delle controversie e sanzionatorie, attribuite all'Autorità nazionale di regolamentazione dal quadro europeo delle comunicazioni elettroniche (di cui alle direttive 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE); ovvero se le attività indicate nell'art. 12, par. 1, lett. a), della direttiva 2002/20/CE si esauriscono nella attività di "regolazione *ex ante*" svolta dall'Autorità nazionale di regolamentazione; b) se l'art. 12, paragrafo 2, della direttiva 2002/20/CE si interpreta nel senso che il rendiconto annuo dei costi amministrativi dell'Autorità nazionale di regolazione e dei diritti riscossi: può essere pubblicato successivamente alla chiusura dell'esercizio finanziario annuale, secondo le leggi nazionali di contabilità pubblica, nel quale sono stati riscossi i diritti amministrativi; consente all'ANR di apportare le "opportune rettifiche" anche con riferimento ad esercizi finanziari non immediatamente contigui.

Ha ricordato la Sezione che la Corte di Giustizia Ue (con ordinanza di rimessione del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio 5 aprile 2012, n. 3133), nelle cause C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12, EU:C:2013:495, era stata chiamata a fornire l'interpretazione autentica e vincolante delle disposizioni europee dettate per le "autorità nazionali di regolamentazione" – con particolare riguardo al settore della comunicazione elettronica – nella parte in cui prevedono l'obbligo, da parte degli Stati membri, di garantire loro indipendenza e imparzialità, assicurando la separazione tra funzioni di regolamentazione e funzioni operative nonché il rispetto del principio di sostanziale autofinanziamento. La Ottava sezione della Corte, con la decisione del 18 luglio 2013, rispose nel senso che l'art. 12 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla disciplina di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, ai sensi della quale le imprese che prestano servizi o reti di comunicazione elettronica sono tenute a versare un diritto destinato a coprire i costi complessivamente sostenuti dall'autorità nazionale di regolamentazione e non finanziati dallo Stato, il cui importo è determinato in funzione dei ricavi realizzati da tali imprese, a condizione che tale diritto sia esclusivamente destinato alla copertura di costi relativi alle attività menzionate al paragrafo 1, lettera a), di tale disposizione, che la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto diritto non superi i costi complessivi relativi a tali attività e che lo stesso diritto sia imposto alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Ha aggiunto la Sezione che scorrendo la motivazione della suddetta decisione si apprezza subito la circostanza che la Corte, nell'espone le sue considerazioni ed osservazioni, non ha in nessun punto affrontato il tema (di centrale rilievo nei contenziosi qui all'esame di questo Consiglio) circa il contenuto e l'ampiezza delle attività di regolazione *ex ante*. Infatti (e nello specifico) al punto 38 della sentenza la Corte ha testualmente affermato che "Per quanto concerne i diritti amministrativi imposti alle imprese che prestano servizi o reti per finanziare le attività dell'ANR per la gestione del regime di autorizzazione e per la concessione dei diritti d'uso, essi sono disciplinati dall'articolo

12 della direttiva autorizzazioni, al quale la direttiva 2009/140, menzionata dal giudice del rinvio, non ha apportato alcuna modifica”, per poi specificare al punto 38 che “Risulta dai termini dell’articolo 12, paragrafo 1, lettera a), della direttiva autorizzazioni che gli Stati membri possono imporre alle imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell’autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d’uso di radiofrequenze o di numeri, soltanto diritti amministrativi che coprono complessivamente i costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l’applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d’uso e degli obblighi specifici di cui all’articolo 6, paragrafo 2, di tale direttiva, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione”, per poi concludere al punto 39 nel senso che “Siffatti diritti possono coprire soltanto i costi che si riferiscono alle attività ricordate al punto precedente, i quali non possono comprendere altre voci di spesa”, ma ciò che più conta, non fornendo in definitiva elementi utili per delimitare o individuare, nello specifico, le tipologie di “attività” oggetto di finanziamento.

Analogamente a quanto si è appena rilevato con riferimento alla sentenza della Ottava sezione della Corte di Giustizia Ue 18 luglio 2013, la Seconda sezione della medesima Corte europea è tornata ad analizzare la compatibilità dell’ordinamento italiano di settore con riferimento al finanziamento delle ANR (ed in particolare dell’Agcom) rispetto alle norme europolitane.

Il perimetro della questione rivolta alla Corte dal Consiglio di Stato (con ordinanza rimessione di questa Sezione 15 maggio 2015 n. 2475) si concentrava sul dubbio se all’Agcom (in qualità di ADR) fossero applicabili le norme in materia di contenimento e razionalizzazione delle spese pubbliche derivante, a seguito delle modificazioni introdotte dal d.l. 2 marzo 2012, n. 16 (convertito in l. 26 aprile 2012, n. 44) e, in particolare, a causa della inclusione dell’Autorità nell’Elenco (delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato individuate ai sensi dell’articolo 1, comma 3, l. 31 dicembre 2009, n. 196) per l’anno 2012 nonché dalla scelta del legislatore di assoggettare comunque tutte le autorità indipendenti alle disposizioni in materia di finanza pubblica e se tali disposizioni si ponessero o meno in contrasto con le norme europee (direttiva quadro 2002/21/CE, come modificata dalla direttiva 2009/140/CE e direttiva autorizzazioni 2002/20/CE) che prevedono l’indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione del settore della comunicazione elettronica.

Con sentenza 28 luglio 2016, causa C-240/15, la Corte di Giustizia ha affermato che l’art. 3 della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), come modificata dalla direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009 e l’art. 12 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che assoggetta un’autorità nazionale di regolamentazione, ai sensi della direttiva

2002/21, come modificata dalla direttiva 2009/140, a disposizioni nazionali applicabili in materia di finanza pubblica e, in particolare, a disposizioni sul contenimento e la razionalizzazione delle spese delle amministrazioni pubbliche, quali quelle di cui al procedimento principale. Ancora una volta però la Corte nulla ha affermato con riguardo al contenuto della espressione di “attività di regolazione *ex ante*”, indicando a quale platea di attività e comportamenti l’espressione sia riferita.

Il giudice amministrativo nazionale, successivamente alla sentenza 18 luglio 2013, affrontando il tema del perimetro delle attività i cui costi “amministrativi” sono computabili ai fini del finanziamento dell’Agcom da parte degli operatori economici ha ritenuto di poter trarre elementi valutativi da quella decisione, nonostante che, per quanto si è sopra riferito, in quella occasione il giudice europeo non avesse perlustrato tale profilo delle disposizioni di cui all’art. 12 della direttiva autorizzazioni, con il dovuto e necessario livello di approfondimento, anche perché non era stata specificamente sottoposta – ed in siffatti termini – la relativa questione.

Ed infatti il Tar Lazio, sez. III, 30 dicembre 2016, n. 12880, ha ritenuto che la compatibilità del quadro normativo fosse stato completamente definito dalla Corte di Giustizia nella predetta decisione, richiamando a conforto anche la sentenza di questo Consiglio n. 600 del 2015, affermando che la Corte abbia operato una piana equiparazione tra le attività elencate nell’art. 12 della direttiva autorizzazioni e la “sola” attività di regolazione svolta dall’Autorità nazionale di regolazione.

Nella realtà tale equiparazione non può leggersi nella sentenza 18 luglio 2013 e non è un caso che la Commissione europea con la nota del 6 maggio 2015, avviando la procedura Eu Pilot 7563/15/CNCT, ha chiesto chiarimenti al governo italiano “anche” in merito all’impatto delle sentenze, in termini quantitativi, sul contributo dell’Autorità nonché alle modalità con le quali siano assicurate le adeguate risorse umane e finanziarie ai sensi dell’art. 3 della direttiva 2002/21/CE.

Delineato come sopra il quadro del confronto contenzioso e dato conto dei dubbi di compatibilità tra la normativa nazionale e quella eurounitaria disciplinante il settore, la Sezione ritiene che non può non ritenersi pregiudiziale alla decisione dei diversi contenziosi qui riuniti – con ciò superando l’avviso contrario delle società parti appellate nei distinti giudizi qui in esame nel grado di appello – la rimessione alla Corte di Giustizia Ue di alcune questioni interpretative ritenute assolutamente rilevanti, anche per effetto della procedura Eu Pilot 7563/15/CNCT avviata dalla Commissione.

Come è noto, ai sensi delle “raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale”, pubblicate in GUUE del 20 luglio 2018, C 257/1, quando una questione è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tuttavia tenuto a presentare alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale (v. art. 267, comma 3, TFUE), salvo qualora esista già una giurisprudenza consolidata in materia o qualora la corretta interpretazione della norma di diritto di cui trattasi non lasci spazio a nessun ragionevole dubbio.

Se nel caso in esame la natura di Giudice di ultima istanza del Consiglio di Stato è consolidata (cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia Ue, Grande Sezione, 5 aprile 2016, n. 689,

Cons. St., Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19 e Cass. civ., Sez. un., 4 febbraio 2014, n. 2403), la giurisprudenza europea in ordine alla norma in esame non risulta essersi puntualmente espressa con riferimento alle specifiche questioni connesse al perimetro applicativo delle attività dell'ADR (in questo caso l'AGCOM) rispetto alle quali deve riferirsi il finanziamento realizzato attraverso l'obbligo imposto agli operatori dei settori di riferimento di contribuire ad esso, tenendo conto delle indicazioni contenute nell'art. 12 della direttiva autorizzazioni, non apparendo ancorabile ad alcuna indicazione espressa contenuta nella disciplina eurounitaria il riferimento alle sole attività di "regolazione ex ante", come la giurisprudenza nazionale negli ultimi anni pare avere interpretato, restrittivamente, sul punto, sostenendo anche che tale interpretazione discendesse dalle indicazioni espresse dalla sentenza della Corte di Giustizia Ue 18 luglio 2013, i cui contenuti sono stati sopra più volte (anche testualmente) riproposti.

A fronte delle indicazioni desumibili dalle norme delle direttive in materia e dalla giurisprudenza europea e nazionale (tutte) sopra richiamate, sussistono dubbi di compatibilità della disciplina nazionale, dapprima con riferimento dall'art. 1, commi 65 e 66, l. 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006) e quindi con riguardo al comma 2-*bis* dell'art. 34, d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche) introdotto dall'art. 5, l. 29 luglio 2005, n. 115, nella parte in cui stabilisce che il finanziamento realizzato attraverso il contributo imposto agli operatori del settore sia destinato alla "copertura dei costi amministrativi complessivamente sostenuti per l'esercizio delle funzioni di regolazione, di vigilanza, di composizione delle controversie e sanzionatorie attribuite dalla legge all'Autorità", rispetto a quanto previsto dall'art. 12 della direttiva 2002/20/CE. Specificandosi che dette funzioni non si limitano alla c.d. attività di regolamentazione *ex ante*.

In secondo luogo il giudizio di compatibilità va chiesto alla Corte di Giustizia Ue con riguardo alla previsione recata nel comma 2-ter del predetto art. 34 nella parte in cui stabilisce che: "Il Ministero, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, e l'Autorità pubblicano annualmente i costi amministrativi sostenuti per le attività di cui al comma 1 e l'importo complessivo dei diritti riscossi ai sensi, rispettivamente, dei commi 2 e 2-*bis*. In base alle eventuali differenze tra l'importo totale dei diritti e i costi amministrativi, vengono apportate opportune rettifiche". La compatibilità, ovviamente, è riferita all'art. 12, par. 2, della direttiva autorizzazioni nella parte in cui stabilisce che "Le autorità nazionali di regolamentazione che impongono il pagamento di diritti amministrativi sono tenute a pubblicare un rendiconto annuo dei propri costi amministrativi e dell'importo complessivo dei diritti riscossi. Alla luce delle differenze tra l'importo totale dei diritti e i costi amministrativi, vengono apportate opportune rettifiche.

## **2.2. Sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.**

Con sentenza 15 luglio 2019, n. 4990 la Sezione VI ha affermato il principio secondo cui gli elementi descrittivi del divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza, anche quelli valutativi e complessi, sono presi in considerazione dalla norma attributiva del potere, nella dimensione oggettiva di "fatto storico" accertabile in via diretta dal giudice, e non di fatto "mediato" dall'apprezzamento dell'Autorità; per questi motivi, il

giudice non deve limitarsi a verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, bensì deve procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie; la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del "mercato rilevante") è una attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto "libero" dell'apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni economiche. Lo dimostra il fatto che, nelle azioni risarcitorie c.d. *stand alone* (ossia non precedute da una decisione dell'Autorità), il giudice civile – sia pure ai fini risarcitori – è chiamato a verificare direttamente ed in prima persona i presupposti dell'illecito, senza che occorra alcuna intermediazione di potere pubblico. La tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve dunque consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità, anche rispetto agli elementi controvertibili in senso epistemologico. Rispetto alla fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati dell'illecito antitrust, il giudice amministrativo è chiamato ad un sindacato, non di astratta "attendibilità", bensì di "maggiore e preponderante attendibilità" della valutazione complessa prescelta dall'Autorità rispetto alla ricostruzione alternativa opposta dall'impresa sanzionata.

Secondo la Sezione, la descritta modalità di sindacato sulle sanzioni antitrust non può essere ritenuta lesiva dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa.

La sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale - proseguendo nella direzione già tracciata dalle sentenze n. 204 del 2004 e n. 77 del 2007 - ha affermato che "l'eccesso di potere giudiziario, denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici. Il concetto di controllo di giurisdizione, così delineato nei termini puntuali che ad esso sono propri, non ammette soluzioni intermedie, come quella pure proposta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze 'abnormi' o 'anomale' ovvero di uno 'stravolgimento', a volte definito radicale, delle 'norme di riferimento'". La Consulta ha, in questi termini, ritenuto non conforme a Costituzione l'interpretazione "evolutiva" e "dinamica" del concetto di giurisdizione, che consentirebbe alla Corte di Cassazione di sindacare non solo le norme che individuano "i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale", ma anche quelle che stabiliscono "le forme di tutela" attraverso cui la giurisdizione si estrinseca.

Dalla giurisprudenza costituzionale sembra evincersi che, attraverso l'eccesso di potere giurisdizionale, non sia possibile contestare davanti alla Corte di Cassazione le caratteristiche strutturali e gli effetti del sindacato di legittimità compiuto dal Consiglio di Stato, privando quest'ultimo della prerogativa – costituzionalmente tutelata – di definire il regime degli atti amministrativi (anche nei suoi confini con il merito). L'eccesso di potere giurisdizionale ai danni dell'Amministrazione sembra quindi configurabile solo in caso di superamento dei limiti dell'attività integrativa del giudice amministrativo, qualora si risolva nella enucleazione di criteri extralegali di integrazione del diritto positivo (preordinati alla valutazione dell'operato della pubblica amministrazione) del tutto incompatibili con le direttrici di valore espresse dall'ordinamento generale.

Su queste basi – nel doveroso rispetto delle prerogative della Corte di Cassazione ed in una prospettiva di leale collaborazione istituzionale – deve ritenersi che uno “sconfinamento” dai limiti esterni della giurisdizione amministrativa non sia predicabile quando - come accade nel caso in discussione - si tratti semplicemente di fissare il significato della fattispecie normativa sanzionatoria ad opera del giudice chiamato alla sua interpretazione.

### **2.3. Sanzioni per gravi intese lesive della concorrenza.**

La Sezione quarta è intervenuta sull'impugnazione di un provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, avendo riscontrato l'esistenza di una grave intesa lesiva della concorrenza vietata, in quanto lesiva della concorrenza, fra imprese ha irrogato alle imprese partecipanti una sanzione amministrativa pecuniaria ed ha ordinato di pagarla entro novanta giorni dalla notifica del provvedimento stesso, avvertendo in modo espresso che in mancanza di pagamento entro un semestre dalla scadenza del termine assegnato, sarebbe stata dovuta la maggiorazione di cui all'art. 27, comma 6, l. 24 novembre 1981, n. 689, ovvero un decimo dell'importo di sanzione in più per ogni semestre di ritardo.

Con ordinanza 14 maggio 2019, n. 3134 la Sezione ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata, per violazione degli artt. 3 e 117, comma 1, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 7 della CEDU) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, comma 4, l. 5 marzo 2001, n. 57, nella parte in cui, nell'introdurre una nuova disciplina sanzionatoria delle infrazioni gravi in materia di intese lesive della concorrenza o di abusi di posizione dominante sul mercato, per le quali la sanzione pecuniaria da applicare non contempla più il minimo edittale dell'uno per cento del fatturato specifico dell'impresa interessata, non ha anche previsto che tale disciplina più favorevole sia da applicare retroattivamente.

Ha chiarito la Sezione che l'art. 11, comma 4, l. n. 57 del 2001 da un lato protegge beni rilevanti per tutta la collettività dei cittadini, come la concorrenza e la correttezza nelle relazioni di mercato, e dall'altro prevede sanzioni della stessa natura delle sanzioni pecuniarie penali, oltretutto per importi non trascurabili, ai quali si ricollega una notevole forza afflittiva. Va evidenziato per completezza che non rileva la circostanza per cui, in via generale, queste sanzioni sono applicabili a imprese costituite in forma di persone giuridiche: in proposito infatti va notato che un pregiudizio al patrimonio della società viene comunque sopportato dai soci, e che l'ordinamento nazionale ha da lungo tempo

abbandonato il concetto tradizionale della non responsabilità penale delle persone giuridiche, alle quali attualmente sono applicabili sanzioni penali proprio del tipo in esame, ovvero pecuniarie. Si tratta quindi di una norma che prevede una sanzione sostanzialmente penale, che dovrebbe essere disciplinata come tale, in particolare nel senso della retroattività della norma sanzionatoria più favorevole.

La questione di legittimità costituzionale di che trattasi risulta non manifestamente infondata, in base alle argomentazioni esposte dalla Corte costituzionale nelle sentenze 20 luglio 2016, n. 193 e 21 marzo 2019 n.63.

Il giudice delle leggi ha in primo luogo evidenziato che un principio costituzionale di retroattività della norma sanzionatoria più favorevole (*lex mitior*) opera per le sanzioni penali, così qualificate in modo espresso dal legislatore: ancorché non lo si possa ricavare dall'art. 25 Cost, esso infatti si desume anzitutto dall'art. 3 Cost., per cui, in linea di massima (e salvo “deroghe ... possibili solo se superano un vaglio positivo di ragionevolezza in quanto mirino a tutelare interessi di analogo ... o relativi a esigenze dell'intera collettività connesse a valori costituzionali”), è ragionevole che il medesimo fatto vada sanzionato nello stesso modo, senza che rilevi se commesso prima o dopo l'entrata in vigore della norma che lo depenalizza o lo punisce in modo meno severo. Lo stesso principio si fonda però anche sull'art. 117 Cost. nella parte in cui esso fa assumere rango costituzionale alla identica previsione così come ricavata dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

Ad avviso della Corte costituzionale identico principio, sulla base degli artt. 6 e 7 Cedu e quindi dell'art. 117 Cost. si deve affermare anche per le sanzioni formalmente qualificate come amministrative, ma assumano il carattere sostanziale di sanzioni penali sulla base dei c.d. criteri Engel, ovvero dei criteri elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo a partire dalla sentenza Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel. In tal senso quindi deve essere considerata penale, e assoggettata al relativo regime giuridico, non solo la sanzione che sia formalmente qualificata come tale, ma anche la sanzione la quale, pur qualificata come amministrativa, protegga *erga omnes* beni della collettività ovvero comporti sanzioni di natura e severità sostanzialmente pari alla sanzione penale, ove i tre criteri appena esposti sono alternativi e non cumulativi.

#### **2.4. Poteri di revisione di un precedente assenso regolatorio.**

La sez. VI, con sentenza 29 luglio 2019, n. 5324, in occasione dell'appello proposto avverso la delibera dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas che ha disposto la sospensione dell'erogazione degli incentivi previsti nella convenzione cip 6/92 per la produzione di energia elettrica ha chiarito che anche l'esercizio di poteri di revisione di un precedente assenso regolatorio devono essere esercitati dalle Autorità di regolazione nel rispetto dei principi dettati, in generale, per le tradizionali autorità, con riferimento al potere di autotutela, e ciò non solo in relazione al formale rispetto dei presupposti, ma anche relativamente alla verifica istruttoria e motivazionale degli elementi forniti dai soggetti passivi, rispetto sia ai presupposti iniziali che alle alternative che le stesse società avrebbero potuto perseguire, in specie dinanzi al mutamento di interpretazione dell'Autorità.

La Sezione ha ricordato che per l'esercizio dei poteri di revisione in questione è pur sempre richiesta la sussistenza di alcuni fondamentali presupposti, ovvero l'illegittimità dell'atto sul quale si interviene, un interesse pubblico all'autotutela, che pacificamente non si riduce al mero interesse a ristabilire la legalità, e una comparazione di tale interesse con quello privato al mantenimento dell'efficacia dell'atto, che deve risultare, all'esito, meritevole di minor tutela.

In linea generale, i poteri di autotutela sono lo strumento con il quale, a mezzo di un processo di rivalutazione e riesame critico della propria attività provvedimentale, la Pubblica amministrazione corregge - annullandola, revocandola o modificandola - l'azione amministrativa fino a quel momento svolta, per consentire il migliore perseguimento in concreto dell'interesse pubblico di cui è depositaria; questo intervento in autotutela è infatti espressione di un potere generale attribuito alla Pubblica amministrazione che, una volta adottato un atto amministrativo, può sempre tornare sui propri passi ponendo in essere una riedizione del potere originariamente esercitato, soggiacendo peraltro ai limiti imposti ora in via anche normativa (dall'art. 21 *nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241) per cui, al fine di procedere alla revoca ed all'annullamento d'ufficio di un atto amministrativo, necessita un triplice ordine di presupposti, e cioè che l'atto sia illegittimo, sussistano ragioni di interesse pubblico che ne giustifichino il ritiro, il tutto avvenga entro un termine ragionevole, nonché venga svolta la considerazione degli interessi dei destinatari del provvedimento viziato.

Né vi sono ragioni ostative all'applicazione di tali principi generali, fondanti dei corretti rapporti fra poteri autoritativi e soggetti privati, alle Autorità indipendenti ed ai procedimenti del settore energetico, specie nel caso di imprese che, esercitando attività di iniziativa economica in coerenza ai diritti già riconosciuti a livello costituzionale (*ex art.* 41 in primo luogo), devono essere messe in condizione di agire, in rapporto a poteri di carattere *latu sensu* regolatorio.

Nel settore dell'esercizio dell'attività di regolazione delle Autorità indipendenti il corretto, doveroso e diligente esercizio dell'interlocuzione procedimentale *ex ante* costituisce di per sé una delle condizioni (non eliminabili e non sostituibili) di conformità a costituzione dello stesso modello regolatorio prima ancora che di conformità a legge del suo concreto esercizio. Ne consegue che il mancato rispetto delle richiamate garanzie e regole procedurali determini *ex se* l'illegittimità dell'atto regolatorio finale, senza che sia possibile invocare il ricorso al richiamato giudizio di carattere controfattuale.

La Sezione, applicando tali principi al caso sottoposto al suo esame, ha affermato che anche l'esercizio di poteri di revisione del precedente assenso regolatorio devono essere esercitati nel rispetto dei principi dettati, in generale per le tradizionali autorità, con riferimento al potere di autotutela. Ciò non solo con riferimento al formale rispetto dei presupposti, ma anche relativamente alla verifica istruttoria e motivazionale degli elementi forniti dai soggetti passivi, sia in relazione ai presupposti iniziali sia rispetto alle alternative che le stesse società avrebbero potuto perseguire, in specie dinanzi al mutamento di interpretazione dell'autorità.



A quest'ultimo proposito, proprio i soggetti dotati di potere regolatorio hanno uno specifico onere di garanzia della certezza delle regole che sono chiamate a dettare ed applicare in relazione al delicato settore di intervento, che non possono non ricadere sul versante della considerazione dell'affidamento ingenerato nelle imprese del medesimo settore.

A fronte delle peculiarità della fattispecie, non è applicabile l'invocata regola dell'immanenza del potere di verifica della spettanza degli incentivi, riguardante il diverso aspetto della permanenza dei presupposti per gli stessi incentivi nel corso dello svolgimento dell'attività. Trattandosi di rapporti destinati a durare nel tempo è ben logico che alle autorità sia garantito tale potere di vigilanza e di verifica, che tuttavia non può che avere ad oggetto il permanere dei presupposti in corso d'opera, non la rimessa in discussione *ad libitum* dei presupposti iniziali, senza il rispetto delle necessarie garanzie ed affidamenti in capo alle imprese direttamente coinvolte.

### **2.5. Divieto di commercializzazione affidato ad Ivass.**

La sez. VI, con sentenza 2 dicembre 2019, n. 8216 ha pronunciato su una controversia avente ad oggetto la comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 184, comma 2, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private) e la prescrizione di misure correttive, con il divieto di commercializzazione della polizza assicurativa RCP medico e di rinnovo automatico per i contratti in essere e ha prescritto l'adozione di ulteriori misure correttive.

Ha affermato che nel bilanciamento dei contrapposti interessi e dei relativi principi anche di origine costituzionale, la giustificazione del potere di divieto di commercializzazione affidato ad Ivass dagli artt. 183 e 184, d.lgs. n. 209 del 2005 deve trovare fondamento nell'accertamento di una specifica violazione da correggere, come reso evidente dalla stessa formulazione della norma applicata *sub* art. 184, comma 2, cit., anche a fini di tutela dell'affidamento non solo dei privati incisi ma degli stessi utenti finali che l'attività dell'Istituto intende compiutamente tutelare.

La Sezione ha premesso che l'Ivass svolge compiti esclusivi di regolazione e vigilanza sul settore assicurativo, che lo hanno svincolato da ogni forma originaria, e sia pure attenuata, di assoggettamento a poteri governativi o ministeriali di indirizzo, controllo o vigilanza. L'ampiezza e l'esclusività dei poteri di regolazione e vigilanza del settore assicurativo, i connessi poteri regolamentari, i rapporti di collaborazione e scambio informativo con altre autorità indipendenti (Banca d'Italia, Commissione nazionale per le società e la borsa, Commissione di vigilanza sui fondi pensione) e la finalizzazione delle varie attribuzioni alla più complessiva funzione di garanzia della trasparenza e della concorrenzialità del mercato assicurativo, ne connotano la natura giuridica quale autorità amministrativa indipendente, presentando l'Istituto i tratti distintivi essenziali degli enti di tale tipo, costituiti dalla separazione e autonomia dal governo e, in generale, dal potere esecutivo nelle sue articolazioni ministeriali, in ragione della preposizione alla cura e tutela di diritti ed interessi costituzionalmente rilevanti, in settori ordinamentali di primaria importanza.

Orbene, proprio la rilevanza (in termini applicativi di precetti costituzionali fondamentali), l'autonomia e l'incisività dei compiti impongono che le relative statuizioni siano

adeguate, conformi alle norme di riferimento, come nel caso di specie in cui la norma impone delle violazioni accertate. Pur nei limiti di sindacato tipici del presente giudizio amministrativo, occorre che il potere esercitato, nel caso di specie la singola prescrizione, risulti compresa dei presupposti dettati dalla norma, nonché accompagnata da attività istruttoria e da valutazione motivazionale, tipica di ogni attività provvedimentale incisiva su attività economiche. Ha infine ricordato la Sezione che è compito fondamentale di vigilare dell'Ivass sulla correttezza dei comportamenti delle imprese nei confronti del consumatore e sulla trasparenza dei prodotti assicurativi, stabilendo regole di comportamento che le imprese e gli intermediari sono tenuti a osservare nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti e ne verifica il puntuale adempimento. Orbene, proprio tali compiti impongono una adeguata chiarezza delle prescrizioni e del relativo fondamento, pena l'impossibilità di puntuale adempimento, come dimostrato nel caso di specie dove alla carenza di specificazione si è accompagnato un dialogo procedimentale fonte di incertezze per tutti i soggetti potenzialmente coinvolti.

### **3. Enti locali.**

#### **3.1. Scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazione mafiosa.**

Con sentenza 17 giugno 2019, n. 4026 la sez. III si è soffermata sui presupposti e le valutazioni sottese allo scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazione mafiosa ed ha affermato che tale valutazione deve essere non atomistica ma complessiva, in ordine non soltanto a singoli episodi, ma soprattutto ai collegamenti tra fatti, persone e andamenti nel tempo della amministrazione locale; le mafie costituiscono una minaccia asimmetrica e fortemente adattabile a tempi, luoghi, relazioni fra persone e operatori economici: la scomposizione atomistica della valutazione condurrebbe, quindi, a non cogliere il “valore aggiunto negativo” della contaminazione mafiosa, che non è statica ma dinamica e non è mai rigida ma variamente adattabile; si richiede in altri termini che la valutazione costituisca “bilanciata sintesi e non mera somma dei singoli elementi stessi”.

Ha ricordato la Sezione che lo scioglimento degli organi comunali per infiltrazioni mafiose è strumento di tutela della collettività, a carattere preventivo e non sanzionatorio, nei casi in cui gli elementi raccolti sulla infiltrazione e contaminazione mafiosa nella conduzione della cosa pubblica determinano una emergenza straordinaria che richiede – come la Corte costituzionale la definì con sent. n. 103 del 19 marzo 1993 – una misura di carattere straordinario.

Si verifica, infatti, la situazione in cui l'esito del voto democratico – unica regola possibile per il governo di una amministrazione pubblica – è risultato, a seguito della approfondita indagine della commissione ispettiva, condizionato o comunque contaminato da gruppi mafiosi, talché esponenti locali eletti e attività dell'amministrazione in carica appaiono influenzati da regole e logiche che contrastano totalmente con i principi costituzionali della democrazia rappresentativa e della trasparenza e buon andamento.

Ogni voto, ogni amministratore eletto con l'influenza della mafia, deve, allora, comportare una risposta dello Stato tanto straordinaria quanto lo è la sottrazione del potere di governo a chi formalmente lo ha conquistato con le elezioni ma che, nella sostanza,

piega il risultato elettorale in danno, diretto o indiretto, della collettività degli onesti a vantaggio delle cosche dominanti.

E' questa la ragione per cui il procedimento di scioglimento è scandito dal passaggio attraverso la valutazione e decisione delle più alte cariche del Governo della Repubblica, sulla base di una – sempre approfondita e articolata – relazione ispettiva ordinata dal Ministro dell'Interno.

La deliberazione del Consiglio dei Ministri esprime, a un tempo, la forte natura di responsabilità collegiale esercitata, e la conseguente ampiezza della valutazione discrezionale sugli elementi ritenuti idonei ai fini della misura.

L'adozione dello scioglimento con decreto del Presidente della Repubblica, pur non concorrendo il Presidente della Repubblica alle valutazioni sulla vicenda, conferisce al provvedimento la speciale solennità derivante dal carattere, come detto, di misura straordinaria a tutela della collettività dei cittadini residenti nel Comune interessato. Come la Corte costituzionale ha osservato nella citata sentenza n. 103 del 1993, infatti, la misura è “caratterizzata da rilevanti aspetti di prevenzione sociale per la sua ricaduta sulle comunità locali che la legge intende sottrarre, nel suo complesso, alla influenza della criminalità organizzata”.

La stessa sez. III, con la sentenza n. 6435 del 26 settembre 2019, ha aggiunto che gli elementi indicativi del condizionamento criminale devono caratterizzarsi per concretezza ed essere, anzitutto, assistiti da un obiettivo e documentato accertamento nella loro realtà storica.

L'indubbio nesso di interdipendenza che deve esistere tra gli elementi soggettivi – i collegamenti diretti o indiretti degli amministratori locali con le associazioni mafiose – e quelli oggettivi – tra i quali figura anche la compromissione del regolare funzionamento dei servizi affidati alla pubblica amministrazione – va valutato, complessivamente e non atomisticamente, secondo una logica probabilistica, tipica del diritto della prevenzione, alla quale sicuramente anche lo scioglimento di cui all'art. 143, comma 1, del T.U.E.L., per sua stessa finalità anticipatoria, appartiene, e non già secondo il criterio della certezza raggiunta oltre ogni ragionevole dubbio, propria dell'accertamento penale.

Se è vero che elementi oggettivi e soggettivi devono sussistere entrambi, è anche vero però che essi devono essere letti insieme, secondo una connessione che, per quanto non assolutamente certa, deve apparire almeno altamente probabile e assistita da una valida spiegazione razionale, rispetto alla quale tutte le altre spiegazioni risultino meno plausibili. Ai fini preventivi, che soli rilevano nell'applicazione dell'art. 143 del T.U.E.L., può bastare infatti anche soltanto un atteggiamento di debolezza, omissione di vigilanza e controllo, incapacità di gestione della macchina amministrativa da parte degli organi politici che sia stato idoneo a beneficiare soggetti riconducibili ad ambienti controindicati. Il fatto stesso che il consiglio comunale sia espressione, anche in parte minoritaria, dell'appoggio elettorale mafioso dato ad una lista o un'altra o, come nel caso di specie, che persino il presidente e il vicepresidente del consiglio comunale, poi dimessisi da tale carica, siano coinvolti in oscure vicende elettorali oggetto di indagine, che vedono il contributo determinante della mafia nel condizionare il voto popolare, è tale da inficiare irrimediabilmente il funzionamento del consiglio comunale per un suo vizio genetico,

essendo difficilmente credibile, secondo la logica della probabilità cruciale, che un consiglio comunale i cui componenti siano eletti in parte con l'appoggio della mafia, per una singolare eterogeneità dei fini, possa e voglia adoperarsi realmente, e non per mero perbenismo legalitario, per il ripristino di una effettiva legalità sul territorio e per la riaffermazione del potere statale contro i soprusi di un ordinamento delinquenziale, come quello mafioso, ad esso avverso per definizione.

Ogni futura azione politica e amministrativa, che si sviluppi all'esito di libere elezioni, deve recidere qualsiasi rapporto, qualsiasi compromesso con il potere mafioso, senza scendere a patti con esso per convenienza o connivenza o mero timore, se vorrà essere autenticamente rispettosa del principio democratico, che anima la Costituzione (art. 1, comma 2) nelle forme e nei limiti da essa previsti, pena, altrimenti, la dissoluzione del consiglio comunale ai sensi dell'art. 143, comma 1, del T.U.E.L., quale necessaria *extrema ratio* a tutela dell'ordinamento costituzionale e dei suoi più basilari valori, la dignità e la libertà della persona, dai quali nemmeno una volontà popolare, inquinata dalla minaccia o dalla corruzione mafiosa, o l'accordo tra politica e mafia può decampare, poiché questa dignità e questa libertà, valori irrinunciabili per chiunque, costituiscono il fondamento, ma anche il limite di questa volontà in un ordinamento non solo formalmente, ma autenticamente democratico.

#### **4. Elezioni.**

##### **4.1. Elezioni europee.**

Con 23 aprile 2019, n. 2620 la Sezione terza ha dichiarato legittima l'esclusione dalla competizione elettorale europea del 26 maggio 2019 di una lista elettorale che intendeva usare nel proprio contrassegno un simbolo che ormai identificava da anni, per l'elettorato, un'altra formazione politica, tradizionalmente presente sia nel Parlamento nazionale che in quello europeo.

La Sezione ha ribadito alcuni importanti principi in riferimento alle imminenti competizioni elettorali europee.

Sul piano del diritto nazionale, anzitutto, il giudice d'appello ha ricordato come l'art. 14, comma 3, d.P.R. n. 361 del 1957 vieti espressamente la presentazione, da parte di altri partiti o gruppi politici, di contrassegni riproducenti simboli o elementi caratterizzanti simboli che, per essere usati tradizionalmente da partiti presenti in Parlamento, possono trarre in errore l'elettore e come il successivo comma sesto non ammetta la presentazione, da parte di altri partiti o gruppi politici, di contrassegni riproducenti simboli o elementi caratterizzanti simboli che, per essere usati tradizionalmente da partiti presenti in Parlamento, possono trarre in errore l'elettore.

In applicazione di queste disposizioni, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima l'esclusione di una lista elettorale che intendeva usare nel proprio contrassegno un simbolo che ormai identificava da anni, per l'elettorato, un'altra formazione politica, tradizionalmente presente sia nel Parlamento nazionale che in quello europeo, al fine di garantire una corretta e consapevole scelta dell'elettore, immune da sviamenti e confusioni, verso una determinata forza politica, con tutela, quindi, dell'affidamento identitario che l'elettore può ragionevolmente effettuare attraverso un riscontro, appunto, dei simboli nell'immagine socialmente nota di un partito.

Sul piano del diritto europeo, poi, il Consiglio di Stato ha ricordato che i partiti o gruppi politici nazionali possono inserire, nel contrassegno che intendono presentare, simboli e/o denominazioni di partiti europei, fornendo la relativa documentazione sulla legittimità all'uso.

Con la decisione (UE, Euratom) 2018/994 del Consiglio del 13 luglio 2018 è stato modificato l'atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio del 20 settembre 1976, inserendovi l'articolo 3-ter, secondo cui "gli Stati membri possono consentire l'apposizione, sulle schede elettorali, del nome o del logo del partito politico europeo al quale è affiliato il partito politico nazionale o il singolo candidato".

Il partito nazionale, che deposita, all'interno del proprio contrassegno, anche quello (e/o la denominazione) di un partito politico europeo "affiliato", deve produrre l'attestazione/dichiarazione del presidente, segretario o altro rappresentante legale del partito europeo di riferimento, che affermi l'esistenza di un "collegamento" (o affiliazione/associazione) con detto partito nazionale, e la conseguente legittimazione all'utilizzo del simbolo e/o della denominazione del partito o gruppo politico europeo all'interno del contrassegno che il medesimo partito nazionale deposita.

In mancanza di tale collegamento, debitamente documentato, e che non può essere ovviamente frutto della mera iniziativa unilaterale del partito nazionale, non è legittimo l'uso del simbolo del partito europeo nel proprio contrassegno da parte del partito nazionale.

I principi relativi all'esigenza dell'affiliazione valgono, ha ricordato il Consiglio di Stato nella sentenza n. 2621 del 23 aprile 2019, anche per il rapporto tra partito nazionale e altro partito estero e, dunque, anche per il collegamento orizzontale tra partito nazionale e quello presente in altro Stato dell'Unione e non solo, dunque, per quello verticale tra partito nazionale e partito presente nel Parlamento europeo, sempre ad evitare condotte che suscitino dubbi o confusione nei cittadini europei e alterino il formarsi del consenso elettorale.

Diversamente, infatti, si consentirebbe ad un partito politico nazionale di accreditarsi, presso l'elettorato, come "affiliato" ad un certo movimento partito o movimento politico estero, senza l'assenso di questo, e di presentare in questo modo contrassegni e simboli che ne dimostrano una comunanza di idee, di propositi e di programmi, con un altro partito presente in altro Stato dell'Unione.

L'affiliazione tra partiti a livello europeo rappresenta invece, sia alla luce della normativa eurolunitaria sia in base a quella nazionale, un preciso istituto giuridico, subordinato all'accordo tra due formazioni politiche ed alla relativa prova.

Conseguentemente il divieto dell'art. 14, comma 3, d.P.R. n. 361 del 1957, a mente del quale «non è ammessa la presentazione di contrassegni identici o confondibili con quelli presentati in precedenza ovvero con quelli riproducenti simboli, elementi e diciture, o solo alcuni di essi, usati tradizionalmente da altri partiti», nell'ottica della competizione elettorale europea non riguarda solo i partiti nazionali, ma anche quelli di altri Stati membri dell'Unione, con la conseguenza che l'affiliazione è istituto applicabile sia al collegamento verticale tra partiti nazionali e partiti europei sia al collegamento orizzontale tra partiti di diversi Stati.

## 4.2. Elezioni del Consiglio provinciale di Trento.

La sez. III, con sentenza 18 luglio 2019, n. 5053 ha affermato che il ricorso proposto avverso l'atto di proclamazione degli eletti del Consiglio provinciale di Trento e del Presidente della Provincia autonoma di Trento non deve essere notificato anche alla Regione Trentino-Alto Adige/Sudtirolo non rappresentando la stessa, con riferimento alle elezioni per il rinnovo dei Consigli provinciali e dei Presidenti delle Province autonome, ed insieme a queste ultime, un Ente "della cui elezione si tratta" ex art. 130, comma 3, lett. a) c.p.a., a mente del quale "il ricorso è notificato...all'ente della cui elezione si tratta, in caso di elezioni di comuni, province, regioni". Ha chiarito la Sezione che l'attuale assetto ordinamentale speciale della Regione Trentino-Alto-Adige configura il procedimento elettorale come rivolto alla costituzione dei (soli) Consigli provinciali, laddove il concorso dei consiglieri provinciali eletti alla composizione del Consiglio regionale rappresenta l'effetto solo indiretto del procedimento elettorale, discendendo da una norma (l'art. 25, comma 1, dello Statuto speciale della Regione Trentino-Alto-Adige, a mente del quale "il Consiglio regionale è composto dai membri dei Consigli provinciali di Trento e Bolzano") non intesa a disciplinare il procedimento elettorale ed i suoi effetti, ma a ricollegare al già conseguito *munus* di consigliere provinciale quello (ulteriore e distinto) di consigliere regionale.

In altri termini, la distinzione – anche solo formale e procedimentale – tra attribuzione della carica di consigliere provinciale, conseguente al procedimento elettorale, ed investitura della carica di consigliere regionale, la quale presuppone la conclusione del procedimento elettorale e la consacrazione, attraverso la proclamazione degli eletti al Consiglio provinciale, dei relativi effetti, non consente di affermare, se non rinunciando ad un congruo livello di approssimazione nella ricostruzione e qualificazione della fattispecie, indispensabile in tema di definizione degli oneri processuali sanzionati da inammissibilità, che la Regione Trentino-Alto Adige/Sudtirolo rappresenta, con riferimento alle elezioni per il rinnovo dei Consigli provinciali e dei Presidenti delle Province autonome, ed insieme a queste ultime, un Ente "della cui elezione si tratta".

Ha ancora affermato la Sezione che il principio secondo cui l'indicazione della preferenza a favore di una persona il cui cognome corrisponda ad un candidato di lista diversa da quella votata, ma di cui sia errata l'indicazione del nome di battesimo, può trovare non implausibile spiegazione – alternativa a quella che riconduce la suddetta modalità compilativa ad una univoca volontà di riconoscimento – da un lato, nell'errore dell'elettore *imperitus*, ignaro cioè della norma che non consente di attribuire il voto di preferenza a favore di candidato non presente nella lista votata, dall'altro lato, nel ricordo fallace del nome di battesimo di quel medesimo candidato.

Ha affermato la Sezione che deve attribuirsi una finalità riconoscitiva, ergo il pericolo di infrangimento del velo di anonimato che deve circondare l'espressione del voto ed il suo successivo "trattamento" nell'ambito del procedimento elettorale, a quelle forme o modalità di esternazione della volontà elettorale che non siano spiegabili con la mera scarsa dimestichezza dell'elettore (compresa la figura dell'elettore dotato di non parti-

colare cultura e/o di età non giovanissima) con le norme elettorali ovvero che non costituiscano il frutto di una propria “personale”, quanto non del tutto inverosimile, interpretazione delle regole elettorali.

Ha aggiunto che è quantomeno insolito che un elettore indichi una preferenza a favore di un soggetto, puntualmente designato mediante nome e cognome, non presente tra i candidati (di alcuna lista), ma realmente esistente nella comunità degli aventi diritto al voto: un elettore che peraltro, avendo espresso (anche) una preferenza in modo rituale, ovvero indicando un candidato effettivamente presente nella lista contestualmente votata, dimostri di non essere ignaro della effettiva composizione delle liste (ovvero, quantomeno, del modo in cui sincerarsi di quella composizione).

Ne consegue che, anche a prescindere dall'ipotesi estrema che il voto provenga dalla stessa persona di cui è indicato il nominativo, la suddetta manifestazione di voto, ponendosi al di là di un plausibile, sebbene irrituale, modo di esercizio del diritto di elettorato attivo e non potendo trovare spiegazione nelle peculiari condizioni psico-fisiche dell'ipotetico elettore, non può che trovare spiegazione nella sua volontà di conferire alla scheda un chiaro segno di personalizzazione e quindi, almeno potenzialmente, di riconoscimento.

La norma che sanziona con la nullità il voto caratterizzato da segni di riconoscimento ha natura di norma di pericolo, essendo finalizzata a prevenire gli attentati alla libera manifestazione del voto: la sua applicazione, quindi, prescinde dalla riscontrabilità in concreto di una volontà di riconoscimento (peraltro di difficile accertamento, inerendo alla valutazione di stati di carattere psicologico in capo, peraltro, ad un elettore ignoto, se non al soggetto cui quei “segni” di riconoscimento eventualmente si rivolgono), laddove sussistano seri e concreti elementi dimostrativi della direzione univoca delle peculiari modalità compilative della scheda verso una finalità identificativa.

## **5. Sicurezza pubblica.**

### **5.1. Informativa antimafia.**

La sez. III del Consiglio di Stato si è occupata dell'istituto dell'informativa antimafia approfondendo i diversi profili. Anche il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha esaminato *funditus* tale istituto.

Con sentenza 30 gennaio 2019, n. 758 la Sezione terza ha affermato che l'equilibrata ponderazione dei contrapposti valori costituzionali in gioco, la libertà di impresa, da un lato, e la tutela dei fondamentali beni che presidiano il principio di legalità sostanziale, secondo la logica della prevenzione, richiedono alla Prefettura un'attenta valutazione dei diversi elementi, che devono offrire un quadro chiaro, completo e convincente del pericolo di infiltrazione mafiosa, e a sua volta impongono al giudice amministrativo, nel sindacato sulla motivazione, un altrettanto approfondito esame di tali elementi, singolarmente e nella loro intima connessione, per assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro ogni eventuale eccesso di potere da parte del Prefetto nell'esercizio di tale ampio, ma non indeterminato, potere discrezionale.

La Sezione ha premesso che l'art. 84, comma 3, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice antimafia) riconosce quale elemento fondante l'informazione antimafia la sussistenza di

“eventuali tentativi” di infiltrazione mafiosa “tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate”. Eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa e tendenza di queste ad influenzare la gestione dell’impresa sono all’evidenza tutte nozioni che delineano una fattispecie di pericolo, propria del diritto della prevenzione, finalizzate, appunto, a prevenire un evento che, per la stessa scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o invero, ma anche solo potenziale, purché desumibile da elementi non meramente immaginari o aleatori. Il pericolo – anche quello di infiltrazione mafiosa – è per definizione la probabilità di un evento.

Il diritto amministrativo della prevenzione antimafia in questa materia non sanziona perciò fatti, penalmente rilevanti, né reprime condotte illecite, ma mira a scongiurare una minaccia per la sicurezza pubblica, l’infiltrazione mafiosa nell’attività imprenditoriale, e la probabilità che siffatto “evento” si realizzi.

Il pericolo dell’infiltrazione mafiosa, quale emerge dalla legislazione antimafia, non può tuttavia sostanziarsi in un sospetto della Pubblica amministrazione o in una vaga intuizione del giudice, che consegnerebbero questo istituto, pietra angolare del sistema normativo antimafia, ad un diritto della paura, ma deve ancorarsi a condotte sintomatiche e fondarsi su una serie di elementi fattuali, taluni dei quali tipizzati dal legislatore (art. 84, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2011: si pensi, per tutti, ai cc.dd. delitti spia), mentre altri, “a condotta libera”, sono lasciati al prudente e motivato apprezzamento discrezionale dell’autorità amministrativa, che “può” – si badi: può – desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa, ai sensi dell’art. 91, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011, da provvedimenti di condanna non definitiva per reati strumentali all’attività delle organizzazioni criminali “unitamente a concreti elementi da cui risulti che l’attività di impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata”. La formulazione della fattispecie normativa a struttura aperta, propria dell’informazione interdittiva antimafia, consente all’autorità amministrativa e, ove insorga contestazione in sede giurisdizionale, al giudice amministrativo di apprezzare, in sede di sindacato sull’eccesso di potere, tutta 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, elementi che sfuggirebbero, invece, ad una rigorosa, tassativa, asfissiante tipizzazione di tipo casistico, che elenchi un *numerus clausus* di situazioni “sintomatiche”.

Una simile tecnica legislativa, ove pure sia auspicabile, *in abstracto*, sul piano della certezza del diritto e della prevedibilità delle condotte anche in materia di prevenzione antimafia, frustrerebbe nel suo “fattore di rigidità”, per usare un’espressione dottrinaia, la *ratio* che ispira il diritto della prevenzione, il quale deve affidarsi anche, e necessariamente, a “clausole generali”, come quelle del tentativo di infiltrazione mafiosa, e alla valutazione di situazioni concrete, non definibili a priori, spesso ancora ignote alle stesse forze di polizia prima ancora che alla più avanzata legislazione, attraverso le quali la mafia opera e si traveste, in forme nuove e gangianti, per condizionare le scelte imprenditoriali.

Ha aggiunto la Sezione che la legislazione antimafia può e deve prevenire anche l’insidia della contiguità compiacente accanto a quella c.d. soggiacente e, con essa, le condotte,



ambigue, di quegli operatori economici che, pur estranei ad associazioni mafiose, si pongono su una pericolosa linea di confine tra legalità e illegalità nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, se è vero che simili condotte 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 tuttavia questo patto, come si è accennato, a discapito del nome è pur sempre una forma di condizionamento, diretto o indiretto a seconda dei casi, esercitato dalla mafia per asservire uomini e mezzi ai suoi fini illeciti e, quindi, una minaccia per la dignità di quegli imprenditori che questo patto stipulano, nell'illusoria prospettiva di un affare, anzitutto contro di sé.

Chi contratta e collabora con la mafia infatti, per convenienza o connivenza, non è mai soggetto, ma solo oggetto di contrattazione.

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 nella dignità della persona, principio supremo del nostro ordinamento, il quale – e non a caso – opera come limite all'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 climax assiologico di tipo ascendente – in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".

E non vi è dubbio che qualsiasi forma di contiguità imprenditoriale alla mafia, sia essa soggiacente o, ancor peggio, compiacente, sia un attentato alla libertà dell'impresa, di ogni impresa che voglia regolarmente operare sul mercato, e alla dignità della persona umana, asservita per ragioni economiche a fini di associazioni pericolosamente operanti in radicale antitesi rispetto allo Stato.

I fenomeni criminali di cui sono espressione le organizzazioni e le attività mafiose, in effetti, hanno progressivamente assunto, nel corso dei decenni, carattere sempre più "asimmetrico", nel senso che metodi e obiettivi hanno sempre più accentuato i caratteri della adattabilità alle circostanze più favorevoli al profitto ingente e facile, della imprevedibilità di strategie grazie alla estrema flessibilità nel mutamento di operazioni, alleanze e strategie e della graduale, ma costante penetrazione, con una serie di atti apparentemente non eccezionali o eclatanti, nei più diversi contesti della economia legale, e con una proiezione ormai anche internazionale.

Ciò permette alle mafie, rispetto alle tragiche stagioni di sangue degli attacchi frontali allo Stato, di occupare nella quotidianità settori che soltanto con la capillare attività di monitoraggio territoriale riescono ad emergere, grazie agli strumenti che il codice antimafia offre alla Prefettura.

Ecco perché una minaccia asimmetrica, quale quella mafiosa, richiede una "frontiera avanzata" della prevenzione con strumenti che debbono armonizzarsi, adattarsi, modificarsi di contesto in contesto (anche in relazione a storie, tradizioni e metodi di ciascun

territorio contaminato) e di settore in settore economico, per affermare sempre il “potere della legge” verso il contropotere perseguito dalle mafie.

Mai detto obiettivo, che risponde a un valore, come detto, supremo nella scala dei valori costituzionali, potrebbe essere irrigidito e imbrigliato entro una casistica fissa e immutabile senza offrire alle associazioni mafiose un comodo appiglio formale, di cui difficile sarebbe il superamento senza un continuo intervento legislativo di aggiornamento che “rincorra” affannosamente, e tardivamente, le nuove strategie mafiose.

Ha ancora chiarito la Sezione di non ignorare per altro verso, nell’ottica di questo equilibrato bilanciamento, gli effetti davvero incisivi, inibitori e finanche paralizzanti per l’attività di impresa, conseguenti all’adozione dell’informazione antimafia, da taluno assimilata o comparata addirittura ad una sorta di “ergastolo imprenditoriale”.

Voci fortemente critiche si sono levate rispetto alla presunta indeterminazione dei presupposti normativi che legittimano l’emissione dell’informazione antimafia, soprattutto dopo la recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo del 23 febbraio 2017, ric. n. 43395/09, nel caso De Tommaso c. Italia, riguardante le misure di prevenzione personali, e taluni autori, nel preconizzare l’“onda lunga” di questa pronuncia anche nella contigua materia della documentazione antimafia, hanno fatto rilevare come anche l’informazione antimafia “generica”, nelle ipotesi dell’art. 84, comma 4, lett. d) ed e), d.lgs. n. 159 del 2011 (accertamenti disposti dal Prefetto da compiersi anche avvalendosi dei poteri di accesso), sconterebbe un deficit di tipicità non dissimile da quello che, secondo i giudici di Strasburgo, affligge l’art. 1, lett. a) e b), del medesimo d.lgs. n. 159 del 2011.

Si è osservato che l’assoluta indeterminazione delle condizioni che possono consentire al Prefetto di emettere una informazione antimafia “generica”, in tali ipotesi di non meglio determinati accertamenti disposti dal Prefetto, apparirebbe poco sostenibile in un ordinamento democratico che rifugga dagli antichi spettri del diritto di polizia o dalle “pene” del sospetto e voglia ancorare qualsiasi provvedimento restrittivo di diritti fondamentali a basi legali precise e predeterminate.

L’art. 84, comma 4, lett. d) ed e), del Codice antimafia – ma ragionamento analogo deve svolgersi per la seconda parte dell’art. 91, comma 6, dello stesso codice, laddove si riferisce a non meglio precisati “concreti elementi” – non contemplerebbe, secondo tale tesi, alcun parametro oggettivo, anche il più indeterminato, che possa in qualche modo definire il margine di apprezzamento discrezionale del Prefetto, rendendo del tutto imprevedibile la possibile adozione della misura.

La Sezione ha ritenuto che questa tesi non possa essere seguita e che, ferma restando ovviamente, se del caso, ogni competenza del giudice europeo per l’applicazione del diritto convenzionale e, rispettivamente, della Corte costituzionale per l’applicazione delle disposizioni costituzionali, non sia prospettabile alcuna violazione dell’art. 1, Protocollo 1 addizionale, CEDU, con riferimento al diritto di proprietà, e, per il tramite di tale parametro interposto, nessuna violazione dell’art. 117 Cost. per la mancanza di una adeguata base legale atta ad evitare provvedimenti arbitrari.

Anche gli accertamenti disposti dal Prefetto, nella stessa provincia in cui ha sede l’impresa o in altra, sono finalizzati, infatti, a ricercare elementi dai quali possa desumersi, ai sensi dell’art. 84, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011, “eventuali tentativi di infiltrazione

mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate” e tali tentativi, per la loro stessa natura, possono essere desunti da situazioni fattuali difficilmente enunciabili *a priori* in modo tassativo.

Nella stessa sentenza De Tommaso c. Italia, già ricordata, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rammentato, in via generale, che “mentre la certezza è altamente auspicabile, può portare come strascico una eccessiva rigidità e la legge deve essere in grado di tenere il passo con il mutare delle circostanze”, conseguendone che “molte leggi sono inevitabilmente formulate in termini che, in misura maggiore o minore, sono vaghi e la cui interpretazione e applicazione sono questioni di pratica” (§ 107), e ha precisato altresì che “una legge che conferisce una discrezionalità deve indicare la portata di tale discrezionalità” (§ 108).

La sopra richiamata funzione di “frontiera avanzata” dell'informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato impone, a servizio delle Prefetture, un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini. E solo di fronte ad un fatto inesistente od obiettivamente non sintomatico il campo valutativo del potere prefettizio, in questa materia, deve arrestarsi.

Negare però in radice che il Prefetto possa valutare elementi “atipici”, dai quali trarre il pericolo di infiltrazione mafiosa, vuol dire annullare qualsivoglia efficacia alla legislazione antimafia e neutralizzare, in nome di una astratta e aprioristica concezione di legalità formale, proprio la sua decisiva finalità preventiva di contrasto alla mafia, finalità che, per usare ancora le parole della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza De Tommaso c. Italia, consiste anzitutto nel “tenere il passo con il mutare delle circostanze” secondo una nozione di legalità sostanziale. Ma, come è stato recentemente osservato anche dalla giurisprudenza penale, il sistema delle misure di prevenzione è stato ritenuto dalla stessa Corte europea in generale compatibile con la normativa convenzionale “poiché il presupposto per l'applicazione di una misura di prevenzione è una “condizione” personale di pericolosità, la quale è desumibile da più fatti, anche non costituenti illecito, quali le frequentazioni, le abitudini di vita, i rapporti, mentre il presupposto tipico per l'applicazione di una sanzione penale è un fatto-reato accertato secondo le regole tipiche del processo penale” (Cass. pen., sez. II, 9 luglio 2018, n. 30974). La giurisprudenza della Sezione terza del Consiglio di Stato ha così enucleato le situazioni indiziarie, tratte dalle indicazioni legislative o dalla casistica giurisprudenziale, che possono costituire altrettanti “indici” o “spie” dell'infiltrazione mafiosa, non senza precisare che esse costituiscono un catalogo aperto e non già un *numerus clausus* in modo da poter consentire all'ordinamento di poter contrastare efficacemente l'infiltrazione mafiosa all'interno dell'impresa via via che essa assume forme sempre nuove e sempre mutevoli.

Con successiva sentenza 3 aprile 2019, n. 2211 la Sezione terza, nel soffermarsi sui c.d. reati spia, ha giudicato legittima l'informativa antimafia emessa nei confronti di una società il cui legale rappresentante sia fratello del rappresentante di altra società colpita da interdittiva a seguito di condanna per reati connessi al traffico illecito di rifiuti, atteso che il disvalore sociale e la portata del danno ambientale connesso a tale traffico illecito

di rifiuti rappresentano, già da soli, ragioni sufficienti a far valutare con attenzione i contesti imprenditoriali, nei quali sono rilevati, in quanto oggettivamente esposti al rischio di infiltrazioni di malaffare che hanno caratteristiche e modalità di stampo mafioso.

Ha ricordato la Sezione che a mente dell'art. 84, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 159 del 2011, le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva, di cui al comma 3, sono desunte, fra l'altro, "dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli artt. 353, 353-*bis*, 629, 640-*bis*, 644, 648-*bis*, 648-*ter* cod.pen., dei delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. e di cui all'art. 12-*quinqüies*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 1992, n. 356". Rispetto ai suddetti titoli di reato, contenuti nell'art. 84, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 159 del 2011, il legislatore ha, dunque, inteso operare una selezione a monte delle condotte che riflettono in sé il pericolo di infiltrazione mafiosa, in quanto si tratta di fattispecie che destano maggiore allarme sociale, intorno alle quali con maggiore regolarità statistica gravita il mondo della criminalità organizzata di stampo mafioso.

Trattasi di un catalogo di reati che, nella valutazione *ex ante* fattane dal legislatore, integrano una 'spia' di per sé sola sufficiente ad imporre, nella logica anticipata e preventiva che permea la materia delle informative antimafia, l'effetto interdittivo nei rapporti con la pubblica amministrazione. Pertanto, ove il Prefetto abbia contezza della commissione di taluni dei delitti menzionati nell'art. 84, comma 4, lett. a), e sino quando non intervenga una sentenza assolutoria, deve limitarsi ad 'attestare' la sussistenza del rischio infiltrativo siccome desunto dalla mera ricognizione della vicenda penale nei termini e nei limiti in cui è contemplata dalla disposizione più volte richiamata (devono esserci, cioè, almeno provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva).

Nell'individuare l'ambito di applicazione dell'informativa antimafia la Sezione terza (sentenza 2 settembre 2019, n. 6057) ha affermato che esse si applicano anche ai provvedimenti autorizzatori e alle attività soggette a s.c.i.a..

Ha ricordato la Sezione che l'art. 89, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 prevede espressamente, alla lett. a), che l'autocertificazione, che deve rendere l'interessato, che nei propri confronti non sussistono le cause di divieto, di decadenza o di sospensione, di cui all'art. 67, riguarda anche "attività private, sottoposte a regime autorizzatorio, che possono essere intraprese su segnalazione certificata di inizio attività da parte del privato alla Pubblica amministrazione". La Sezione ha ritenuto quindi che, per lo stesso tenore letterale del dettato normativo e per espressa volontà del legislatore antimafia, che le attività soggette a s.c.i.a. non sono esenti dai controlli antimafia, e che il Comune ben possa e anzi debba verificare che l'autocertificazione dell'interessato sia veridica e richiedere al Prefetto di emettere una comunicazione antimafia liberatoria o, come nel caso di specie, revocare la s.c.i.a. in presenza di una informazione antimafia comunque comunicata o acquisita dal Prefetto. Nulla infatti impedisce al Prefetto e, anzi, l'art. 89-*bis*, d.lgs. n. 159 del 2011 – che ha superato il vaglio di legittimità costituzionale (sent. n. 4 del 18

gennaio 2018 della Corte costituzionale) – espressamente gli impone di emettere una informazione antimafia, in luogo della comunicazione antimafia liberatoria richiesta dal Comune, laddove accerti la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa, anche quando tale richiesta sia effettuata in ipotesi di s.c.i.a. e/o durante i controlli che concernono le attività ad esse soggette, potendo le verifiche di cui all'art. 88, comma 2, essere attivate anche nel caso di autocertificazione, previsto dall'art. 89, comma 2, lett. a), anche per la s.c.i.a.

Una visione moderna, dinamica e non formalistica del diritto amministrativo, quale effettivamente vive e si svolge nel tessuto economico e nell'evoluzione dell'ordinamento, individua un rapporto tra amministrato e amministrazione in ogni ipotesi in cui l'attività economica sia sottoposta ad attività provvedimentale, che essa sia di tipo concessorio o autorizzatorio o, addirittura soggetta a s.c.i.a., come questo Consiglio, in sede consultiva, ha chiarito nei numerosi pareri emessi in ordine all'attuazione della l. n. 124 del 1015 (v., in particolare e tra gli altri, il parere n. 839 del 30 marzo 2016 del Consiglio di Stato sulla riforma della disciplina della s.c.i.a.).

La natura vincolata della revoca della s.c.i.a. o, comunque dir si svoglia, l'effetto inibitorio conseguente all'emissione della documentazione antimafia (anche nella forma dell'informazione antimafia), applicabile anche all'attività soggetta a s.c.i.a. per stessa previsione legislativa (art. 89, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011), escludono qualsivoglia contrasto con l'affermata natura privatistica dell'attività soggetta a s.c.i.a..

La stessa Corte costituzionale (ord. n. 45 del 13 marzo 2019) ha chiarito che l'attività soggetta a s.c.i.a., pur orientata al principio della liberalizzazione, non è esente da controlli e verifiche, previste dall'art. 19, l. n. 241 del 1990, “cosicché la fase amministrativa che ad essa accede costituisce una – sia pur importante – parentesi puntualmente delimitata nei modi e nei tempi” e ciò vale, a maggior ragione, anche per i controlli antimafia.

In tema di contributi merita di essere segnalata la sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana 4 gennaio 2019, n. 3, che ha giudicato illegittima la revoca totale di un contributo pubblico conseguente ad informativa antimafia sopravvenuta se non sia fatto salvo, al momento della revoca, il pagamento del valore delle opere già eseguite, costituito dagli importi già da tempo erogati e spesi con relativa rendicontazione, ove il finanziamento fosse stato elargito sulla base di una prima informativa liberatoria. Ha ricordato il Consiglio di Giustizia che sul punto si sono formati due orientamenti.

Una linea interpretativa legge l'espressione “nei limiti delle utilità conseguite” come riferibile anche alla sfera pubblica, se e nella misura in cui, nella logica del mutuo di scopo cui già si è fatto cenno, l'erogazione sia destinata ad una finalità che è propria di entrambe le parti, concedente e concessionario, il che obbliga ad eseguire il programma concordato, a vantaggio dell'intera collettività (in termini ad esempio occupazionali, di sviluppo economico, di conservazione dei luoghi etc.), quanto meno di quella localizzata nel territorio interessato.

A tale orientamento se ne contrappone un altro che, invece, ritiene che il limite dell'utilità conseguita non sarebbe “dilatabile sino al punto da ricomprendere in esso anche

l'ipotesi del finanziamento andato a buon fine mediante la realizzazione del progetto finanziato, ove l'interesse pubblico è soltanto indiretto" (Cons. St., sez. III, n. 5578 del 2018).

Tali essendo i termini della questione, e se è difficilmente negabile che una differenza vi sia tra i rapporti contrattuali in senso proprio, all'insegna di una evidente corrispettività, e quelli originati da un atto unilaterale, dove la reciprocità è sicuramente più attenuata, sebbene siano anche essi potenzialmente durevoli nel tempo, il ha ritenuto più persuasivo il ragionamento che sorregge la prima tesi. Ciò per la ragione che la nozione di "utilità conseguite" va estesa anche a quei vantaggi generali che l'esecuzione del programma finanziato aveva di mira, che sono da accertarsi da parte della Pubblica amministrazione in termini di effettività sul presupposto che – in un contesto che dovrebbe essere ispirato a serietà e a premialità delle iniziative private avviate in zone svantaggiate, il che non sempre avviene - ogni attività della Pubblica amministrazione che importa erogazione di provvidenze economiche è (deve essere) finalizzata a scopi di interesse pubblico e questi ultimi si sostanziano in benefici collettivi, immediatamente o mediamente riconducibili all'esercizio del potere.

Ciò chiarito, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha ancora affermato che non conduce a diversa conclusione il carattere provvisorio del contributo. Infatti, anche a riconoscerne davvero la (originaria) provvisorietà, un simile attributo presupporrebbe pur sempre che questa condizione iniziale abbia una durata definita nel tempo, che dunque ciò che nasce provvisorio diventi il prima possibile definitivo; pena, altrimenti, l'impossibilità di qualunque previsione e di qualunque calcolo da parte di cittadini ed imprese (per tali intendendosi non solo i beneficiari in via diretta del finanziamento ma anche, quantomeno, i terzi aventi causa e i loro creditori). Laddove invece nella vicenda qui in esame, questa condizione di provvisorietà si è protratta per lunghi anni, nonostante che nel frattempo buona parte delle somme fossero state erogate, i lavori realizzati, le spese rendicontate.

Il Consiglio di Giustizia esclude, infine, che i principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 3 del 2018 in tema di effetti delle informative antimafia - nel senso che determinerebbero una sorta di incapacità giuridica, impedendo di ottenere contributi, finanziamenti, corrispettivi e persino il pagamento di somme di denaro a titolo di risarcimento dei danni, quantunque aventi titolo in sentenze di condanna passate in giudicato – si applichino per i rapporti esauriti o che sarebbero dovuti esserlo da tempo e che non lo sono stati per ragioni imputabili alla Pubblica amministrazione. Ad avviso del Consiglio di Giustizia se così non fosse i ritardi e le inefficienze dell'azione amministrativa sarebbero premiati e persino incentivati, ledendo le garanzie fondamentali delle parti private (la cui fisionomia può essere mutata nel tempo, avendo reciso i vecchi legami, riparato i propri errori, come deve ritenersi sia avvenuto nel caso della società odierna appellante alla luce dell'informativa liberatoria del 2015) e contribuendo a determinare un senso di incertezza e di insicurezza, nei traffici commerciali e nella serietà degli impegni giuridici, che concorre a definire il grado di "legalità" di un Paese e che potrebbe non essere di minor danno dell'insicurezza e del pericolo intollerabilmente originati e alimentati dal fenomeno e dal metodo mafioso.

La Sezione terza (23 dicembre 2019, n. 8672) ha poi affrontato la questione – rimettendone la soluzione all'Adunanza plenaria - se il limite normativo delle "utilità conseguite", previsto dagli artt. 92, comma 3, e 94, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, per il pagamento del valore delle opere eseguite e per il rimborso delle spese sostenute, in caso di revoca delle autorizzazioni o delle concessioni ovvero di recesso da contratti a causa di informativa antimafia, sia applicabile ai soli contratti di appalto pubblico, ovvero anche ai finanziamenti e ai contributi pubblici erogati per finalità di interesse collettivo.

Ha chiarito la Sezione che un più restrittivo orientamento sostiene che la pretesa restituzione delle somme erogate è giustificata proprio dal carattere ontologicamente "provvisorio" del beneficio erogato e dal fatto che tale provvisorietà è destinata a protrarsi sino al momento della definitiva chiusura del programma agevolato. Il provvedimento di revoca viene infatti adottato in attuazione dell'art. 92, comma 3, 6 settembre 2011, n. 159, stando al quale 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. Poiché, quindi, 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 verifica della "condizione risolutiva" afferente al contributo ancora "precario". Per l'effetto, risulta improprio ogni richiamo agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 – che riguardano rispettivamente i provvedimenti di revoca (in senso proprio) e di annullamento adottabili giustappunto nell'esercizio di un potere di autotutela; e altresì inappropriato risulta ogni riferimento al principio dell'affidamento, che mai potrebbe sorgere a fronte dell'originario provvedimento di concessione "in via provvisoria" del contributo. Soltanto rispetto alla produzione in via definitiva degli effetti del provvedimento di concessione e, quindi, solo al compimento di tutte le procedure di contabilizzazione e di chiusura della procedura di finanziamento, potrebbe essere invocato un effetto di "stabilizzazione" del beneficio astrattamente opponibile al potere interdittivo.

Un secondo, più estensivo orientamento, obietta che, anche a voler condividere l'ottica della provvisorietà del beneficio economico, tale condizione iniziale dovrebbe pur sempre avere una durata definita nel tempo, affinché "ciò che nasce provvisorio diventi il prima possibile definitivo; pena, altrimenti, l'impossibilità di qualunque previsione e di qualunque calcolo da parte di cittadini ed imprese". Dunque, il sopraggiungere dell'informativa negativa non potrebbe sortire effetti preclusivi nei confronti di un rapporto di durata che si sia ormai in massima parte dispiegato, raggiungendo gli obiettivi prefissati dalla stessa amministrazione.

Questa seconda soluzione è ritenuta particolarmente calzante al caso dei rapporti c.d. "esauriti", o che tali sarebbero dovuti essere da tempo e che non sono divenuti tali per ragioni imputabili alla pubblica amministrazione. Sottesa all'impostazione in esame è la preoccupazione che i ritardi e le inefficienze dell'azione amministrativa vengano premiati e persino incentivati, andando a ledere le garanzie fondamentali delle parti private. Preoccupazione ben esemplificata dalla pronuncia del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana n. 3 del 4 gennaio 2019, riferita ad un caso in cui la

mancata stabilizzazione definitiva del rapporto di finanziamento era dipesa, appunto, dal colpevole ritardo con il quale erano state condotte le operazioni di rendicontazione finale delle spese e di chiusura del finanziamento pubblico.

Una seconda prospettiva di analisi riguarda la compatibilità fra le diverse opzioni in campo e l'ordito sistematico delineato dall'Adunanza plenaria con la sentenza 6 aprile 2018, n. 3.

Come è noto, la sentenza in parola (ric conducendo ad ulteriori conseguenze quanto già affermato con la decisione n. 19 del 2012) ha stabilito che il provvedimento di c.d. "interdittiva antimafia" determina, in capo al soggetto (persona fisica o giuridica) che ne è colpito, una particolare forma di incapacità *ex lege*, parziale (in quanto limitata a specifici rapporti giuridici con la Pubblica amministrazione) e tendenzialmente temporanea, con la conseguenza che al soggetto stesso è precluso avere con la pubblica amministrazione rapporti riconducibili a quanto disposto dall'art. 67, d.lgs. 159 del 2011. Sempre ai sensi della decisione da ultimo richiamata, l'art. 67 del "Codice delle leggi antimafia" - nella parte in cui prevede il divieto di ottenere "contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo.." - va inteso come implicante anche l'impossibilità di percepire somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività di impresa; e ciò anche nell'ipotesi in cui detto diritto si sia consolidato attraverso il passaggio in giudicato della sentenza di condanna al risarcimento. Alla stregua delle richiamate affermazioni di principio, la Sezione terza ha ritenuto corretto interrogarsi sul se l'adesione al più estensivo dei richiamati orientamenti giurisprudenziali (che ammette la ritenzione delle somme percepite in forza di un programma di finanziamento interamente realizzato) risulti compatibile con la linea di estremo rigore che caratterizza oramai la giurisprudenza dell'Adunanza plenaria, la quale riconnette all'adozione dell'informativa interdittiva una sorta di incapacità giuridica parziale a carico del soggetto che ne è colpito. A questo proposito, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, nella recente pronuncia n. 3 del 2019, pur non disattendendo in modo espresso le statuizioni rese dall'Adunanza plenaria, ne sterilizza l'effettiva incidenza, giustificando tale soluzione in ragione della peculiarità del caso di specie esaminato.

Secondo i Giudici siciliani, in particolare, i principi di diritto di cui alla sentenza n. 3 del 2018 (che prendono le mosse dalla ritenuta incapacità giuridica parziale *ad accipiendum* in capo all'operatore attinto da un'informativa interdittiva) non potrebbero comunque valere "per i rapporti esauriti o che sarebbero dovuti esserlo da tempo e che non lo sono stati per ragioni imputabili alla pubblica amministrazione". Se così non fosse il complessivo regime normativo in tema di comunicazioni e informazioni antimafia determinerebbe inammissibili profili di incertezza e insicurezza nei traffici giuridici; e detta incertezza si protrarrebbe di fatto sine die anche laddove - come nel caso scrutinato dalla sentenza n. 3 del 2019 - sia decorso un tempo rilevante e la stessa amministrazione abbia adottato nel tempo informative di carattere liberatorio nei confronti dell'operatore economico.

Nonostante la comprensibile cautela mostrata dai Giudici siciliani nel non contrastare in modo espresso e frontale le statuizioni rese dall'Adunanza Plenaria con la sentenza



n. 3 del 2018, appare tuttavia evidente che la ratio sottesa alla decisione del giudice siciliano si pone come di fatto alternativa a quella posta a fondamento della decisione n. 3 del 2018.

Al netto della oggettiva diversità delle vicende di fatto esaminate, infatti, gli apparati argomentativi spesi nelle due pronunce rimandano a soluzioni concettuali tra di loro divaricate e non armonizzabili.

Da un lato (Ad. Plen. n. 3 del 2008), si assume che l'adozione di un'informativa interdittiva nei confronti di un operatore determina sempre e comunque in capo allo stesso uno stato di parziale incapacità giuridica, sì da determinare "la insuscettività .... ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinano (sul proprio c.d. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica amministrazione".

Da parte del giudice d'appello siciliano si osserva, di contro, che la forma di incapacità elaborata dall'Adunanza planaria conosce taluni limiti di ordine pubblico economico come, ad esempio, quelli conseguenti all'integrale realizzazione del programma beneficiario, al lungo tempo trascorso ovvero al rilascio in favore della medesima impresa di precedenti informative di carattere liberatorio.

Occorre tuttavia osservare che 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.

Quanto al carattere "esaurito" del rapporto giuridico, esso, come si è visto, non è predicabile nel caso in cui le risorse siano state impiegate solo in parte ovvero il programma finanziato sia ancora in corso di conclusione. Peraltro, l'eventuale "esaurimento" del rapporto, anche laddove effettivamente sussistente, non dissolverebbe ogni dubbio interpretativo, se è vero che nel ragionamento svolto dall'Adunanza Plenaria l'effetto inabilitante dell'interdittiva è tale da travolgere retroattivamente qualunque utilità promanante dalla pubblica amministrazione, persino se riconosciuta al privato con sentenza passata in giudicato (di per sé insensibile ad ogni sopravvenienza, eccettuate quelle che non si siano verificate prima della sua notifica).

Vi è quindi da chiedersi quale possa essere la forza di resistenza attribuibile ad evenienze di minor rilievo, quale quella dell'avvenuta erogazione del contributo o dell'avvenuto suo impiego al fine della realizzazione dell'opera finanziata, a fronte della rigorosa e generalizzata preclusione che deriva dall'interdittiva e, per di più, al cospetto di un dato normativo (l'art. 92, comma 3) che espressamente statuisce il carattere risolubile del finanziamento concesso nelle more del rilascio dell'informativa e l'incidenza retroattiva della revoca motivata da una informativa sopravvenuta.

In definitiva, gli argomenti di contrasto all'ipotesi di uno *ius retentionis* esteso anche all'erogazione di contributi pubblici paiono superabili solo a condizione di ampliare la portata della clausola di salvezza delle "utilità conseguite" di cui all'art. 92, comma 3, poiché in questa specifica eventualità l'eccezione al generale effetto "inabilitante" del provvedimento antimafia potrebbe giustificarsi sulla base del dettato normativo e non richiederebbe, pertanto, alcun intervento di ortopedia correttiva dei principi affermati dall'Adunanza plenaria.

Nondimeno, una siffatta lettura estensiva appare - oltre che revocabile in dubbio per le ragioni sopra esposte - difficilmente coniugabile con il principio secondo il quale le disposizioni che introducono una eccezione o deroga ad un principio generale devono soggiacere ad una regola di stretta interpretazione. Nell'ambito della normativa antimafia, l'effetto inabilitante conseguente alla interdittiva è regola generale nei rapporti con la pubblica amministrazione - o come tale si connota nella lettura che ne ha reso nel 2018 l'Adunanza plenaria; mentre la salvezza prevista dall'art. 92, comma 3, d.lgs. 159 del 2011 è una eccezione a tale effetto inabilitante oltre che alla regola generale della retroattività della revoca del rapporto in essere tra parte pubblica e parte privata. Ne viene che detta eccezione è apprezzabile nei ristretti e tassativi limiti delle ipotesi in essa espressamente contemplate.

Quanto agli effetti dell'informativa, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha chiarito, con sentenza 11 novembre 2019, n. 956, che nel caso di informativa antimafia atipica spetta all'Amministrazione valutare autonomamente - nell'esercizio del suo potere discrezionale - il 'peso' delle informazioni ricevute dalla Prefettura, informazioni di per sé non automaticamente "interdittive", valutazione che ben può essere compiuta anche in un momento successivo alla comunicazione e portare a rescindere un contratto a distanza di tempo dalla stessa informativa.

Ha affermato il Consiglio di Giustizia che è possibile che l'Amministrazione in un primo momento abbia ritenuto che le informazioni ricevute non fossero sufficienti per procedere alla revoca in autotutela del contratto ma in un secondo momento, a seguito di "sopravvenienze", abbia mutato indirizzo. Tale cambiamento, intervenuto a seguito di una nuova valutazione dell'interesse pubblico, costituisce, infatti, una prassi ammessa dall'Ordinamento, ed a maggior ragione allorquando sopraggiungano fatti o norme che suggeriscano, o che impongano, di riesaminare la questione già affrontata.

Il Consiglio di Giustizia ha aggiunto che non può assumere una sostanziale rilevanza il fatto che l'Amministrazione abbia errato nella qualificazione giuridica dell'atto incidente sul rapporto instaurato, indicato come "rescissione" del contratto anziché come "revoca". Che a fronte del quadro informativo descritto, l'Amministrazione avesse il potere di pervenire alla "revoca" del contratto in ragione dell'acclarato pericolo che si determinassero infiltrazioni mafiose - e che tale potere abbia legittimamente esercitato - non appare revocabile in dubbio.

Il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (poi modificato ed integrato dal d.lgs. 15 novembre 2012, n. 2189) applicabile al momento della adozione del provvedimento rescissorio (11 settembre 2012) - è sufficientemente chiaro nel disporre che "la revoca e il recesso (...) si applicano anche quando gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa siano accertati successivamente alla stipula del contratto (...)" (art. 92, comma 4).

Né rileva il tempo trascorso tra la comunicazione dell'informativa atipica e la rescissione; un tempo talmente prolungato dall'aver determinato l'inattualità e dunque l'inefficacia dell'informativa.

Ed invero, lo scopo dell'informativa atipica non è quello di produrre effetti interdittivi (dunque "costitutivi") automatici ed immediati, ma - più limitatamente - quello di porre

all'attenzione dell'Amministrazione destinataria, situazioni abnormi o comunque anormale (o preoccupanti in quanto indicative di rischio di condizionamento mafioso) affinché la stessa possa vigilare ed eventualmente procedere all'adozione del provvedimento interdittivo o rescissorio anche in un momento successivo, allorché ne ravvisi la necessità in relazione ad ulteriori e sopravvenienti elementi.

In altri termini, con l'informativa atipica la Prefettura si limita a fornire all'Amministrazione (che ne è destinataria) un'informazione su un determinato fatto che può assumere rilevanza al fine di una più generale valutazione; valutazione che ben può essere compiuta anche in un momento successivo.

Aggiungasi che l'informazione antimafia atipica non è suscettibile di scadenza in quanto non produce nessun effetto se non quello di comunicare - con un'azione che è fisiologicamente diretta a durare per sempre - l'accadimento di un fatto. E, nel descriverlo, di "storicizzarne" - per ogni eventuale effetto ammesso dalla legge - l'avvenimento.

Sicché è fisiologico che a fronte di un'informativa atipica il provvedimento rescissorio possa essere adottato anche a distanza di molto tempo, rispetto al momento in cui si realizza il fatto del quale viene dato avviso all'Amministrazione che riceve la notizia. Ciò può dipendere - infatti - dal tempo che il soggetto controllato impiega per determinare le condizioni per l'infiltrazione mafiosa.

Non ha pregio, infine, neanche l'argomentazione difensiva che mira a svaloriare il "fattore-convivenza".

Ed invero non appare revocabile in dubbio che il fatto che con l'amministratrice della società destinataria dell'interdittiva convivesse un pregiudicato per associazione mafiosa costituiva un elemento sufficiente per presumere che la società in questione fosse soggetta al rischio di condizionamenti.

Contrariamente a quanto avviene per la parentela (che non la si può scegliere), la "convivenza" fra maggiorenni si risolve in un fatto comportamentale che esprime una libera opzione. E poiché la convivenza implica - di regola (*id est*: fino a che non avvenga una dissociazione, che non può che essere foriera della imminente separazione) - la continua, permanente e duratura condivisione delle abitudini e delle prassi di vita, il reciproco coinvolgimento nelle attività quotidiane e la prestazione di atti di reciproca solidarietà, non c'è dubbio che le disposizioni che stigmatizzano negativamente la convivenza con un soggetto pregiudicato mafioso non meritino censura sul piano logico-giuridico e non possano destare dubbi di legittimità costituzionale.

I principi che sono alla base della documentazione antimafia, così come ricostruiti dal giudice amministrativo di appello, reggono anche l'iscrizione nella *white list*, cioè nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori.

Ha chiarito la Sezione terza (20 febbraio 2019, n. 1182) che le disposizioni relative all'iscrizione nella c.d. *white list* formano un corpo normativo unico con quelle dettate dal codice antimafia per le relative misure antimafia (comunicazioni ed informazioni), tanto che, come dispone l'art. 1, comma 52-*bis*, l. n. 190 del 2012, introdotto dall'art. 29, comma 1, d.l. n. 90 del 2014 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 114 del 2014, "l'iscrizione nell'elenco di cui al comma 52 tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione

di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per la quali essa è stata disposta"; "l'unicità e l'organicità del sistema normativo antimafia vietano all'interprete una lettura atomistica, frammentaria e non coordinata dei due sottosistemi - quello della c.d. *white list* e quello delle comunicazioni antimafia - che, limitandosi ad un criterio formalisticamente letterale e di c.d. stretta interpretazione, renda incoerente o addirittura vanifichi il sistema dei controlli antimafia".

Anche in relazione al diniego di iscrizione nella *white list* – iscrizione che presuppone la stessa accertata impermeabilità alla criminalità organizzata – è sufficiente il pericolo di infiltrazione mafiosa fondato su un numero di indizi tale da rendere logicamente attendibile la presunzione dell'esistenza di un condizionamento da parte della criminalità organizzata.

Ha aggiunto la Sezione che la normativa antimafia è espressione della potestà di cui all'art. 117, comma 1, lett. h) .... "ordine pubblico e sicurezza" ed e) ... "tutela della concorrenza..." Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale 1 alla CEDU, sul presupposto che la formula elastica adottata dal legislatore per la disciplina delle interdittive antimafia – che consente di procedere in tal senso anche solo su base indiziaria – deve ritenersi quale corretto bilanciamento dei valori coinvolti. Infatti, se da una parte è opportuno fornire adeguata tutela alla libertà di esercizio dell'attività imprenditoriale, dall'altra non può che considerarsi preminente l'esigenza di salvaguardare l'interesse pubblico al presidio del sistema socio-economico da qualsivoglia inquinamento mafioso (Cons. St., sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5784). Non vi sono dubbi che l'esigenza di tutela della libertà di tutti i cittadini e di salvaguardia della convivenza democratica sono finalità perfettamente coincidenti con i principi della CEDU, ed anche la formula "elastica" adottata dal legislatore nel disciplinare l'informativa interdittiva antimafia su base indiziaria ha il suo fondamento nella ragionevole esigenza del bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost. e l'interesse pubblico alla salvaguardia dell'ordine pubblico e alla prevenzione dei fenomeni mafiosi che, del resto, mediante l'infiltrazione nel tessuto economico e nei mercati, compromettono anche – oltre alla sicurezza pubblica – il valore costituzionale di libertà economica, indissolubilmente legato alla trasparenza e alla corretta competizione nelle attività con cui detta libertà si manifesta in concreto nei rapporti tra soggetti dell'ordinamento.

Ha ancora chiarito la Sezione (n. 5784 del 2018) che per quanto poi concerne la "presunzione di non colpevolezza", il giudizio, fondato secondo il criterio del "più probabile che non", costituisce una regola che si palesa "consentanea alla garanzia fondamentale della presunzione di non colpevolezza", di cui all'art. 27, comma 2, Cost., cui è ispirato anche il punto 2 del citato art. 6 CEDU", in quanto "non attiene ad ipotesi di affermazione di responsabilità penale" (Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19430). Da molto tempo, infatti, le consorterie di tipo mafioso hanno esportato fuori dai tradizionali territori di origine l'uso intimidatorio della violenza ed hanno creato vere e proprie holding. Si tratta di quelle aree opache nelle quali notoriamente i proventi di attività illecite vengono reinvestiti in imprese formalmente estranee (perché intestate a prestanome "purliti") e dispersi in una miriade di società collegate da vincoli di vario tipo con l'organizzazione criminale. Il legislatore, allontanandosi dal modello della repressione penale, ha conseguentemente impostato l'interdittiva antimafia come strumento di interdizione e

di controllo sociale, al fine di contrastare le forme più subdole di aggressione all'ordine pubblico economico, alla libera concorrenza ed al buon andamento della Pubblica amministrazione. Il carattere preventivo del provvedimento prescinde, quindi, dall'accertamento di singole responsabilità penali, essendo il potere esercitato dal Prefetto espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività della criminalità organizzata.

Tutto ciò premesso in ordine ai principi che sono alla base della documentazione antimafia e agli effetti nei rapporti tra privato e amministrazione e, quindi, alla possibilità di iscrizione nella *white list* la Sezione terza ha giudicato legittimo il diniego di iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di una società in relazione alla quale era “più probabile che non” la vicinanza con gli ambienti della criminalità organizzata pur avendo questa costituito una associazione antiracket. Ha affermato che la costituzione di tali associazioni è un nuovo strumento utilizzato dalla mafia per insinuarsi nell'economia del Paese: accreditarsi l'opinione pubblica e le forze dell'ordine, passando per vittima della criminalità organizzata, di cui, invece, si muovono le fila. Passare per vittima di un reato può essere un ottimo espediente per celare di essere, invece, tra i mandanti dello stesso.

La Sezione terza si è soffermata anche sui limiti del sindacato da parte del giudice amministrativo, chiamato a giudicare il corretto esercizio del potere prefettizio nel prevenire l'infiltrazione mafiosa.

Con sentenza 5 settembre 2019, n. 6105 ha affermato che il giudice deve farsi attento custode delle irrinunciabili condizioni di tassatività sostanziale e di tassatività processuale di questo potere per una tutela giurisdizionale piena ed effettiva di diritti aventi rango costituzionale nel bilanciamento con l'altrettanto irrinunciabile, vitale, interesse dello Stato a contrastare l'insidia delle mafie.

La Sezione ha ribadito che il principio secondo cui il sistema della prevenzione amministrativa antimafia non costituisce e non può costituire, in uno Stato democratico, un diritto della paura, perché deve rispettare l'irrinunciabile principio di legalità, non solo in senso formale ma anche sostanziale, sicché il giudice amministrativo, chiamato a sindacare il corretto esercizio del potere prefettizio nel prevenire l'infiltrazione mafiosa, deve farsi attento custode delle irrinunciabili condizioni di tassatività sostanziale e di tassatività processuale di questo potere per una tutela giurisdizionale piena ed effettiva 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.

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.

Al delicato bilanciamento raggiunto dall'interpretazione del Consiglio di Stato in questa materia non osta l'orientamento assunto dalla Corte costituzionale nelle recenti sentenze n. 24 del 27 febbraio 2019 e n. 195 del 24 luglio 2019.

Come ha ben posto in rilievo la Corte costituzionale nella sentenza n. 24 del 2019, infatti, allorché si versi – come per le informazioni antimafia – al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni, in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto, possa essere soddisfatta anche sulla base “dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione”.

Sul piano della tassatività sostanziale, anzitutto, l'interpretazione giurisprudenziale tassativizzante seguita dal Consiglio di Stato, a partire dalla sentenza n. 1743 del 3 maggio 2016, consente ragionevolmente di prevedere l'applicazione della misura interdittiva in presenza delle due forme di contiguità, compiacente o soggiacente, dell'impresa ad influenze mafiose, allorquando, cioè, un operatore economico si lasci condizionare dalla minaccia mafiosa e si lasci imporre le condizioni (e/o le persone, le imprese e/o le logiche) da questa volute o, per altro verso, decida di scendere consapevolmente a patti con la mafia nella prospettiva di un qualsivoglia vantaggio per la propria attività.

Sul piano della tassatività processuale, poi, lo standard probatorio sotteso alla regola del “più probabile che non”, nel richiedere la verifica della c.d. probabilità cruciale, impone infatti di ritenere, più probabile l'ipotesi dell'infiltrazione mafiosa rispetto a “tutte le altre messe insieme”, nell'apprezzamento degli elementi indiziari posti a base del provvedimento prefettizio, che attingono perciò una soglia di coerenza e significatività dotata di una credibilità razionale superiore a qualsivoglia altra alternativa spiegazione logica, laddove l'esistenza di spiegazioni divergenti, fornite di un qualche elemento concreto, implicherebbe un ragionevole dubbio (Cons. St., sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483), non richiedendosi infatti, in questa materia, l'accertamento di una responsabilità che superi qualsivoglia ragionevole dubbio, tipico delle istanze penali, né potendo quindi traslarsi ad essa, impropriamente, le categorie tipiche del diritto e del processo penale, che ne frustrerebbero irrimediabilmente la funzione preventiva.

Ciò che connota la regola probatoria del “più probabile che non” non è un diverso procedimento logico, ha del resto ricordato la Sezione, ma la (minore) forza dimostrativa dell'inferenza logica, sicché, in definitiva, l'interprete è sempre vincolato a sviluppare un'argomentazione rigorosa sul piano metodologico, “ancorché sia sufficiente accertare che l'ipotesi intorno a quel fatto sia più probabile di tutte le altre messe insieme, ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità, ovvero, con formulazione più appropriata, la c.d. probabilità cruciale” (Cons. St., sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483).

Il pericolo di infiltrazione mafiosa costituisce, sì, il fondamento, ma anche il limite del potere prefettizio e, quindi, demarca, per usare le parole della Corte europea, anche la portata della sua discrezionalità, da intendersi qui non nel senso, tradizionale e ampio, di ponderazione comparativa di un interesse pubblico primario rispetto ad altri interessi, ma in quello, più moderno e specifico, di equilibrato apprezzamento del rischio infiltrativo in chiave di prevenzione secondo corretti canoni di inferenza logica.

La Sezione terza si è, infine, soffermata sugli effetti nel giudizio pendente, proposto avverso la documentazione antimafia, della nomina di un amministratore giudiziario per il controllo della società per due anni, ai sensi dell'art. 34 *bis*, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011, inserito dall'art. 11, comma 1, l. n. 161 del 2017.

Con ordinanza 10 luglio 2019, n. 4873 ha affermato che tale giudizio è sospeso per tutto il periodo della misura del controllo giudiziario.

Ha ricordato la Sezione che ai sensi dell'art. 34-bis, comma 7, d.lgs. n. 159 del 2011, il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'art. 34 o il controllo giudiziario ai sensi del comma 6 dello stesso articolo sospende gli effetti di cui all'art. 94, derivanti dall'emissione del provvedimento antimafia. Tale sospensione degli effetti interdittivi, quale conseguenza scaturente *ex lege* dal provvedimento che dispone il controllo giudiziario, comporta anche la sospensione del giudizio avente ad oggetto l'informativa antimafia.

Quindi, una volta disposto il controllo giudiziario, la sospensione degli effetti interdittivi conseguenti all'informazione antimafia deve operare indefettibilmente per tutto il tempo della misura del controllo giudiziario adottata dal Tribunale in sede di prevenzione.

## **5.2. Ammonimento.**

La Sezione terza si è occupata anche di altri profili relativi alla sicurezza e all'ordine pubblico.

Con sentenza 15 febbraio 2019, n. 1085 ha affermato che il rigetto dell'istanza di ammonimento presentata ai sensi dell'art. 8, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 deve essere motivato.

La Sezione ha premesso che l'ammonimento orale, previsto dall'art. 8, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 è una misura deputata a svolgere una funzione avanzata di prevenzione e di dissuasione dei comportamenti sanzionati dall'art. 612-*bis* c.p..

Ai fini della sua emissione, pertanto, non è richiesta la piena prova della responsabilità dell'ammonito per le ipotesi di reato perseguite dal menzionato art. 612-*bis* c.p., ma il provvedimento monitorio può trovare sostegno in un quadro istruttorio da cui emergano, anche sul piano indiziario, eventi che recano un vulnus alla riservatezza della vita di relazione o, su un piano anche solo potenziale, all'integrità della persona. Anche all'ammonimento, infatti, deve applicarsi quella logica dimostrativa a base indiziaria e di tipo probabilistico che, come la Sezione ha ribadito di recente, informa l'intero diritto amministrativo della prevenzione.

Ciò premesso, la Sezione ha chiarito che l'ammonimento è un provvedimento discrezionale, chiamato ad effettuare una delicata valutazione delle condotte poste in essere dallo stalker in funzione preventiva e dissuasiva, e deve quindi essere adeguatamente motivato ai sensi dell'art. 3, l. n. 241 del 1990.

Mai come per i provvedimenti aventi natura preventiva e anticipatoria l'obbligo di motivazione è essenziale nel nostro ordinamento ad evitare che detti provvedimenti, fondati su fattispecie di pericolo, sanzionario in realtà, arbitrariamente, una colpa d'autore e integrino, così, altrettante "pene del sospetto".

Correlativamente, però, anche i provvedimenti, essi pure discrezionali, con cui l'autorità amministrativa ritenga insussistenti i presupposti per l'emissione delle misure preventive devono essere debitamente motivati, ai sensi dell'art. 3, l. n. 241 del 1990, affinché non siano immotivatamente frustrate le esigenze di tutela della collettività e, nel caso delle misure di cui all'art. 8, d.l. n. 11 del 2009, dei singoli.

### **5.3. Foglio di via obbligatorio.**

Con sentenza 6 novembre 2019, n. 7575, la sez. III si è soffermata sul rapporto tra il foglio di via obbligatorio e il diritto di sciopero.

Ha affermato che per l'adottabilità del foglio di via obbligatorio sono richiesti elementi di fatto, attuali e concreti, in base ai quali può essere formulato un giudizio prognostico sulla probabilità che il soggetto commetta reati che offendono o mettono in pericolo la tranquillità e sicurezza pubblica, perché, diversamente, si finirebbe per fondare la misura sulla responsabilità collettiva per fatti addebitabili ad anonimi esponenti di un gruppo o di un movimento sindacale.

La Sezione ha chiarito che assumono rilievo centrale, sul piano istruttorio e motivazionale, il profilo soggettivo, relativo alla "dedizione" del soggetto alla commissione di reati, e quello oggettivo, inerente alla attitudine offensiva dei medesimi reati nei confronti dei beni nominativamente individuati dal legislatore e cioè, per quanto di interesse, quelli della sicurezza e della tranquillità pubblica.

L'essenzialità di entrambi i due profili rileva, a maggior ragione, dopo la recente sentenza n. 24 del 27 febbraio 2019 della Corte costituzionale che, in seguito alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, e seppure con riferimento alle ipotesi di cui alle lett. a) e b) dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011, ha sottolineato l'esigenza generale di rispettare, anche per il diritto della prevenzione, essenziali garanzie di tassatività sostanziale, inerente alla precisione, alla determinatezza e alla prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale, che costituisce oggetto di prova, ed altrettanto essenziali garanzie di tassatività processuale, attinente invece alle modalità di accertamento probatorio in giudizio.

Ciò impone una interpretazione rigorosa e tassativizzante delle misure di prevenzione emesse dal Questore.

L'esercizio del diritto di sciopero, anche nella forma del c.d. picchettaggio, non deve mai legittimare l'impiego della violenza o della minaccia, e la commissione di reati, come quelli di cui all'art. 337 c.p. o dell'art. 610 c.p., ben può essere assunta a presupposto anche delle misure di prevenzione, ove offenda o metta a repentaglio la sicurezza o la tranquillità pubblica.

La semplice presenza in un picchetto di molte persone finalizzato ad ostacolare gli automezzi in entrata o in uscita dallo stabilimento industriale, non connotata da elementi fattuali che consentano di rintracciare specifici e individuali condotte di violenza o minaccia da parte di un determinato soggetto, non può tuttavia integrare da sola sintomo di pericolosità sociale a carico di questo, se non si vuole trasformare il diritto della prevenzione e, in particolare, il foglio di via obbligatorio in un surrettizio, indebito, strumento di repressione della libertà sindacale e del diritto di sciopero e, in ultima analisi, in una misura antidemocratica.



#### **5.4. Daspo.**

La sez. III, con sentenza 4 febbraio 2019, n. 866 ha giudicato legittimi i daspo emessi dalla Questura di Roma nei confronti dei tifosi che, in occasione della finale Tim Cup Milan - Juventus del 2016, per rappresaglia contro il gesto provocatorio di ignoti, avevano devastato un esercizio pubblico a Roma e accoltellato due incolpevoli avventori.

Ha chiarito la Sezione che il daspo è una misura di carattere preventivo e non sanzionatorio, così come chiarito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sez. I, 8 novembre 2018, ric. n. 19120/15, *Seražin c. Croazia*) con riferimento ad analoghe misure previste dalla legislazione croata, 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. criteri 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.

Ha aggiunto la Sezione che ai sensi dell'art. 6, comma 1, l. 13 dicembre 1989, n. 401, 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, come è nel caso di specie, per tutte le ragioni sin qui espresse, sulla base della documentazione in questa sede prodotta.

Peraltro, e con specifico riferimento ad eventuali condotte individuali estrinsecatesi in azioni di gruppo, la Sezione non ha mancato di rilevare, nella sua costante giurisprudenza, che, anche prima delle modifiche introdotte dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con la l. 11 agosto 2014, n. 11, all'art. 6, l. n. 401 del 1989, un comportamento di gruppo non ha mai escluso la possibilità di individuare con il daspo (una somma di) responsabilità individuali omogenee, qualora queste fossero supportate da elementi diretti o presuntivi che consentissero di affermare la inequivoca e consapevole partecipazione dei singoli al comportamento di gruppo.

#### **6. Collaboratori di giustizia.**

##### **6.1. Differenza tra collaboratore di giustizia e testimone di giustizia.**

Tra le diverse sentenze in materia di collaboratori di giustizia della Sezione terza merita di essere segnalata la n. 1678 del 13 marzo 2019.

Ha affermato la Sezione che a differenza del collaboratore di giustizia, il testimone di giustizia è estraneo alle vicende, oggetto di propalazione.

Ha chiarito la Sezione che la distinzione tra testimone di giustizia e collaboratore di giustizia, per la consolidata giurisprudenza, risiede nella posizione di estraneità e di terzietà del primo rispetto alle vicende, oggetto di propalazione, e ciò implica una ulteriore valutazione sulla effettiva estraneità del testimone al contesto criminale, come la stessa Commissione centrale di cui all'art. 10, l. n. 82 del 1991 ha stabilito in via generale con la propria determinazione, in data 30 luglio 2009, nella quale ha dettato i criteri di massima per il riconoscimento dello status di testimone.

Ha ancora precisato la Sezione che nella vicenda in esame, però, al dichiarante era stata negata dalla Commissione centrale di cui all'art. 10, l. n. 82 del 1991 la qualifica di testimone di giustizia perché egli era stato costretto, sotto pesante minaccia da parte delle associazioni camorristiche, a detenerne le armi nella propria carrozzeria.

Il Consiglio di Stato, nell'annullare il provvedimento della Commissione per carenza di motivazione ed illogicità, ha ritenuto che sarebbe paradossale, e segno di un'intima contraddizione in seno all'ordinamento, che proprio la vittima delle intimidazioni mafiose, subite in un contesto di pesantissima vessazione, fisica e psicologica, e di altissimo rischio per sé e i suoi cari, debba scontare, in sede amministrativa, il "prezzo" di tali violenze con la qualificazione di mero collaboratore di giustizia, che presuppone una volontaria adesione e deliberata contiguità ad un mondo criminale al quale, invece, il testimone di giustizia ha mostrato di ribellarsi mettendo a rischio l'incolumità propria e dei propri familiari.

L'affermata contiguità non occasionale del dichiarante al sodalizio mafioso, necessaria ad affermarne lo *status* di collaboratore anziché di testimone di giustizia, avrebbe dovuto trovare riscontro non già nelle sue semplici e spontanee dichiarazioni autoaccusatorie rese all'autorità giudiziaria, dalle quali trapela, al contrario, la pesante intimidazione subita da soggetti di notoria caratura delinquenziale, tanto che la sua posizione è stata poi archiviata dal g.i.p. in sede penale, ma da elementi ulteriori che lasciassero ragionevolmente apprezzare la sua consapevole, libera, deliberata, non episodica vicinanza al clan camorristico.

## **6.2. Revoca delle misure di protezione a conviventi di collaboratori di giustizia.**

La sentenza n. 6081 del 3 settembre 2019 si è occupata della revoca al convivente di un collaboratore di giustizia, disposta a sei anni dalla cessazione della convivenza per il venire meno dello stato di pericolo che era stato il presupposto per la sua concessione. Ha affermato la Sezione che il caso di revoca delle misure di protezione per il venire meno delle presupposte situazioni di pericolo che devono sussistere nell'attualità, rientra nell'ipotesi di cui all'art. 10 del regolamento approvato con d.m. n. 161 del 2004, che prevede la discrezionalità dell'Amministrazione nel disporre la capitalizzazione, che rappresenta dunque una possibilità e non un obbligo per la Commissione, con la conseguenza che nessun diritto soggettivo può vantare l'interessato.

Ha ricordato che nell'impianto del d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 marzo 1991, n. 82, come modificato dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45, le persone che versano in grave e attuale pericolo per effetto di talune delle condotte di collaborazione indicate nel comma 3 dell'art. 9 (la collaborazione o le dichiarazioni rese nel corso di un procedimento penale), tenute relativamente a delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale, ovvero ricompresi fra quelli di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. e agli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater* e 600-*quinqüies* c.p., possono usufruire di speciali misure di protezione idonee ad assicurarne l'incolumità e, ove necessario, anche di misure di assistenza, quando risulta l'inadeguatezza delle ordinarie misure di tutela adottabili direttamente dalle Autorità di pubblica sicurezza.

Ai sensi dell'art. 13 *quater*, l. n. 82 del 1991, le speciali misure di protezione sono a termine.

L'art. 10, comma 14, del regolamento di cui al d.m. n.161 del 2004, riguardante la modifica o la mancata proroga delle speciali misure di protezione, prevede che l'Amministrazione possa disporre la capitalizzazione, in tutto o in parte, delle misure di assistenza economica con l'eventuale prosecuzione delle misure di protezione, nella misura indicata dal comma 15.

Viceversa, nel caso di revoca delle misure ai sensi dell'art. 13, comma 2, l. n. 82 del 1991, in relazione alla condotta della persona interessata che si sia resa responsabile dell'"inosservanza degli impegni assunti" e della "commissione di reati indicativi...", l'art. 11 del regolamento non contempla alcuna disposizione in tema di capitalizzazione. Tale silenzio del legislatore depone nel senso di escludere assolutamente la facoltà dell'Amministrazione di disporre un ulteriore e finale sostegno ai fini del reinserimento in favore di chi si sia reso responsabile di determinate condotte.

## **7. Vittime del reato di usura.**

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con sentenza 23 settembre 2019, n. 826 ha affermato che il danno cui commisurare il mutuo senza interessi, previsto dall'art. 14, l. 7 marzo 1996, n. 108 a favore di soggetti che esercitano attività economica che siano state vittime del reato di usura, non può essere fatto coincidere con le poste passive del bilancio aziendale, conducendo ad una sorta di indiscriminata surrogazione del Fondo nelle obbligazioni della vittima di usura.

Ha ricordato il Consiglio di Giustizia Amministrativa che l'art. 14, l. n. 108 del 1996 ha istituito il Fondo di solidarietà per le vittime dell'usura, che "provvede alla erogazione di mutui senza interesse di durata non superiore al decennio a favore di soggetti che esercitano attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o comunque economica, ovvero una libera arte o professione, i quali dichiarino di essere vittime del delitto di usura e risultino parti offese nel relativo procedimento penale", restando "surrogato, quanto all'importo dell'interesse e limitatamente a questo, nei diritti della persona offesa verso l'autore del reato"; la disposizione al comma 4, stabilisce che "L'importo del mutuo è commisurato al danno subito dalla vittima del delitto di usura per effetto degli interessi e degli altri vantaggi usurari corrisposti all'autore del reato. Il Fondo può erogare un importo maggiore quando, per le caratteristiche del prestito usurario, le sue modalità di

riscossione o la sua riferibilità a organizzazioni criminali, sono derivati alla vittima del delitto di usura ulteriori rilevanti danni per perdite o mancati guadagni.”.

La seconda parte del comma 4 dell’art. 14, l. n. 108 del 1996 è testualmente riferita danni (ulteriori agli interessi e vantaggi usurari) “derivati” alla vittima di usura “per” le caratteristiche del prestito, la sue modalità di riscossione, la sua riferibilità a organizzazioni criminali; occorre, quindi, che ricorra alcuno degli specificati ed obiettivi elementi connotativi della fattispecie, ulteriori alla pura e semplice usura, e che ne sia dimostrato il rapporto eziologico con “perdite” o “mancati guadagni” - secondo il canone di cui all’art. 2043 c.c., dal momento che la norma assume quale presupposto un reato e le relative caratteristiche in senso lato aggravanti come foriere di danno ulteriore agli interessi usurari -, restando esclusa la riferibilità di quelle perdite o mancati guadagni a serie causali autonome (es. crisi del settore, errori organizzativi o altra incapacità dell’impresa). Possono, così, in astratto assumere rilievo un danno a un bene della vittima provocato dall’usuraio o interessi moratori e sanzioni per un inadempimento di debiti con terzi purché sia provato che le caratteristiche, o modalità di riscossione, o riferibilità a organizzazioni criminali siano tali da indurre la vittima a pagare l’usuraio a scapito di altri creditori.

E’ chiaro, quindi, che la disposizione ha sì una funzione in senso lato agevolativa per l’impresa, ma limitata a colmare gli oggettivi “guasti” dell’usura, non anche a sopperire a difficoltà dell’impresa meramente concomitanti

Il danno cui commisurare il mutuo, dunque, non può essere fatto coincidere con le poste passive del bilancio aziendale, conducendo ad una sorta di indiscriminata surrogazione del Fondo nelle obbligazioni della vittima di usura. E, in tal senso, la motivazione del provvedimento impugnato coglie certamente un aspetto di rilievo.

D’altra parte, però, è riduttivo, e conduce ad un’interpretazione sostanzialmente abrogativa della previsione della seconda parte del comma 4 dell’art. 14, l. n. 108 del 1996, considerare il solo aspetto genetico e causale delle obbligazioni verso terzi, tralasciando l’aspetto dinamico dell’eventuale interferenza che il carico usurario abbia assunto nel dipanarsi dei distinti rapporti obbligatori “per le caratteristiche del prestito usurario, le sue modalità di riscossione o riferibilità a organizzazioni criminali”, ossia per quegli aspetti che la norma considera proprio perché potenzialmente tali da indurre la vittima a pagare l’usuraio a scapito di altri creditori e, in definitiva, a incidere proprio sulla (pienezza della) libertà di scelta del debitore.

Il provvedimento che accorda il mutuo deve quindi essere preceduto da una istruttoria al riguardo, per stabilire se ricorrano, in relazione agli elementi normativamente selezionati, i presupposti di particolare pressione sulla volontà della vittima e, in caso di risposta affermativa, per quantificare la “perdita” prodotta dall’allocazione della liquidità (a partire dall’importo versato all’usuraio, che costituisce la liquidità eventualmente “deviabile”, considerando interessi moratori o sanzioni prodotti dal mancato pagamento ad altro creditore di quel medesimo importo, se non dovuto ad altra causa).

## **8. Straniero.**

Molte le sentenze della Sezione terza in materia di stranieri e di loro presenza nel territorio dello Stato.

### 8.1. Cittadinanza italiana.

La Sezione, con sentenza 20 marzo 2019, n. 1837 ha dichiarato illegittimo il diniego di riconoscimento della cittadinanza per naturalizzazione ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. f), l. 5 febbraio 1992, n. 91 - opposto in via automatica - in ragione di una condanna a pena pecuniaria irrogata per un risalente episodio di guida in stato di alterazione dovuta all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, ai sensi dell'art. 187, comma 1, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, rispetto alla quale è intervenuta una pronuncia di riabilitazione non valutata.

Ha chiarito la Sezione che la Pubblica amministrazione non può, nel denegare il riconoscimento della cittadinanza per naturalizzazione richiesto ai sensi dell'art. 9, l. n. 91 del 1992, fondare il proprio giudizio di mancato inserimento sociale dello straniero sull'astratta tipologia del reato – la guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze psicotrope – e sulla sua pericolosità, astratta o presunta, senza apprezzare tutte le circostanze del fatto concreto e, benché la sua valutazione sia finalizzata a scopi autonomi e diversi da quella del giudice penale che ha concesso la riabilitazione del condannato, non per questo essa può esimersi da una considerazione in concreto del fatto, delle sue modalità, del suo effettivo disvalore come anche della personalità del soggetto.

La riabilitazione, del resto, comporta l'accertamento del completo ravvedimento dispiegato nel tempo e mantenuto sino al momento della decisione, e tradotto anche nella eliminazione (ove possibile) delle conseguenze civili del reato.

Se si prescinde dalle ipotesi di reato ostative al riconoscimento della cittadinanza, contemplate dall'art. 6, l. n. 91 del 1992, non è possibile però esigere dallo straniero, per riconoscergli la cittadinanza, un quantum di moralità superiore a quella posseduta mediamente dalla collettività nazionale in un dato momento storico, sicché il giudizio sulla integrazione sociale dello straniero richiedente la cittadinanza italiana, sebbene debba tenere conto di fatti penalmente rilevanti, non può ispirarsi ad un criterio di assoluta irreprensibilità morale o di impeccabilità sociale, del tutto antistorico prima che irrealistico e, perciò, umanamente inesigibile da chiunque, straniero o cittadino che sia.

La Sezione ha concluso nel senso che il Ministero dell'Interno deve rivalutare se il comportamento dello straniero, per le concrete modalità del fatto contravvenzionale in ordine al quale è intervenuta riabilitazione, sia concretamente indice di un mancato inserimento sociale e, quindi, di una mancata integrazione nella comunità nazionale o se, al contrario, simile comportamento, tenuto conto, nel complesso, della sua condotta di vita, della sua permanenza sul territorio nazionale, dei suoi legami familiari, della sua attività lavorativa, e di tutti gli elementi ritenuti rilevanti a tal fine, non denoti una mancata adesione ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico, a cominciare dal principio personalistico e da quello solidaristico, compendiate nel valore, posto «al vertice dell'ordinamento», della dignità umana (Corte cost. 7 dicembre 2017, n. 258, proprio in materia di giuramento reso dallo straniero disabile per ottenere la cittadinanza). Solo se infatti lo straniero riconosce questi fondamentali valori dell'ordinamento come propri, l'ordinamento, correlativamente, può riconoscerlo come cittadino, secondo un rapporto di mutuo riconoscimento.

Ma, ove ciò lo straniero faccia, proprio quel valore della persona umana richiamato dalla Corte costituzionale, nello straniero richiedente la cittadinanza e avente tutti i requisiti per ottenerla, non può essere avvilito solo per una malintesa, e comunque immotivata, concezione etica dello Stato, che fonda un surrettizio automatismo preclusivo in presenza di qualsivoglia condanna, anche ove per essa sia intervenuta da anni addirittura la riabilitazione.

## **8.2. Permesso di soggiorno.**

Con sentenza 29 novembre 2019, n. 8175 la Sezione ha dichiarato legittimo il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, opposto allo straniero condannato per il reato di violenza sessuale *ex art. 609-bis*, comma 3, cod. pen., ostativo al soggiorno nel territorio dello Stato *ex art. 4*, comma 3, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, anche in carenza della valutazione – indefettibilmente richiesta dalla legislazione di recepimento della disciplina comunitaria - circa la natura e l'effettività dei vincoli familiari dello straniero, padre di un figlio minore residente in Italia, valutazione implicitamente ma univocamente riferita alla condanna definitiva per fatti, riconosciuti dallo stesso interessato, incompatibili con i principi costituzionali.

Ha ricordato la Sezione che la valutazione di pericolosità sociale in concreto è implicitamente ma univocamente riferita alla condanna definitiva per fatti, riconosciuti dallo stesso interessato, incompatibili con i principi costituzionali che impongono alla Repubblica di garantire la libertà, la dignità e l'integrità fisica di ogni persona e, in particolare, di contrastare ogni forma di violenza e discriminazione di genere garantendo la piena libertà di scelta della donna, e neppure può essere ritenuto d'ostacolo il mero obbligo alimentare nei confronti di un figlio non convivente, fermo restando che in fattispecie quali quella considerata occorre attentamente valutare se lo stesso interesse del nucleo familiare non conduce a favorire, anziché ostacolare, il rimpatrio dell'autore del reato.

Ha aggiunto che ai sensi degli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998, come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. b, n. 1, d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 5 (di attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare), nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, si deve tenere anche conto anche “della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato”.

Con sentenza 18 luglio 2013, n. 202, la Corte costituzionale ha poi dichiarato l'illegittimità dell'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che “ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare” o al “familiare ricongiunto”, e non anche allo straniero “che abbia legami familiari nel territorio dello Stato”.

Tuttavia, nella specifica fattispecie considerata la tipologia e la gravità del reato commesso (violenza sessuale) risultano incompatibili non solo con i valori fondanti della nostra Comunità nazionale, ma anche con l'interesse alla stabilità del nucleo familiare interessato, in quanto in questo caso la valutazione di pericolosità sociale dell'appellato risulta essere stata adeguatamente riferita alla condanna per fatti che risultano gravemente contrastanti con il principio fondamentale sancito dall'art. 2 Cost., che impone

alla Repubblica di garantire i diritti inviolabili della persona sia come singolo, sia nelle formazioni sociali in cui svolge la propria personalità, con particolare riguardo, nella fattispecie considerata, ai precetti costituzionali che impongono la tutela della vita, dell'integrità fisica, della parità e della libertà della donna.

Con sentenza 2 novembre 2019, n. 7477 la Sezione ha dichiarato legittimo il diniego di rinnovo o conversine del permesso di soggiorno che era stato rilasciato su falsi presupposti a cittadino extracomunitario entrato in Italia illegalmente.

Ha chiarito la Sezione che la sopravvenienza di elementi favorevoli, essenzialmente connessi alla disponibilità di redditi sufficienti al suo sostentamento, non rende irrilevante la contestata condotta falsificatrice, inerente alla propria cittadinanza e connessa all'originario conseguimento di un permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Deve infatti osservarsi che, nella specie, non si tratta di verificare la sussistenza dei presupposti per il rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno – verifica che, secondo l'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998, deve effettivamente comprendere anche le circostanze sopravvenute all'avvio del procedimento e fino alla sua conclusiva definizione – ma di porre in risalto che il soggiorno in Italia dello straniero è iniziato in maniera illegittima, ovvero in virtù di un titolo di soggiorno conseguito mediante una condotta fraudolenta: vizio non superabile in virtù di fatti sopravvenuti, proprio perché inficiante in maniera irreversibile ed insanabile il titolo originario.

Ed invero, le disposizioni in tema di regolarizzazione, siccome volte eccezionalmente a legittimare la presenza sul territorio nazionale di soggetti privi di titolo di soggiorno, non possono essere invocate al fine di desumere, al di fuori del relativo tipizzato procedimento, un generale ed indefinito principio di irrilevanza delle modalità di ingresso dello straniero in Italia, anche nell'ipotesi in cui siano caratterizzate dalla presentazione di dichiarazione non veritiere.

Né si potrebbe ritenere che tale conclusione sia in contrasto con il principio di buon andamento, essendo interesse dello Stato consentire la legittima permanenza in Italia degli stranieri lavorativamente integrati: basti osservare che, accanto al suddetto principio, non può non tenersi conto di quello (prevalente) a non consentire la permanenza sul territorio nazionale di persone che abbiano trasgredito i doveri basilari di lealtà nei confronti dello Stato di accoglienza, come fatto dall'appellante mediante la contestata dichiarazione fraudolenta.

Tali conclusioni trovano un chiaro addentellato normativo nel disposto dell'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998, il quale, nel prevedere che “la presentazione di documentazione falsa o contraffatta o di false attestazioni a sostegno della domanda di visto comporta automaticamente, oltre alle relative responsabilità penali, l'inammissibilità della domanda”, dimostra che la condotta falsificatrice vizia in maniera radicale il procedimento di rilascio del permesso di soggiorno, precludendo la possibilità di assumere quello eventualmente rilasciato a presupposto di ulteriori e successivi procedimenti (la cui positiva conclusione finirebbe per protrarre e reiterare il vizio originario).

### **8.3. Emersione da lavoro irregolare.**

Con sentenza 30 aprile 2019, n. 2801 la Sezione ha affermato che la comunicazione di cessione di fabbricato di cui all'art. 7, d.lgs. n. 286 del 1998 non consegnata all'Ufficio di Pubblica sicurezza competente a riceverla è *tamquam non esset* in quanto non ha esplicato la funzione di mettere l'Amministrazione a conoscenza dell'ospitalità resa allo straniero; la produzione del relativo modulo nell'ambito di un procedimento di emersione da lavoro irregolare, pertanto, non accompagnata da dichiarazioni mendaci sul punto, è inidonea a dimostrare la disponibilità di un alloggio da parte dello straniero, ma non determina *ex se* la nullità del contratto di soggiorno ai sensi dell'art. 5, comma 12, d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109; l'adempimento, ancorché tardivo, all'obbligo di comunicazione, non incide sulla pregressa sussistenza di fattispecie di illeciti, ma deve comunque essere valutato dall'Ufficio in sede di istruttoria dell'istanza di emersione, se non altro quale elemento sopraggiunto ai sensi dell'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998.

La Sezione ha, in particolare, affrontato il tema della non veridicità dei fatti sulla base dei quali viene stipulato il contratto di soggiorno, necessario nell'ambito della procedura di emersione da lavoro irregolare a vantaggio di uno straniero (art. 5, comma 12, d.lgs. n. 109 del 2012). Non integra *ex se* un dato non rispondente al vero la produzione di un documento inidoneo a comprovare la disponibilità di un alloggio rientrante nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica da parte del lavoratore straniero. Tale deve ritenersi il modulo della comunicazione di cessione del fabbricato ove effettivamente lo straniero dimora, compilato con dati veritieri, ma privo del timbro dell'ufficio presso il quale avrebbe dovuto essere presentato nel termine di 48 ore di cui all'art. 7, d.lgs. n. 286 del 1998.

#### **8.4. Centri di accoglienza ordinaria e straordinaria.**

Con sentenza 19 luglio 2019, n. 5091 la Sezione ha affermato che prima della modifica apportata all'art. 23, comma 1, lett. e), d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 dall'art. 12, d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, la possibilità dei Prefetti di revocare la misura di accoglienza dello straniero per violazione grave o ripetuta delle regole delle strutture riguardava sia gli ospiti dei centri facenti parte del così detto sistema ordinario di accoglienza sia i centri di accoglienza straordinaria.

Ha ricordato la Sezione che l'art. 23, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 142 del 2015, prima delle modifiche introdotte dall'art. 12, d.l. n. 113 del 2018, disponeva che "il Prefetto della provincia in cui hanno sede le strutture di cui all'art. 14, dispone, con proprio motivato decreto, la revoca delle misure di accoglienza in caso di (...) e) 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 (...)". La disposizione è stata modificata dal legislatore a mezzo dell'art. 12, comma 2, lett. n), n. 1), d.l. n. 113 del 2018.

Nella versione oggi vigente, il riferimento all'art. 14 è stato sostituito con il riferimento agli artt. 9 e 11, con ciò chiarendosi definitivamente che il potere di revoca del Prefetto per i casi indicati nel comma 1 dell'art. 23 riguarda sia i centri governativi di prima accoglienza che i centri di accoglienza straordinaria. Ad avviso della Sezione a tale conclusione poteva giungersi anche alla luce di un'attenta esegesi della precedente versione dell'art. 23 cit., considerando che a mente dell'art. 11, comma 1, d.lgs. n. 142 del 2015 i



centri di accoglienza straordinari (Cas) sono strutture utilizzate in via eccezionale quando è temporaneamente esaurita la disponibilità di posti all'interno dei centri governativi di prima accoglienza e per il tempo strettamente necessario a collocare il richiedente la protezione internazionale all'interno di una struttura SPRAR.

I Cas costituiscono misure straordinarie, ma la loro straordinarietà non ne modifica la funzione. Essi, come del resto previsto dall'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 142 del 2015, devono pertanto rispettare gli stessi principi prescritti per i Centri governativi di prima accoglienza, *in primis* sul versante della sicurezza. Se la funzione dei due tipi di strutture è la medesima non vi sono allora ragioni per differenziare il regime sanzionatorio dei comportamenti serbati da coloro che ivi sono ospitati. Limitando l'applicazione dell'art. 23, comma 1, lett e), d.lgs. n. 142 del 2015 ai soli sistemi di accoglienza "ordinaria", si avrebbe un'inevitabile disparità di trattamento dei cittadini richiedenti protezione internazionale in ragione della – non programmabile – collocazione nelle diverse strutture di accoglienza.

La Sezione ha dunque concluso nel senso che l'equivoco riferimento dell'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 142 del 2015, prima dell'intervento del d.l. n. 113 del 2018, all'art. 14 della medesima fonte, deve leggersi quale riferito all'intero sistema dell'accoglienza e dunque all'ospitalità fornita presso i Centri straordinari in aggiunta ai Centri governativi saturi.

## **9. Anticorruzione.**

### **9.1. Gestione commissariale dell'impresa prevista dall'art. 32, d.l. n. 90 del 2014.**

Con sentenza 4 febbraio 2019, n. 867 la sez. III ha affermato che la gestione commissariale straordinaria e temporanea prevista dall'art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90 – espressamente qualificata come attività di pubblica utilità poiché essa risponde, primariamente, all'interesse generale di assicurare la realizzazione dell'opera – è volta, attraverso l'intervento del Prefetto, non soltanto a garantire l'interesse pubblico alla completa esecuzione dell'appalto, ma anche a sterilizzare la gestione del contratto "oggetto del procedimento penale" dal pericolo di acquisizione delle utilità illecitamente captate in danno della Pubblica amministrazione.

La Sezione ha chiarito che l'art. 32, d.l. n. 90 del 2014 – detto anche d.l. anticorruzione – si propone l'ambizioso obiettivo di contemperare due opposte esigenze e, cioè, garantire, da un lato, la completa esecuzione degli appalti e neutralizzare, dall'altro, il rischio derivante dall'infiltrazione criminale nelle imprese, introducendo un originale e innovativo meccanismo di commissariamento.

L'istituto si manifesta come uno strumento di autotutela contrattuale previsto direttamente dalla legge. Questa speciale forma di commissariamento, in altri termini, riguarda soltanto il contratto (e la sua attuazione) e non la *governance* dell'impresa in quanto tale ed in ciò si distingue dalle misure di prevenzione patrimoniali disposte ai sensi del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. Codice antimafia). In tal senso depone lo stesso tenore letterale della norma laddove si afferma che il commissariamento ha luogo "limitatamente alla completa esecuzione del contratto o della concessione". Ciò è, inoltre, confermato dall'intera struttura della disposizione, che consente la gestione commissariale del contratto in evidente alternativa alle regole generali che ne imporrebbero la caducazione.

Una misura, dunque, *ad contractum*, secondo l'espressione riportata anche nelle relative Linee guida dell'Anac.

La *ratio* della disposizione, dunque, è quella di consentire il completamento dell'opera nell'esclusivo interesse dell'amministrazione concedente mediante la gestione del contratto in regime di "legalità controllata".

## **10. Pubblica amministrazione.**

### **10.1. Riedizione del potere.**

Con la sentenza n. 1321 del 25 febbraio 2019, la Sezione sesta ha affrontato la questione se, dopo l'accertamento giurisdizionale della illegittimità di un diniego su di una istanza, l'Amministrazione possa negare nuovamente al ricorrente il bene della vita a cui egli aspira in base ad accertamenti o valutazioni che sarebbero potuti essere già compiuti nell'originario procedimento amministrativo, cioè se ne consegua il vincolo conformativo di accordare la richiesta del cittadino.

Ha affermato che la discrezionalità amministrativa (anche tecnica) può risultare progressivamente "ridotta" per effetto: a) sul piano "sostanziale", degli auto-vincoli discendenti dal dipanarsi dell'azione amministrativa, contrassegnata dal crescente impiego di fonti secondarie e terziarie che si pongono spesso come parametri rigidi per sindacare l'esercizio della funzione amministrativa concreta (anche se originariamente connotata in termini discrezionali); b) sul piano "processuale" dei meccanismi giudiziari che, sollecitando l'amministrazione resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere (si pensi alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova), concentrando in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza. La consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile "frattura" del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, resta precluso all'amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati (nella fattispecie, in cui il giudice amministrativo aveva annullato per ben tre volte il diniego di conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore universitario di prima fascia, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'ambito di discrezionalità tecnica rimessa all'Amministrazione si fosse progressivamente ridotto sino a "svuotarsi" del tutto, ed ha conseguentemente ordinato al Ministero di rilasciare l'abilitazione in favore della candidata).

Più in particolare, ha chiarito la Sezione che all'esito dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa culminata con il Codice del processo amministrativo, il sistema delle tutele è stato segnato dai seguenti principali sviluppi, che si pongono tutti in direzione di una maggiore "effettività" del sindacato del giudice amministrativo, sia nei casi in cui il provvedimento viene confermato, sia nei casi in cui l'interesse legittimo viene ritenuto leso.

Quanto al primo di tali profili, mentre lo schema classico della giustizia amministrativa era contrassegnato dalla equivalenza di tutte le norme violate, nel contesto attuale le risultanze del processo devono essere invece commisurate alla consistenza dell'interesse materiale: ciò accade, sia nell'azione costitutiva – dove, per effetto dell'art. 21 *octies*, l. n. 241 del 1990, la difformità dal diritto obiettivo che non abbia inciso sulla adeguata sistemazione degli interessi in gioco non può comportare l'annullamento dell'atto –, sia nell'azione di condanna, dove pure non può accordarsi protezione al portatore di rimozioni meramente “formalistiche”.

Quanto al secondo di tali profili, anche (*rectius*, soprattutto) la protezione dell'interesse legittimo ha nel contempo guadagnato in “effettività”, sotto i seguenti aspetti: il Codice del processo amministrativo prefigura un sistema aperto di tutele e non di azioni tipiche, il quale riflette l'esigenza di una tutela conformata non alle situazioni giuridiche sostanziali (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*. Per quanto permanga la centralità della struttura impugnatoria, il Codice del processo amministrativo 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. E' oramai acclarata la possibilità per il giudice di spingersi “oltre” la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento (l'art. 64 c.p.a. contiene una traccia, sia pure incompiuta, degli oneri di contestazione, di allegazione, di prova necessari ad ordinare in forma sequenziale un giudizio esteso al rapporto), in quanto al giudice compete l'accertamento del fatto senza essere vincolato a quanto rappresentato nel provvedimento. Al giudice della cognizione è stato attribuito il potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario *ad acta* (art. 34, comma 1, lett. e, c.p.a.), consentendo di esplicitare a priori, ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più a posteriori, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento. In definitiva, la giurisdizione è 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.

Senonché, sebbene sia stata oramai definitivamente accantonata l'opinione tradizionale che escludeva si potesse riconnettere alla sentenza amministrativa l'effetto di imporre una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino “sostitutiva” della disciplina dettata dall'atto annullato, resta il fatto che non sempre il contenuto ordinatorio della sentenza di accoglimento consente una definizione della fattispecie sostanziale. Ciò accade proprio nell'ipotesi in discussione di “discrezionalità tecnica”, in cui il fatto presupposto del potere di abilitazione (segnatamente: il livello di maturazione scientifica dei candidati) viene preso in considerazione dalla norma attributiva del potere, non nella dimensione oggettiva di “fatto storico” (accertabile in via diretta dal Giudice), bensì di fatto “mediato” e “valutato” dalla pubblica amministrazione. In questi casi, il giudice

non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Amministrazione, dovendo verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto.

Per ampliare i margini di tutela, l'interessato resta libero di far valere, non solo la pretesa ad un provvedimento (specifico) satisfattivo, ma anche la pretesa (minore) ad un provvedimento legittimo. L'accoglimento dell'interesse strumentale qui non è altro che un modo di proteggere l'interesse finale, nei casi in cui (per l'atteggiarsi concreto della singola fattispecie normativa e amministrativa) non sia possibile dedurre in giudizio la titolarità di una posizione sostantiva finale, bensì soltanto il rispetto di un sistema di regole.

L'anfibologia del Codice del processo amministrativo – che riflette la flessibilità che lo strumento processuale deve assicurare, in vista della eterogeneità delle situazioni che possono realizzarsi nel concreto dispiegarsi dell'azione amministrativa – risulta evidente dalla trama normativa: mentre l'ampia formulazione dell'art. 114 c.p.a. riflette la tradizionale tesi della riedizione della funzione amministrativa dopo la sentenza di annullamento del giudice amministrativo, sindacabile in una fase processuale di “esecuzione a cognizione integrata”, l'art. 34 c.p.a., introducendo una inedita modalità di “cognizione ad esecuzione integrata”, sembra postulare che non sia riservata alla funzione esecutiva la traduzione in concreto dei precetti. Mentre gli artt. 7, commi 1 e 4, 30 e 108 chiamano in causa l'interesse legittimo, gli artt. 31, comma 3, 34 comma 5, e 40, riferendosi rispettivamente alla pretesa e all'oggetto della domanda, richiamano l'aspettativa di conseguire il bene della vita.

Lo stesso Codice del processo amministrativo, pur non tratteggiando un modello compiuto, consente di delineare in via interpretativa un dispositivo di chiusura del sistema, volto a scongiurare l'indefinita parcellizzazione giudiziaria di una vicenda sostanzialmente unitaria. Tale dispositivo può essere indentificato, su più ampie basi argomentative, nella “riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa”, in via sostanziale o processuale.

In primo luogo, viene in rilievo il richiamo, effettuato in esordio, all'esigenza di una tutela piena ed effettiva “secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo” (art. 1). Il principio del rimedio effettivo (frutto della convergenza sinergica, in tema di garanzie della tutela giudiziaria, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo con le previsioni della Carta costituzionale) ha reso oramai recessiva l'idea che la garanzia delle posizioni sostanziali possano restringersi al mero accesso a un giudice e a una procedura regolata dalla legge, implicando invece anche la possibilità di ottenere un provvedimento di tutela adeguato e omogeneo al bisogno di protezione di chi agisce. L'enfasi sulla strumentalità delle regole del processo rispetto alle ragioni della giustizia sostanziale ed il necessario riscontro di adeguatezza tra il mezzo di tutela e la posizione sostanziale segnano il passaggio dal principio di atipicità dell'azione, al principio di atipicità delle forme di tutela. Se l'effettività della tutela giurisdizionale è la capacità del processo di far conseguire i medesimi risultati garantiti dalla sfera sostanziale, l'interesse legittimo abbisogna della predisposizione dei rimedi idonei a garantire il conseguimento dell'utilità “primaria” specificatamente oggetto dell'aspettativa riconosciuta dall'ordinamento.

Su queste basi assiologiche, il Codice del processo amministrativo affida poi a due disposizioni il compito di esplicitare (per la prima volta) il punto di temperamento tra il principio di giustiziabilità delle pretese e di effettività della tutela (artt. 24, 103 e 113 Cost., artt. 6 e 13 della Convenzione europea) ed il principio di separazione dei poteri (art. 1 e 97 Cost., con il quale tradizionalmente viene giustificata la riserva di valutazione in capo alla pubblica amministrazione).

L'art. 31, comma 3, c.p.a. – avente applicazione generale, sia che l'amministrazione rimanga inerte sia che emani un provvedimento espresso di diniego – dispone che “il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo 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”. Quindi, per la definizione dell'intero rapporto sostanziale, vengono dettati i seguenti limiti: soltanto quando si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di discrezionalità, il giudice potrà spingersi sino alla verifica dell'esistenza in concreto dei presupposti e requisiti in presenza dei quali il ricorrente può ottenere il provvedimento richiesto.

Dall'art. 34, comma 2, c.p.a. – alla cui stregua il giudice non può pronunciarsi che “con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati” (art. 34, comma 2) – si desume invece che non sono consentite domande di tutela preventiva dell'interesse legittimo, dirette cioè ad orientare l'azione futura dell'amministrazione, prima che questa abbia ancora provveduto.

Ebbene, la “riduzione” della discrezionalità amministrativa (anche tecnica) può essere l'effetto: a) sul piano “sostanziale”, degli auto-vincoli discendenti dal dipanarsi dell'azione amministrativa, contrassegnata dal crescente impiego di fonti secondarie e terziarie che si pongono spesso come parametri rigidi per sindacare l'esercizio della funzione amministrativa concreta (anche se originariamente connotata in termini discrezionali); b) sul piano “processuale” dei meccanismi giudiziari che, sollecitando l'amministrazione resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere (si pensi alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova), concentrando in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza.

La consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile “frattura” del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, resta precluso all'amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati.

In alcuni casi, può accadere che la pervicacia degli organi amministrativi a reiterare le statuizioni annullate integri una elusione (palese o occulta) del giudicato: in tal caso deve

ammettersi la possibilità, per il giudice dell'ottemperanza, di sindacare anche su aspetti non pregiudicati dalla sentenza.

Ma anche in casi in cui non è ravvisabile in un nuovo vizio di illegittimità un palese sintomo dell'intento di non attuare il giudicato, il susseguirsi di giudicati di annullamento ha comunque l'effetto di "svuotare" l'amministrazione del proprio potere discrezionale. Con la precisazione che il giudicato costituisce, in tale ipotesi, un vincolo alla discrezionalità amministrativa operante come "fatto" e non come "atto".

Pur con tutte le inevitabili esigenze di assestamento, il rimedio appena tratteggiato – i cui contorni ed i cui limiti saranno precisati dalla casistica giurisprudenziale (che dovrà specificare, ad esempio, cosa accade quando vengano in rilievo decisioni pubbliche di elevata discrezionalità e valore politico) – appare in grado di temperare la regola per cui il processo amministrativo non può attribuire un bene della vita prima di una determinazione della pubblica amministrazione, con l'esigenza di assicurare, sin dove possibile, una tutela piena anche all'interesse pretensivo (per il quale la pronuncia di annullamento raramente si presenta autonomamente soddisfattiva), tenuto conto delle specificità correlate al sindacato sul potere pubblico.

La Sezione ha quindi concluso nel senso che è compito precipuo della giustizia amministrativa approntare i mezzi che consentono di ridurre la distanza che spesso si annida tra l'efficacia delle regole e l'effettività delle tutele. La tutela piena, del resto, risponde anche ad un obiettivo di efficienza complessiva del sistema, dal momento che lo sviluppo economico e sociale del Paese passa anche attraverso una risposta rapida e "conclusiva" delle ragioni di contrasto tra le Amministrazioni ed i cittadini.

## **11. Accesso ai documenti.**

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

### **11.1. Accesso agli atti di gara.**

La sez. III, con ordinanza 16 dicembre 2019, n. 8501 ha rimesso all'Adunanza plenaria una serie di questioni che riguardano l'accesso agli atti di gara ed il rapporto tra accesso ordinario e accesso civico.

Il secondo graduato ad una procedura di gara già conclusa con l'affidamento aveva chiesto l'accesso ai documenti riguardanti l'esecuzione dell'appalto. La dichiarata finalità dell'accesso era quella di verificare se l'esecuzione del contratto si stesse svolgendo nel rispetto del capitolato tecnico e dell'offerta migliorativa presentata dall'aggiudicataria: l'accertamento di eventuali inadempienze dell'appaltatore avrebbe determinato l'obbligo dell'amministrazione di procedere alla risoluzione del contratto e al conseguente affidamento del servizio alla medesima appellante, secondo le regole dello "scorrimento della graduatoria", ex art. 140 dell'abrogato codice dei contratti pubblici, applicabile *ratione temporis*. L'istanza si basava espressamente sull'allegazione di uno specifico interesse qualificato, senza compiere alcun riferimento alla disciplina dell'accesso civico di cui al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, o ai suoi presupposti sostanziali.

La Sezione ha rimesso all'Adunanza plenaria tre questioni.

Ha rimesso innanzitutto la questione se sia configurabile o meno, in capo all'operatore economico, utilmente collocato nella graduatoria dei concorrenti, determinata all'esito della procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente, la titolarità di un interesse giuridicamente protetto, ai sensi dell'art. 22, l. 7 agosto 1990, n. 241, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva delle prestazioni, in vista della eventuale sollecitazione del potere dell'amministrazione di provocare la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore e il conseguente interpello per il nuovo affidamento del contratto, secondo le regole dello scorrimento della graduatoria.

Ha chiarito che la titolarità del diritto di accesso *ordinario* è attribuita dall'art. 22, comma 1, lett. a) e b) l. n. 241 del 1990 agli "*interessati*", per tali intendendosi, secondo la pertinente definizione legislativa, "tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso". Nella specie, sebbene la posizione della società appellante non possa non dirsi "differenziata" – sia dal punto di vista soggettivo, agendo essa in forza della sua qualità di seconda classificata nella graduatoria redatta a conclusione della procedura di gara *de qua*, sia dal punto di vista oggettivo, essendo nell'istanza compiutamente individuati i documenti alla cui acquisizione essa si rivolge – cionondimeno, siffatta astratta differenziazione della sua posizione sembrerebbe non tradursi, in concreto, nella prospettiva di una situazione giuridica collegata ai documenti oggetto dell'istanza di accesso da un interesse conoscitivo "concreto ed attuale", ma, semmai, di una aspettativa di carattere meramente ipotetico ed assertivo.

Deve infatti rilevarsi che, secondo l'interpretazione invalsa in ordine ai presupposti legittimanti l'accesso ordinario, la situazione giuridica suscettibile di legittimare l'istanza ostensiva, sia nella sua configurazione "finale" (nella specie, connessa all'affidamento del servizio a seguito dello scioglimento del rapporto contrattuale con l'impresa aggiudicataria), sia in quella "procedimentale" (intesa, nella fattispecie in esame, alla sollecitazione ed al controllo delle modalità di esercizio da parte della P.A. del suo potere di risoluzione del contratto con l'aggiudicataria e di "interpello" della seconda classificata), deve quantomeno correlarsi ad una attuale e concreta prospettiva dei suoi presupposti costitutivi (relativi, nella specie, al "grave inadempimento" dell'impresa affidataria): presupposti che, essendo finalizzati a conferire i necessari requisiti di "concretezza" ed "attualità" all'interesse legittimante, devono preesistere all'istanza di accesso (proprio perché si tratta di verificarne, dal punto di vista dell'Amministrazione destinataria dell'istanza e in via succedanea nella sede giudiziale, la ammissibilità e fondatezza), e non (eventualmente) emergere successivamente al soddisfacimento dell'azionato interesse conoscitivo.

Nel caso di specie, l'interesse azionato che fonderebbe l'accesso non risulta concreto, poiché non ne viene precisata e specificata la natura; la circostanza di essere il secondo graduato nella procedura di gara per l'affidamento del contratto, non giustifica certo una richiesta generalizzata di accesso di tutti gli atti attinenti alla fase esecutiva, almeno in mancanza di elementi concreti da cui possa desumersi che l'impresa controinteressata si è resa responsabile di una situazione di "grave inadempimento" suscettibile di attivare le valutazioni di competenza della stazione appaltante in ordine all'esercizio del potere

risolutorio e quelle, consequenziali, inerenti all'assunzione dell'iniziativa di "interpellare" la seconda classificata ai fini dell'affidamento del servizio oggetto di gara.

Sull'opposto versante interpretativo, tuttavia, non può farsi a meno di evidenziare che la seconda classificata, proprio in virtù di tale posizione, non è assimilabile ad un *quisque de populo*, ai fini dell'attivazione dell'iniziativa ostensiva: quella posizione, infatti, funge da presupposto attributivo di un "fascio" di situazioni giuridiche, di carattere oppositivo o sollecitatorio, finalizzate alla salvaguardia di un interesse tutt'altro che emulativo, in quanto radicato sulla valida – anche se non pienamente soddisfattiva – partecipazione alla gara.

In siffatto contesto, ed anche in considerazione dell'idoneità dell'accesso ad integrare un autonomo "bene della vita", distinto dalle utilità conseguibili mediante le iniziative attivabili a seguito del suo utile esperimento, l'interesse dell'impresa seconda classificata ad avere accesso agli atti della fase esecutiva, in vista della sollecitazione dell'eventuale potere risolutorio e di quello consequenziale di "interpello" della stazione appaltante, potrebbe non presentare tratti significativamente divergenti, anche ai fini della sua giuridica tutelabilità, rispetto all'incontestabile interesse ostensivo della medesima concorrente a conoscere i documenti relativi all'offerta presentata dalla aggiudicataria, indipendentemente dalla già acquisita conoscenza dei vizi del procedimento di gara, in vista della eventuale impugnazione del provvedimento di aggiudicazione: in entrambi i casi perseguendosi l'interesse al subentro nella posizione di affidataria della commessa e distinguendosi essi solo in relazione alla natura del potere di sostituzione della prima graduata spettante all'Amministrazione, siccome vincolato in un caso e discrezionale nell'altro. Peraltro, si deve considerare che, anche nel caso di annullamento del provvedimento di aggiudicazione, l'attribuzione dell'appalto alla seconda classificata non costituisce affatto un esito scontato, né inevitabile. Si pensi alle ipotesi di vizi afferenti la fase di valutazione dell'anomalia dell'offerta, il cui accertamento giurisdizionale prelude alla rinnovazione del sub-procedimento di anomalia, notoriamente connotato in chiave tecnico-discrezionale. Pertanto, la distanza concettuale tra le due fattispecie si assottiglia ulteriormente, correlativamente manifestando l'incongruenza di un trattamento giuridico differenziato delle stesse, in punto di ammissibilità dell'accesso.

La seconda questione rimessa all'Adunanza plenaria è se la disciplina dell'accesso civico generalizzato di cui al d.lgs. n. 33 del 2013, come modificato dal d.lgs. n. 97 del 2016, sia applicabile, in tutto o in parte, in relazione ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di inerenti al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva, ferme restando le limitazioni ed esclusioni oggettive previste dallo stesso codice.

Ed invero, qualora si ritenesse che il concorrente secondo graduato sia privo di un interesse differenziato che lo legittima all'esercizio del diritto di accesso ordinario, ai sensi della l. n. 241 del 1990, nei riguardi degli atti afferenti alla fase esecutiva dell'appalto, diventerebbe necessario affrontare tale seconda questione, anch'essa di evidente rilievo generale, concernente l'applicabilità del nuovo istituto dell'accesso civico generalizzato, disciplinato dall'art. 5, d.lgs. n. 33 del 2013, nella materia dei contratti pubblici, tanto nella fase di scelta del contraente, quanto nella successiva fase di esecuzione delle prestazioni.



Il diritto di accesso civico generalizzato, infatti, si caratterizza proprio perché del tutto sganciato dal collegamento con una posizione giuridica differenziata. L'operatore economico, al pari di qualsiasi altro soggetto, potrebbe esercitare tale diritto anche al semplice scopo di verificare la correttezza dell'operato dell'amministrazione, indipendentemente dall'esigenza di proteggere una particolare situazione giuridica soggettiva.

Nella specie, peraltro, la richiesta di accesso non ha in alcun modo richiamato la disciplina dell'accesso civico e i suoi presupposti sostanziali. Tuttavia, l'amministrazione prima e il giudice di primo grado poi hanno motivato il diniego anche in relazione alla normativa di cui al d.lgs. n. 33 del 2013. A sua volta, anche la sentenza impugnata ha ampiamente argomentato il rigetto del ricorso in base alla prospettata lettura restrittiva dell'ambito operativo dell'accesso civico, ritenuto inapplicabile nel settore dei contratti pubblici.

Si tratta allora di chiarire se, a fronte di una istanza di accesso specificamente incentrata sulla disciplina ordinaria della l. n. 241 del 1990, e puntualmente motivata con riguardo all'asserita titolarità di un interesse qualificato e differenziato, l'amministrazione possa (o debba) riqualificare la richiesta come esercizio del diritto di accesso civico, valutandola senza considerare la concreta sussistenza di un interesse differenziato.

In punto di fatto, la parte appellante, facendo leva sulla sua qualità (differenziata) di impresa partecipante alla gara e collocatasi in seconda posizione nella graduatoria conclusiva, nel perseguimento della suindicata finalità di subentrare all'impresa aggiudicataria nello svolgimento del servizio in oggetto, sembra avere inteso (implicitamente) invocare le pertinenti disposizioni della l. n. 241 del 1990 e non quelle, caratterizzate dal carattere "adespota" dell'interesse legittimante l'accesso, regolatrici del accesso civico (esercitabile, come si è visto, da "chiunque").

Alla soluzione della questione nel senso del carattere non preclusivo della qualità "differenziata" spesa dalla richiedente l'accesso, ai fini della applicazione (in via subordinata) della normativa in tema di accesso civico, potrebbe indurre, in primo luogo, il rilievo secondo cui compete all'Amministrazione - ed, in seconda battuta, al giudice - inquadrare *sub specie iuris* la domanda del privato, di cui sia univocamente identificabile il contenuto sostanziale (*recte*, nella specie, la ragione e l'oggetto della pretesa ostensiva): sì che, anche la presenza nell'istanza di espresse indicazioni normative (nel caso concreto, comunque, assenti) non potrebbe reputarsi suscettibile di vincolare le sue determinazioni (né, di riflesso, le valutazioni del giudice), dovendo aversi di mira l'obiettivo primario di verificare la fondatezza dell'istanza alla luce del complessivo tessuto ordinamentale, in vista del soddisfacimento dell'interesse ostensivo finale del richiedente (sempre che, naturalmente, l'istanza non contenga univoche indicazioni volitive del richiedente nel senso dell'applicazione dell'una o dell'altra disciplina regolatrice dell'accesso).

Del resto, e con diretto riferimento al caso di specie, la stessa Amministrazione, esprimendosi - con la nota impugnata in primo grado - in senso negativo in ordine alla duplice possibile prospettazione della pretesa ostensiva, ha ritenuto che entrambe fossero enucleabili, senza incorrere in forzature interpretative o qualificatorie, dall'istanza della parte appellante. Lo stesso Ente, pertanto, ha attribuito all'oggetto dell'istanza un contenuto ampio, ovvero comprensivo delle due possibili configurazioni del diritto di

accesso, che non potrebbe essere ricusato in sede giudiziale dall'Amministrazione appellata, se non incorrendo nel divieto di venire *contra factum proprium* (non potendo invece invocarsi in tema di accesso, almeno qualora si ritenga che venga in rilievo una posizione di diritto soggettivo del richiedente, l'irretrattabilità del provvedimento, anche in punto di definizione contenutistica dell'istanza del cittadino, se non nelle forme dell'autotutela).

In secondo luogo, proprio in virtù del fatto che, dal punto di vista della qualificazione dell'interesse ostensivo, la disciplina in tema di accesso civico, in considerazione della sua maggiore latitudine applicativa, appare avere carattere "contenitivo" (secondo il rapporto tra "più" e "meno") rispetto alla più restrittiva disciplina in tema di accesso ordinario, potrebbe a ragion veduta sostenersi che l'eventuale insufficienza di quello dedotto dal richiedente, al fine di legittimare l'accoglimento della domanda di accesso secondo la (più rigorosa) disciplina di cui alla l. n. 241 del 1990, renda inevitabile, in un'ottica di ricostruzione sostanzialistica del contenuto della domanda di accesso (nel segno del *favor* per la più ampia applicazione del principio di trasparenza, diretta emanazione di quelli costituzionali di buon andamento ed imparzialità), la verifica della sua fondatezza alla stregua della disciplina più "liberista". Peraltro, in via generale, se una domanda del cittadino difetti di un requisito per poter trovare soddisfacimento alla stregua di una determinata fattispecie normativa, o comunque non lo possieda col grado di intensità all'uopo richiesto, ciò non esclude che essa possa essere esaminata secondo una diversa fattispecie tipica, che quel requisito non contempra affatto.

In senso opposto, tuttavia, potrebbe sottolinearsi, ad avviso della Sezione, che l'accesso civico è testualmente finalizzato (art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013, così come novellato dall'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 97 del 2016) 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": siffatta connotazione finalistica dell'accesso de quo, quindi, impronterebbe "in positivo" l'istituto, inducendo ad escluderne l'applicazione ogniqualvolta il promotore dell'iniziativa ostensiva abbia espressamente fatto valere una legittimazione di carattere "egoistico" (ovvero dichiarato di agire, come nella specie, a tutela di un interesse di carattere individuale).

La Sezione ha, dunque, posto all'Adunanza plenaria la questione se, in presenza di un'istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale di cui alla l. n. 241 del 1990, o ai suoi elementi sostanziali, l'amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, ai sensi dell'art. 22, l. n. 241 del 1990, sia comunque tenuta ad accogliere la richiesta, qualora sussistano le condizioni dell'accesso civico generalizzato di cui al d.lgs. n. 33 del 2013; se, di conseguenza, il giudice, in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla disciplina ordinaria di cui alla l. n. 241 del 1990 o ai suoi presupposti sostanziali, abbia il potere-dovere di accertare la sussistenza del diritto del richiedente, secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell'accesso civico generalizzato.

La Sezione, nel rimettere la soluzione del quesito all'Adunanza plenaria, ha rappresentato di propendere per la soluzione più ampia, dal momento che tutta la nuova normativa in materia di trasparenza, del resto, è incentrata sull'idea della massima collaborazione tra l'amministrazione e i cittadini. La soluzione formalista, che conduca alla reiezione dell'accesso per il mancato richiamo alla disciplina dell'accesso civico si porrebbe in totale contraddizione con questi principi.

D'altro canto, il rigetto non attribuirebbe all'amministrazione alcun concreto vantaggio, poiché il richiedente potrebbe poi reiterare l'istanza, fondandola sul d.lgs. n. 33 del 2013. Questa duplicazione di istanze e procedimenti comporterebbe costi non solo per il privato, ma anche per la stessa amministrazione. Si deve aggiungere che la "conversione" dell'istanza non sembra comportare pregiudizi per i terzi, dal momento che la disciplina del d.lgs. n. 33 del 2013 risulta, nel suo complesso, decisamente più garantista degli interessi privati che possono essere posti in pericolo dall'esercizio del diritto di accesso.

La stessa sez. III, con precedente sentenza 5 giugno 2019, n. 3780, ha affermato che l'accesso civico può essere esercitato anche con riferimento agli atti di gara pubblica da parte di un soggetto che non ha partecipato alla procedura.

Ha chiarito la Sezione che l'art. 53 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) richiama al comma 1 la disciplina contenuta nella l. n. 241 del 1990, mentre nel comma 2 elenca una serie di prescrizioni riguardanti il differimento dell'accesso in corso di gara. L'art. 5 *bis*, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013, stabilisce, invece che l'accesso civico generalizzato è escluso fra l'altro nei casi previsti dalla legge "ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti".

Tale ultima prescrizione fa riferimento, nel limitare tale diritto, a "specifiche condizioni, modalità e limiti" ma non ad intere "materie". Diversamente interpretando, significherebbe escludere l'intera materia relativa ai contratti pubblici da una disciplina, qual è quella dell'accesso civico generalizzato, che mira a garantire il rispetto di un principio fondamentale, il principio di trasparenza ricavabile direttamente dalla Costituzione. Entrambe le discipline, contenute nel d.lgs. n. 50 del 2016 e nel d.lgs. n. 33 del 2013, mirano all'attuazione dello stesso, identico principio e non si vedrebbe per quale ragione, la disciplina dell'accesso civico dovrebbe essere esclusa dalla disciplina dei contratti pubblici. D'altro canto, il richiamo contenuto nel primo comma, del citato art. 53 Codice dei contratti, alla disciplina del c.d. accesso "ordinario" di cui agli artt. 22 e ss., l. n. 241 del 1990 è spiegabile alla luce del fatto che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è anteriore al d.lgs. 25 maggio 2016, n. 67 modificativo del d.lgs. n. 33 del 2013.

Il d.lgs. 25 maggio 2016 n. 97, che ha introdotto l'accesso civico novellando l'art. 5 d.lgs. n. 33 del 2013, si è dichiaratamente ispirato al c.d. "*Freedom of information act*" che, nel sistema giuridico americano, ha da tempo superato il principio dei limiti soggettivi all'accesso, riconoscendolo ad ogni cittadino, con la sola definizione di un *numerus clausus* di limiti oggettivi, a tutela di interessi giuridicamente rilevanti, che sono appunto precisati nello stesso art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013.

L'intento del legislatore delegato è stato quello di “favorire forme diffuse di controllo nel perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”, promuovendo così “la partecipazione al dibattito pubblico”.

La *ratio* dell'intervento è stata declinata in tutte le sue implicazioni dal parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato 24 febbraio 2016, n. 515 il quale, nell'esprimere il proprio parere favorevole sullo schema di decreto legislativo, ha apprezzato, tra gli altri, due aspetti.

Il primo aspetto, cioè la già sottolineata limitazione soltanto oggettiva dell'accesso civico, comporta che, oltre alle specifiche “materie” sottratte – ad esempio quelle relative alla politica estera o di sicurezza nazionale – vi possono essere “casi” in cui, per una materia altrimenti compresa per intero nella possibilità di accesso, norme speciali (ovvero l'art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990) possono prevedere “specifiche condizioni, modalità e limiti”.

Deriva da tale principio anzitutto che l'ambito delle materie sottratte debba essere definito senza possibilità di estensione o analogia interpretativa.

In secondo luogo, dal medesimo principio – ricavabile dalla testuale interpretazione dell'art. 5 bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 come novellato – discende la regola per cui, ove non si ricada in una “materia” esplicitamente sottratta, possono esservi solo “casi” in cui il legislatore pone specifiche limitazioni, modalità o limiti.

La Sezione ha ritenuto che il richiamo all'art. 53 del Codice dei contratti nella parte in cui esso rinvia alla disciplina degli artt. 22 ss., l. n. 241 del 1990, possa condurre alla generale esclusione dell'accesso civico della materia degli appalti pubblici.

E' evidente che il d.lgs. n. 97 del 2016, successivo sia al “Codice dei contratti” che – ovviamente – alla l. n. 241 del 1990, sconta un mancato coordinamento con quest'ultima normativa, sul procedimento amministrativo, a causa del non raro difetto, sulla tecnica di redazione ed il coordinamento tra testi normativi, in cui il legislatore incorre.

Non può, dunque, ipotizzarsi una interpretazione “statica” e non costituzionalmente orientata delle disposizioni vigenti in materia di accesso allorché, intervenuta la disciplina del d.lgs. n. 97 del 2016, essa non risulti correttamente coordinata con l'art. 53 del Codice dei contratti e con la ancora più risalente normativa generale sul procedimento: sarebbe questa, opinando sulla scia della impugnata sentenza, la strada per la preclusione dell'accesso civico ogniqualvolta una norma di legge si riferisca alla procedura *ex* artt. 22 e seguenti l. n. 241 del 1990.

Ad avviso della Sezione una interpretazione conforme ai canoni dell'art. 97 Cost. deve valorizzare l'impatto “orizzontale” dell'accesso civico, non limitabile da norme preesistenti (e non coordinate con il nuovo istituto), ma soltanto dalle prescrizioni “speciali” e interpretabili restrittivamente, che la stessa nuova normativa ha introdotto al suo interno.

Il secondo aspetto, considerato dal parere della Commissione speciale n. 515 del 2016, è che la normativa sull'accesso civico non ha certo regolato positivamente il diritto di chiunque ad accedere agli atti per mera curiosità o per accaparrarsi dati sensibili a lui utili relativi ad ambiti di una impresa concorrente e coperti dalla ordinaria “segretezza aziendale”.

Proprio con riferimento alle procedure di appalto, la possibilità di accesso civico, una volta che la gara sia conclusa e viene perciò meno la tutela della *par condicio* dei concorrenti, non risponde soltanto ai canoni generali di “controllo diffuso sul perseguimento dei compiti istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche” (art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013).

Vi è infatti, a rafforzare in materia l’ammissibilità dell’accesso civico, una esigenza specifica e più volte riaffermata nell’ordinamento statale ed europeo, e cioè il perseguimento di procedure di appalto trasparenti anche come strumento di prevenzione e contrasto della corruzione.

Il richiamato parere n. 515 del 2016 ha osservato che “La trasparenza si pone come un valore-chiave, in grado di poter risolvere uno dei problemi di fondo della pubblica amministrazione italiana: quello di coniugare garanzie ed efficienza nello svolgimento dell’azione amministrativa. Tale valore può essere riguardato [...] come modo d’essere tendenziale dell’organizzazione dei pubblici poteri [...].

In altri termini, se l’interesse pubblico – inteso tecnicamente come “causa” dell’atto e del potere amministrativo – non può più essere rigidamente predeterminato e imposto, ma costituisce in concreto la risultante di un processo di formazione cui sono chiamati a partecipare sempre più attivamente i componenti della comunità, occorre anche “rendere visibile” il modo di formazione dell’interesse medesimo, i soggetti che vi concorrono [...] nonché rendere conoscibili i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, ivi comprese le risorse utilizzate”.

Tali principi trovano, sempre in materia, significativa conferma nella posizione chiara della Commissione Europea, che nella relazione concernente il contrasto alla corruzione in ogni ambito, sottolinea la necessità che l’ordinamento italiano promuova la trasparenza in ogni ambito, e particolarmente negli appalti pubblici “prima” ma anche “dopo l’aggiudicazione”.

A tali linee, poi, si è ispirato il Piano Nazionale Anticorruzione, proprio a partire dal 2016, anno di entrata in vigore del decreto legislativo che ha introdotto l’accesso civico.

## **11.2. Accesso ai documenti relativi al c.d. *risk management* da parte di struttura sanitaria pubblica.**

La Sezione terza si è pronunciata sulla posizione del singolo paziente in ordine all’organizzazione del c.d. *risk management* da parte della struttura sanitaria pubblica.

Con sentenza 21 maggio 2019, n. 3263 ha affermato che il privato non ha una posizione di interesse legittimo tutelabile avanti al giudice amministrativo in ordine agli atti con i quali l’amministrazione sanitaria organizza e attua al proprio interno l’attività di prevenzione e gestione del rischio (c.d. *risk management*) per un più efficiente implementazione, sul piano generale, dei livelli essenziali di assistenza e una miglior tutela della salute dei pazienti che si rivolgono al Servizio sanitario nazionale; pertanto, il privato non può, nel richiedere l’accesso agli atti di tali attività, interloquire sul loro contenuto e sindacare se l’amministrazione sanitaria, nell’attività di *risk management*, abbia qualificato correttamente o meno l’evento come sentinella, quasi a voler ritenere che la sua azione annullatoria contro tale qualificazione costituisca un “monito” per il futuro.

L'attività di *risk management* è, come noto, un concetto universale e trasversale, che ha trovato applicazione in ogni settore dell'economia moderna e, quindi, anche dell'attività pubblica, ed è definibile come quel processo attraverso il quale si identifica, si stima o misura un rischio e, successivamente, si sviluppano strategie mediante il coordinamento delle risorse per minimizzarlo e governarlo.

È vero, come afferma l'art. 1, comma 1, l. 8 marzo 2017, n. 24, che la sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività, ma il successivo comma 2 si premura di ricordare che "la sicurezza delle cure su realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative".

La l. n. 24 del 2017 ha inteso abbandonare il culto della responsabilità personale per promuovere la cultura della sicurezza curativa, in un approccio sistemico al rischio clinico, che segna il passaggio da una responsabilità individuale, della singola struttura e del singolo operatore, ad una responsabilità di sistema, dell'intero Servizio sanitario nazionale, nella sua dimensione organizzativa, e dunque da una responsabilità retrospettiva, che guarda a chi ha commesso l'errore, ad una responsabilità prospettiva, che guarda al perché è accaduto l'errore e a come evitarlo.

Questo tipo di responsabilità individua un nuovo paradigma per gli eventi che accadono nei sistemi complessi, tale da orientare tutti coloro che agiscono nel sistema verso il miglioramento della sicurezza, specificando i doveri nel creare un ambiente più sicuro, in termini di azioni preventive, analisi degli errori, soluzioni correttive e obbligo di trasparenza.

Siffatta forma di responsabilità prospettica, che presiede al concetto stesso di *risk management*, si muove secondo una logica di tipo organizzativo e orientata verso il futuro e, in particolare, verso la prevenzione degli errori, anche quando non siano forieri di un effettivo danno per il singolo paziente.

La dimensione esclusivamente collettiva del diritto della salute, in tale declinazione preventiva, prospettica, che guarda al futuro, e non già riparatoria, retrospettiva, che guarda al passato, impedisce che il privato possa ritenersi portatore di un interesse legittimo al suo corretto esercizio che, in ultima analisi, non coincida con un interesse al ristoro del danno subito.

Ma, se così è, tale interesse al ristoro di un bene della vita effettivamente leso – il diritto alla salute del singolo paziente – non può trovare tutela che nella idonea sede civilistica (o anche penalistica) e non avanti al giudice amministrativo.

La segnalazione del c.d. evento sentinella, indice di eventuali errori e/o disorganizzazioni della struttura sanitaria, da parte degli organi interni dell'Azienda sanitaria locale deputati al relativo controllo, in questa prospettiva di prevenzione, costituisce infatti parte di una più complessa, articolata, attività di gestione del rischio sanitario, che mira ad identificare azioni correttive per il futuro, a tutela della salute pubblica e a garanzia del Servizio sanitario nazionale, ma non esplica alcun effetto sulla sfera giuridica del paziente e dei suoi parenti, i quali non possono vantare, rispetto agli altri cittadini pure interessati alla tutela della salute quale interesse della collettività (art. 32 Cost.), una posizione giuridica qualificata circa il bene tutelato dalle relative disposizioni.

Tali disposizioni, per quanto attiene a tale specifico aspetto (la gestione del rischio sanitario), tutelano infatti in parte qua un bene esclusivamente pubblico, al punto tale che l'art. 1, comma 539, lett. a), l. 28 dicembre 2015, n. 208, ora modificato dall'art. 16, comma 1, l. n. 24 del 2017, prevede che “i verbali e gli atti conseguenti all'attività di gestione del rischio clinico non possono essere acquisiti o utilizzati nell'ambito di procedimenti giudiziari”.

Il privato dunque non può, nel richiedere l'accesso agli atti di tali attività, interloquire sul loro contenuto e sindacare se l'amministrazione sanitaria, nell'attività di *risk management*, abbia qualificato correttamente o meno l'evento come sentinella, quasi a voler ritenere che la sua azione annullatoria contro tale qualificazione costituisca un “monito” per il futuro.

Ciò comporterebbe il riconoscimento, in capo al privato, di una superlegittimazione di stampo popolare e di carattere inquisitorio sull'esercizio dell'attività di gestione del rischio sanitario, che è e resta di insindacabile apprezzamento della sola autorità sanitaria preposta alla gestione del rischio sanitario per approntare strumenti efficaci per il futuro, “imparando dall'errore”, per quanto questo errore abbia potuto, in ipotesi, danneggiare il singolo.

Il tempo della comunicazione tra medico e paziente e suoi familiari, tempo che – ai sensi dell'art. 1, comma 8, l. n. 219 del 2017, previsione cardine dell'intera disciplina – costituisce “tempo di cura”, è un momento essenziale, immancabile, della dinamica relazionale e del rapporto di fiducia che tra essi si instaura e non dipende, del resto, dalla qualificazione dell'evento come sentinella o avverso, perché anzi, proprio a fronte dell'*exitus* che ha colpito il paziente dopo la terapia, il medico ha il dovere, nella connotazione esistenziale di tale rapporto, di informare i parenti dell'evento, con chiarezza, veridicità e semplicità, ma anche con una sensibilità comunicativa che tenga conto del loro dolore di fronte alla morte del loro congiunto.

### **11.3. Accesso civico generalizzato allo stato di attuazione del Memorandum d'Intesa Italia – Libia sottoscritto in data 2 febbraio 2017.**

Con sentenza 2 settembre 2019, n. 6028 la Sezione terza si è occupata del diniego di accesso generalizzato allo “stato di attuazione del Memorandum d'Intesa Italia – Libia sottoscritto in data 2 febbraio 2017”.

Ha premesso la Sezione che il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 prevede meccanismi di controllo e monitoraggio dell'osservanza dell'obbligo di trasparenza da parte delle Pubbliche amministrazioni, nonché (agli artt. 45 e 46) sanzioni per le eventuali violazioni, il cui perseguimento spetta in prima battuta all'Anac, alla quale sono attribuiti anche poteri ispettivi, ed eventualmente alla amministrazione datrice di lavoro, relativamente agli aspetti di responsabilità dirigenziale ed erariale. Il giudice amministrativo conosce quindi delle violazioni all'obbligo di trasparenza nei limiti in cui siano già state accertate e sanzionate dall'Anac, e non a prescindere dall'intervento di detta Autorità.

Ha quindi giudicato legittimo il diniego di accesso civico alla documentazione relativo allo stato di attuazione del Memorandum d'Intesa Italia – Libia sottoscritto in data 2 febbraio 2017, opposto sul rilievo che la diffusione e pubblicazione degli atti di coope-

razione espletata in esecuzione di impegni internazionali, pertinenti ad attività dell'amministrazione della pubblica sicurezza, è suscettibile di ingenerare concretamente situazioni pregiudizievoli in grado di vanificare le misure preventive poste in essere a tutela dell'insieme delle azioni portate avanti.

La Sezione ha condiviso le ragioni del diniego, legate all'opportunità di assicurare, sia nel momento del confronto con le Autorità libiche, finalizzato a concertare le attività ed a monitorare il loro svolgimento, sia nelle fasi direttamente operative, la riservatezza necessaria ad assicurarne l'efficacia. Peraltro, già la considerazione dei contenuti delle attività materiali che sarebbero state effettuate in attuazione del Memorandum, dimostra come si tratti di aspetti del potenziamento delle capacità di intervento delle Autorità libiche, riguardo ai quali è agevole comprendere come la non preventiva conoscenza da parte dei terzi (in primis, le organizzazioni e i soggetti la cui attività di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina il Memorandum è rivolto a contrastare – senza arrivare a considerare le stesse divisioni interne tra le fazioni che si contendono il potere in Libia) risulti importante, se non decisiva, per impedire contromosse idonee a ridurre o vanificare l'efficacia.

Le ragioni del diniego di accesso sono dunque, ad avviso della Sezione, difficilmente confutabili, se solo si tiene conto del difficile contesto territoriale ed istituzionale in cui l'azione di contrasto dell'immigrazione clandestina è destinata ad operare (ed al riguardo, alla luce della cronaca degli ultimi anni, può invocarsi addirittura il fatto notorio).

## **12. Silenzio.**

La sez. V, con sentenza 17 luglio 2019, n. 5022, premesso che la determinazione che vale ad interrompere l'inerzia facendo venire meno l'interesse del ricorrente avverso il silenzio della Pubblica amministrazione può essere soltanto quella che conclude il procedimento, con effetti definitivi e decisori, tali da superare lo stallo procedimentale e da porre con il provvedimento conclusivo la decisione amministrativa per il definitivo assetto degli interessi coinvolti, ha ritenuto illegittimo il silenzio serbato dal Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti sull'istanza di "Aggiornamento e revisione del Piano Economico Finanziario (Pef) delle Concessioni Autostradali A24 ed A25", relativo alla concessione per la gestione, manutenzione ed esercizio della rete autostradale a pedaggio delle Autostrade Roma – L'Aquila – Traforo del Gran Sasso – Teramo con diramazione Torano – Pescara, A24 e A25, essendo ingiustificata la dilazione dei tempi dell'attività istruttoria - mediante le reiterate successive richieste rivolte alla concessionaria, per ottenere da quest'ultima nuovi aggiornamenti e progressive simulazioni della combinazione dei diversi elementi economici del P.E.F. - che ha infine condotto alla situazione di stallo sopra constatata.

Ha affermato la Sezione che, pur essendo comprensibile la volontà delle amministrazioni di pervenire ad una soluzione condivisa di approvazione del nuovo Piano Economico Finanziario che consenta su quella base la regolare prosecuzione del rapporto concessorio fino alla sua naturale scadenza, spetta alle amministrazioni coinvolte individuare con certezza, ed una volta per tutte, i punti di contrasto tra le parti, di modo che



alla proposta della concessionaria seguano le determinazioni del concedente, alla stregua del procedimento di revisione delineato dall'art. 11.10 della Convenzione unica.

Pertanto, se su tali determinazioni non si genera il consenso dell'altra parte (anche mediante il raggiungimento di un accordo parziale, ove praticabile, con stralcio dal Piano Economico Finanziario degli interventi più controversi), riprendono vigore i generali principi dell'azione amministrativa autoritativa, gravando comunque sull'autorità amministrativa concedente l'obbligo di provvedere, perché si tratta di cura necessaria di un interesse pubblico di preminente rilievo per la generalità, che non tollera omissioni o dilazioni.

In ultima analisi, sono affidate al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con le altre amministrazioni interessate, in particolare con la Presidenza del Consiglio dei Ministri – DIPE, oltre che con il Ministero dell'economia e delle finanze, le scelte definitive per il perseguimento dell'interesse generale.

Siffatto interesse, nel caso di specie, pur essendo mediato dall'interesse al perseguimento di soluzioni (preferibilmente concordate) tese a mantenere l'equilibrio economico-finanziario del rapporto concessorio, consiste nell'interesse all'effettiva fruizione da parte indistinta della collettività, senza soluzione di continuità, di un essenziale servizio di interesse economico generale; quindi, nell'interesse a che sia garantita la funzionalità dell'infrastruttura autostradale, in condizioni di corrispondente viabilità (come alla definizione di Autostrade dell'art. 2, comma 3, lett. a) del Codice della strada, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285) e di necessaria, verificata e affidabile sicurezza per il pubblico, secondo piani di intervento compatibili con le esigenze della finanza pubblica e con i vincoli imposti da obblighi sovranazionali.

### **13. Sanità.**

Molte le sentenze di rilievo sociale in materia di sanità pronunciate dalla Sezione terza.

#### **13.1. Moduli transattivi per indennizzo conseguente a trasfusione con sangue infetto.**

Con ordinanza 11 dicembre 2019, n. 8435 la sez. III ha rimesso all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione relativa alla corretta interpretazione della lett. b) dell'art. 5, comma 1, d.m. 4 maggio 2012 – adottato dal Ministro della salute di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con la quale sono stati definiti i moduli transattivi, e cioè gli importi da applicare a ciascuna delle categorie di soggetti individuati dalle leggi n. 222 e n. 244 del 2007 – al fine di appurare, in particolare: a) a quali posizioni soggettive tale disposizione faccia riferimento; b) se il termine decennale ivi indicato risulti coerente con i principi civilistici in materia di prescrizione; c) se il sistema transattivo predisposto dalle leggi n. 222 e n. 244 del 2007, così come attuate dal d.m. n. 132 del 2009 e dal d.m. 4 maggio 2012, deve intendersi aperto ai soli diretti danneggiati da trasfusione infetta e ai loro eredi che agiscono *iure hereditatis*; ovvero anche ai congiunti che agiscono per ottenere il ristoro dei danni patiti *iure proprio*.

Ha chiarito la Sezione che a margine delle varie ipotesi di contrasto tra l'art. 5, comma 1, d.m. 4 maggio 2012 e le disposizioni ad esso sovraordinate, si è ventilata la possibilità

di una disapplicazione parziale del decreto ministeriale. Si è anche precisato, incidentalmente, che detto decreto viene definito come privo di natura regolamentare dall'art. 5, d.m. n. 132 del 2009 - in attuazione del quale è stato emanato l'art. 5, d.m. 4 maggio 2012 - il quale espressamente dispone che "Per la definizione dei moduli transattivi derivanti dall'applicazione dei criteri di cui all'art. 3, si provvede con decreto di natura non regolamentare del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze".

E' principio noto, peraltro, che il giudice amministrativo, a meno che non conosca di diritti soggettivi attratti all'ambito della sua giurisdizione esclusiva, può ricorrere alla disapplicazione dell'atto amministrativo solo laddove questo abbia natura regolamentare.

Se, dunque, il d.m. 4 maggio 2012 è privo di natura regolamentare e non è disapplicabile, si profila una possibile causa ostativa all'accoglimento di alcuno degli esiti innanzi ipotizzati, derivante dalla sua mancata impugnazione in via incidentale, da parte dell'amministrazione ministeriale resistente nel primo grado di giudizio. Il quale esito non eliderebbe la rilevanza delle questioni interpretative già formulate, poiché permarrebbe autonomo l'interesse all'esatta qualificazione del danno oggetto di liquidazione in via transattiva e alla sua riconduzione ad una delle fattispecie elencate al comma 1 dell'art. 5, tutti profili direttamente rilevanti ai fini della soluzione della controversia.

Ai fini della qualificazione del d.m. 4 maggio 2012 pare potersi prescindere, tuttavia, dalla sua denominazione quale atto "non regolamentare" contenuta nel d.m. n. 132 del 2009.

Invero, la fonte primaria che legittima il potere regolamentare in materia è l'art. 2, comma 362, l. 31 dicembre 2007, n. 244, il quale dà mandato al Ministero della Salute di fissare i criteri di stipula delle transazioni; il potere regolamentare è stato esercitato con il d.m. n. 132 del 2009, il quale ha rimesso ad un successivo decreto ministeriale (4 maggio 2012) la definizione dei moduli transattivi.

Entrambi i decreti, quindi, presentano una indubbia base legale.

Ciò posto, il solo fatto che il d.m. n. 132 del 2009 rimetta una parte significativa della regolamentazione ad un successivo decreto ministeriale, emanazione della stessa autorità ministeriale, è dubbio che possa portare a differenziare la natura giuridica dei due atti.

Invero, il d.m. 4 maggio 2012 contiene una disciplina della materia di rilievo contenutistico analogo, se non più dettagliato e in parte più incisivo sotto il profilo della innovatività (si consideri appunto la disciplina della prescrizione), di quello espresso dalle disposizioni del d.m. n. 132 del 2009.

L'omogeneità e la continuità della regolamentazione dettata dalle due fonti e tutta afferente ai criteri e modalità di determinazione delle transazioni, induce, dunque, a intenderle in modo unitario e consecutivo, tanto più che la possibilità che il potere regolamentare venga esercitato con più atti è pacificamente ammessa dalla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria (n. 9 del 2012), in quanto conseguente "al principio di inesauribilità del potere amministrativo, a sua volta corollario della necessità che la tutela dell'interesse pubblico sia continuamente assicurata".

Se, quindi, la vera fonte del potere regolamentare, deputata a conferirgli legittimità e *nomen iuris*, è quella legale, è lecito reputare che i decreti in questione costituiscano estrinsecazione di un medesimo mandato normativo (il già citato art. 2, comma 362, l. 31 dicembre 2007, n. 244).

La qualificazione della fonte ministeriale sembra poter prescindere anche dal fatto che la stessa è stata adottata nell'inosservanza delle regole procedurali fissate dall'art. 17, l. n. 400 del 1988.

Per un verso, infatti, dette formalità risultano assolte con riguardo al d.m. n. 132 del 2009, della cui continuità con il d.m. 4 maggio 2012 si è già detto. Per altro verso, la giurisprudenza si è imbattuta più volte in decreti ministeriali affetti da analoga inosservanza delle forme previste dall'art. 17, l. n. 400 del 1988 che, pur tuttavia, è giunta a qualificare come "regolamentari" (n. 9 del 2012).

E' infatti in via di consolidazione un orientamento (particolarmente enfatizzato dal giudice di secondo grado) secondo il quale, nella relazione tra i due criteri di identificazione degli atti normativi, quello "sostanziale" riveste una posizione di preminenza, mentre quello "formale" rileva ai fini della interpretazione dei provvedimenti che presentino un contenuto di non semplice decifrabilità, contribuendo, così, ad individuare la stessa natura sostanziale dell'atto.

Anche la giurisprudenza costituzionale lascia trasparire una propensione per un'accezione sostanziale del concetto di regolamento: indicativa è, in tal senso, l'enunciazione contenuta in Corte cost. 22 luglio 2010, n. 278 secondo la quale "non possono essere requisiti di carattere formale, quali il *nomen iuris* e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento, a determinare di per sé l'esclusione dell'atto dalla tipologia regolamentare" (Corte cost. 4 giugno 2012, n. 139).

Con riguardo, appunto, alla natura "sostanziale" dell'atto amministrativo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato consegna all'interprete una regola di orientamento che si fonda sull'apprezzamento dei caratteri di generalità (intesa come sua destinazione ad una pluralità indeterminata di soggetti), innovatività (intesa quale capacità di concorrere a costituire o ad innovare l'ordinamento) e astrattezza (intesa come ripetibilità del comando nel tempo), quali dati qualificanti l'atto normativo; e che, nell'ambito della partizione tra atto normativo e atto amministrativo generale, utilizza il criterio della "indeterminabilità" dei destinatari, rilevando che è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza); mentre è atto amministrativo generale quello i cui destinatari sono indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori, atteso che l'atto in questione è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti.

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, e pur con i limiti connessi al rigore attribuibile ai diversi lemmi poc'anzi richiamati, da un lato si potrebbe sostenere che il d.m. 4 maggio 2012 è destinato a regolare la sorte di un numero di posizioni temporalmente limitate e soggettivamente determinabili, in quanto riferite alle sole vittime di contagio che abbiano azionato domande risarcitorie pendenti alla data di entrata in vigore delle leggi nn.

222 e 244 del 2007; e nello stesso senso si potrebbe aggiungere che il diaframma della determinabilità non viene infranto nemmeno dall'accoglimento dell'ipotesi interpretativa di maggiore latitudine - quale quella che ammette alla transazione anche i danneggiati iure proprio - poiché anche in tal caso si tratterebbe di posizioni non note *ex ante* ma individuabili *ex post*, sulla base di dati oggettivi.

Da un alternativo punto di vista, mette conto considerare che nella distinzione tra regolamenti ed atti amministrativi generali, ciò che più rileva non è tanto la "definibilità o meno dei destinatari (apparendo questo aspetto una conseguenza, più che un presupposto)" quanto il "distinto aspetto della astrattezza delle previsioni" e quindi "la causa fondante l'esercizio del potere che, mentre nel caso dei regolamenti è individuabile nella predefinizione astratta della disciplina di un numero indefinito e non determinato nel tempo di casi rientranti nel "tipo normativo", nel caso degli atti amministrativi generali è invece rappresentata dal concreto perseguimento di un interesse pubblico, programmaticamente circoscritto e temporalmente definito".

Nella fattispecie, è d'uopo considerare che i decreti del 2009 e del 2012, con un grado di astrazione coerente con la fonte regolamentare ed una vocazione tipicamente "normativa", si limitano ad individuare per astratte caratteristiche soggettive ed oggettive le tipologie di controversie suscettibili di transazione, demandando ad una successiva fase attuativa la concreta individuazione dei soggetti legittimati; così come è utile considerare che detto sistema regolamentare è solo un segmento di un percorso normativo, avviato nel 2003 - con il d.l. n. 89 del 2003, art. 3, convertito con l. 20 giugno 2003, n. 141 e attuato con il d.m. 3 novembre 2003 - e poi proseguito con successivi stanziamenti finanziari, anche in anni posteriori al 2007, destinati ad alimentare in modo continuativo le diverse fasi del percorso di composizione transattiva delle controversie in essere con le vittime dei contagi.

Può quindi sostenersi che se il fenomeno che questi interventi normativi affrontano è in itinere, essendo destinato a seguire l'inesauribile scia dei fenomeni morbosi causati da negligenze della pubblica amministrazioni; di contro, le leggi e i decreti del 2007 rappresentano una singola frazione di una più ampia e omogenea azione regolatoria che, se esaminata nella sua complessiva prospettiva storica, sembra recuperare appieno quei caratteri di generalità e astrattezza, oltre che di indeterminabilità dei suoi potenziali destinatari, dei quali poco sopra si dubitava. Da ultimo, in alternativa al rimedio della disapplicazione dell'atto, rimane da considerare la possibile nullità della previsione di cui alla lett. b) dell'art. 5 comma 1), ove interpretata in un senso confliggente con le disposizioni sovraordinate di carattere generale e non consentito dalle leggi e dal regolamento in attuazione del quale lo stesso decreto 4 maggio 2012 è stato adottato.

L'introduzione di regole *extra ordinem*, in difetto di un mandato abilitante alla disciplina in deroga alle norme generali dell'ordinamento, potrebbe profilare un vizio di nullità della disposizione ministeriale per "difetto assoluto di attribuzione" ai sensi dell'art. 21 *septies*, l. n. 241 del 1990, il che consentirebbe di prescindere ai fini della decisione della causa, con un esito processuale sostanzialmente corrispondente a quello invocato - *sub specie* di disapplicazione formale - dalla difesa della parte appellante.

### **13.2. Ospedali e strutture accreditate.**

- Accorpamento di reparti negli Ospedali pubblici.

Con sentenza 23 settembre 2019, n. 6335 ha giudicato legittimo l'accorpamento delle attività di ostetricia/ginecologia e pediatria/neonatologia di due Ospedali ove il numero di parti all'anno sia inferiore a quello previsto dalle Linee di indirizzo. Nella specie si trattava di reparti di ostetricia/ginecologia e pediatria/neonatologia dell'Ospedale di Colferro con quelle dell'Ospedale di Palestrina. Tale decisione si è inserita nel solco tracciato dalle "Linee di indirizzo per la promozione ed il miglioramento della qualità, della sicurezza e dell'appropriatezza degli interventi assistenziali nel percorso nascita e per la riduzione del taglio cesareo" dettate con l'accordo tra Governo, Regioni ed Enti Locali sancito dalla Conferenza Unificata Stato-Regioni del 16 dicembre 2010, che prevedono, tra l'altro, al punto 1, la "razionalizzazione/riduzione progressiva dei punti nascita con numero di parti inferiore a 1000/anno".

Con tali "Linee" si raccomanda "di adottare stringenti criteri per la riorganizzazione della rete assistenziale, fissando il numero di almeno 1000 nascite/anno quale parametro standard a cui tendere, nel triennio, per il mantenimento/attivazione dei punti nascita. La possibilità di punti nascita con numerosità inferiore, e comunque non al di sotto di 500 parti/anno, potrà essere prevista solo sulla base di motivate valutazioni legate alla specificità dei bisogni reali delle varie aree geografiche interessate con rilevanti difficoltà di attivazione dello STAM (Servizio di Trasporto Assistito Materno)".

Tale principio risulta recepito, a livello regionale, già con DCA n. 412 del 2014 avente ad oggetto la "Riorganizzazione della rete ospedaliera a salvaguardia degli obiettivi strategici di rientro dai disavanzi sanitari della Regione Lazio", prevedendosi nel relativo allegato tecnico, quanto alla rete perinatale, tra gli interventi prioritari, la "concentrazione dell'offerta attraverso la chiusura di Unità con un volume di attività ostetrica inferiore a 500 parti per arrivare tendenzialmente, entro il 2016, ad un assetto caratterizzato dalla presenza di Unità con un volume minimo di 1.000 parti/anno". In tale ottica, l'atto in rilievo, espressamente annoverava tra gli interventi specifici da attuare nel biennio 2014/2015, e, per quanto qui di più diretto interesse, entro il 30 giugno 2015 "accorpamento della UO ostetrica/neonatologica di Colferro (407 nati nel 2013) con la rispettiva UO di Palestrina (ASL Roma G)".

Tra le Unità Operative Perinatali con un numero di parti inferiore a 500 per anno vi è l'Ospedale di Colferro che ha annoverato 407 parti nel 2013, 468 parti nel 2014 e 220 parti nel primo semestre del 2015, mentre l'Ospedale di Palestrina nel 2013 ne contava 628, 584 nel 2014 e 646 nel 2015, secondo quanto riferito dalla Regione Lazio nella relazione in atti.

La Sezione ha evidenziato che l'andamento delle nascite registrato presso l'Ospedale di Colferro è ben lontano dal limite minimo di 500, costituente prerequisito dimensionale in carenza del quale le ripetute "Linee di indirizzo" non ammettono deroghe, come si è visto riservate appunto a punti nascita "con numerosità (...) comunque non al di sotto di 500 parti/anno". In particolare, l'allegato 1A dell'Accordo Stato-Regioni del 2010 fissa il numero di 1000 nascite annue quale parametro quantitativo per mantenere o attivare i punti nascita. Ammette, è vero, delle deroghe, ossia la possibilità di punti nascita con numerosità inferiore, ma purchè superiore ai 500 parti annui.

La mancanza di questo prerequisite è perciò la ragione primaria e sufficiente della prevista disattivazione. Tale prerequisite rappresenta non certo un mero parametro di economicità dell'azione amministrativa, ma uno standard operativo di sicurezza alla stregua di concordi e consolidate indicazioni scientifiche in materia, in particolare anche dell'OMS (che a tal riguardo stabilisce il più rigido rapporto di 650 parti/anno), secondo cui un parametro numerico inferiore non consente di conseguire il dimensionamento minimo previsto sia dal punto di vista dell'efficienza dell'investimento, sia soprattutto dal punto di vista della salvaguardia della salute delle partorienti e dei nati, essendo provato che più alto è il numero dei parti/anno, maggiori sono la manualità e l'esperienza degli operatori e minore il tasso di complicanze e di mortalità.

Nel declinare l'ambito di applicazione del valore di cui all'art. 32, comma 1, Cost., che sancisce la tutela della salute quale "diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività", cioè come bene della persona, ma anche dell'intera società civile che ha bisogno dell'integrità e del benessere psico-fisico di tutti i cittadini per l'affermazione e lo sviluppo dei suoi valori, è stato osservato come siffatto diritto fondamentale implichi, nel caso di specie, non già necessariamente la vicinanza del punto nascita, ma un'organizzazione finalizzata all'obiettivo, fatto proprio dalla Giunta regionale con la contestata deliberazione, di garantire ad ogni gestante ed ad ogni neonato in qualsiasi centro nascita, ai vari livelli assistenziali, un'assistenza appropriata e sicura conforme ai livelli essenziali delle prestazioni.

- Ospedali classificati.

Tra le sentenze della Sezione terza che si sono occupate di **raggruppamento temporaneo di imprese** va segnalata la n. 1410 del 28 febbraio 2019, che luce dei principi espressa dalla Corte di Giustizia Ue 18 ottobre 2018 deve essere esclusa la completa equiparazione degli ospedali c.d. "classificati" al regime degli ospedali pubblici; gli ospedali classificati, dunque, anche se non sono soggetti al regime dell'accreditamento e operano nell'ambito del servizio sanitario nazionale direttamente erogando le prestazioni, sulla base di accordi con le regioni ai sensi dell'art. 8 *quinquies*, comma 2 *quater*, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, non si possono ritenere, a tutti gli effetti, nell'ordinamento nazionale equiparati ad un soggetto pubblico.

Ha chiarito la Sezione che la Corte di Giustizia Ue 18 ottobre 2018 ha espressamente affermato la contrarietà alla disciplina comunitaria degli appalti di una normativa nazionale che, equiparando gli ospedali classificati agli ospedali pubblici, "attraverso il loro inserimento nel sistema della programmazione pubblica sanitaria nazionale, regolata da speciali convenzioni, distinte dagli ordinari rapporti di accreditamento con gli altri soggetti privati partecipanti al sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie", li escluda dall'applicazione della disciplina nazionale e comunitaria sugli appalti pubblici (anche nei casi in cui gli ospedali classificati siano incaricati di fabbricare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell'attività sanitaria, quale corrispettivo per la percezione di un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione e alla fornitura di tali prodotti).

Ha infatti richiamato la propria giurisprudenza che esclude l'applicazione della disciplina sugli appalti solo in presenza di contratti stipulati tra due "entità pubbliche" al fine di

garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi (sentenza n. 159/11 del 12 dicembre 2012) o tra un'entità pubblica che soddisfa le condizioni stabilite dall'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18 per essere qualificata come «amministrazione aggiudicatrice» ai sensi di tale direttiva e un soggetto giuridicamente distinto dall'entità suddetta, qualora quest'ultima eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e questo soggetto realizzi la parte essenziale delle proprie attività con l'entità o le entità che la detengono (sentenza del 18 novembre 1999, n. 107/98; sentenza dell'11 gennaio 2005, n. 26/03), escludendo che gli ospedali classificati, in base alla disciplina nazionale, possano ritenersi a tali fini soggetti pubblici.

- Fabbisogno di posti letto in un Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico.

Da segnalare anche la sentenza n. 1425 dell'1 marzo 2019, con la quale la Sezione terza ha pronunciato in tema di individuazione del fabbisogno di posti letto di neuroriabilitazione di alta specialità presso un Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico.

La Sezione ha affermato l'illegittimità del decreto del Ministero della salute n. 70 del 2015 che, senza idonea istruttoria e motivazione, ha calcolato il fabbisogno di posti letto di neuroriabilitazione di alta specialità (codice 75) in un massimo di 1200 in tutta Italia.

La Sezione ha premesso che la neuro-riabilitazione ad alta specialità-codice 75 è destinata all'assistenza di pazienti con postumi di gravi cerebrolesioni, ivi comprese le forme degenerative complesse e le complicanze a carico del SNC in corso di malattie neoplastiche e metaboliche. Gli interventi di neuro-riabilitazione sono focalizzati alla definitiva stabilizzazione internistica, al ripristino dell'autonomia nelle funzioni vitali di base e al trattamento delle principali menomazioni invalidanti. Il ricovero in cod. 75 comporta, dunque, l'assistenza medica e infermieristica dedicata, nell'arco delle 24 ore, e gli interventi riabilitativi intensivi omnicomprensivi.

Ha quindi chiarito la sentenza che il calcolo del fabbisogno di posti letto di neuroriabilitazione di alta specialità in Italia va effettuato conciliando i bisogni di salute in questo settore della medicina con le risorse disponibili. Ha evidenziato la Sezione che a fronte del riconoscimento della tariffa massima per la riabilitazione cod. 75 (quella intensiva che garantisce la terapia 24 ore al giorno) si opera una illogica riduzione dei posti letto, restringendo, senza idonea motivazione da punto di vista dell'analisi dei risultati, le patologie riconducibili.

Al contrario, l'illogicità di tale scelta risulta emergere negli approdi scientifici prodotti in atti, laddove si pone in luce la penalizzazione che tale scelta comporterebbe per i pazienti “in cui una grave o gravissima situazione clinico-funzionale sia dovuta a patologie non comportanti obbligatoriamente un disturbo della coscienza, quali p.s. la “*locked-in syndrome*” da ictus vertebro-basilar, altri gravi casi di ictus cerebrale, tetraplegie acute da sindrome da Guillain-Barré, gravi forme di sclerosi multipla, postumi di encefaliti e neoplasie cerebrali, o altre”.

Seppure, dunque, il sistema sanitario è caratterizzato dalle esigenze di contenimento dei costi e di riequilibrio del bilancio, vi sono settori – come quello in esame – in cui il diritto alla salute non può che guidare la potestà pianificatoria e di programmazione, nel senso

che la scelta generale ‘di politica sanitaria’, tesa al mantenimento dei macroequilibri finanziari deve trovare fondamento, attraverso un’adeguata istruttoria, nell’individuazione di priorità ‘non sacrificabili’.

- Controllo di appropriatezza nelle strutture accreditate.

La sentenza 21 giugno 2019, n. 4284 ha pronunciato in materia di controllo di appropriatezza sulla destinazione dei posti letto accreditati nelle strutture private convenzionate con il Servizio sanitario nazionale.

La Sezione ha affermato che l’accreditamento non riguarda la struttura in sé considerata, ma i posti letto suddivisi per disciplina esistenti all’interno della stessa, con la conseguenza che non è possibile variare la destinazione del singolo posto letto rispetto alla patologia per la quale esso è stato accreditato.

Ha poi chiarito che, in particolare, nella Regione Abruzzo la flessibilità del sistema della destinazione dei posti letto nelle strutture accreditate si pone come una esigenza di medio-lungo periodo, ancorata ai tempi della pianificazione e delle sue susseguenti revisioni, sicché, in difetto di una formale riconsiderazione del numero o della distribuzione dei posti letto, rimane ferma, nell’ambito di ciascuna A.F.O., la loro ripartizione/quantificazione per singole discipline accreditate, così come determinata nelle tabelle allegate alla legge regionale n. 6 del 2007 - cornice normativa dal chiaro tenore programmatico (come dichiarato espressamente dall’art. 1). Del carattere persistente e relativamente rigido della programmazione tabellare dei posti letto si traggono elementi di conferma proprio dalla enunciazione di principio posta a premessa delle linee della programmazione sanitaria regionale (par. 3.1.1 “programmazione regionale”). In tale passo, pure invocato dalla parte appellante a rinforzo delle proprie argomentazioni, si afferma che “una programmazione puntuale per PL per specialità e per presidio ingesserebbe il sistema per lungo tempo e non corrisponderebbe a quelle esigenze di “flessibilità” che un processo di riqualificazione, come quello ivi descritto, richiede”.

Il susseguente corollario che il legislatore fa discendere da tale premessa di principio è così formulato: “Pertanto la pianificazione prevista sarà oggetto di verifica periodica per poter intervenire, in modo sollecito, con eventuali atti di revisione ed aggiustamento”.

L’esegesi letterale impone due notazioni essenziali: a) la consequenzialità tra i due enunciati è resa evidente dalla congiunzione “pertanto”, sicché non può dubitarsi che l’effetto che il legislatore ha inteso far scaturire dalla premessa di principio è esattamente quello, e solo quello, individuato dalla proposizione introdotta dal “pertanto”; b) nel merito, gli “atti di revisione ed aggiustamento” nei quali si traduce l’opera di “verifica periodica” della “pianificazione”, lasciano chiaramente intendere che la flessibilità del sistema passa attraverso la rimodulazione programmatica delle dotazioni iniziali e si conforma ad atti di pianificazione rinnovabili nel tempo, alle cui puntuali indicazioni, sino alla loro successiva revisione, gli operatori privati devono giocoforza attenersi.

La stessa esigenza di “flessibilità” non può invece intendersi come facoltà della struttura privata di operare in deroga al numero di posti letto assegnati alle singole discipline, secondo uno schema variabile e non predefinito, rimesso alla sua piena discrezione e, quindi, di assai difficile previsione e controllo da parte dell’ente regionale.



La rilevanza della interscambiabilità della destinazione dei posti letto accreditati va di fatto riconosciuta nei limiti dei periodici atti di revisione dell'assetto della pianificazione delle dotazioni assegnate; non può invece essere intesa come una frontiera mobile in grado di legittimare, di volta in volta, l'estemporanea messa a frutto dell'intera dotazione dei posti letto assegnati all'AFO, indipendentemente dal loro riparto tra singole discipline ricomprese nella medesima area funzionale.

Non solo una tale libertà gestionale non è espressamente prevista dal legislatore, ma, ponendosi essa in evidente dissidio logico con il modello dell'accreditamento (come si chiarirà tra breve), è scarsamente plausibile che il legislatore regionale abbia voluto conferirle ai privati, senza disciplinarla nel dettaglio e senza definirne parametri, limiti e condizioni.

In conclusione, ad avviso della Sezione, l'esigenza di un utilizzo massimamente efficiente e flessibile delle dotazioni, finalizzato a ridurre i tempi di attesa per l'erogazione delle prestazioni: a) non si addice alla natura programmata dei ricoveri presso le strutture accreditate e al carattere rigido e vincolante della pianificazione sanitaria; b) neppure si confà al carattere integrativo e selettivo delle prestazioni contrattualizzate con l'operatore privato, destinate a colmare - sulla base di un vincolo negoziale cogente - un fabbisogno ed una esigenza assistenziale selezionati e contingentati; c) può al più essere riconosciuta e soddisfatta in situazione residuali, caratterizzate da carattere di eccezionalità, come si evince dalla nota commissariale n. prot. RA 157853/COMM del 18 giugno 2013. Ne consegue che risulta legittima la pretesa della Regione a che in ogni giornata di degenza il numero dei ricoverati corrisponda esattamente alla specifica disciplina di riferimento e non alla dotazione complessiva dell'Area funzionale.

- Prestazioni socio – riabilitative.

Da segnalare anche la sentenza 19 dicembre 2019, n. 8608 sulle prestazioni socio - riabilitative.

La Sezione ha affermato che le prestazioni socio - riabilitative rientrano tra quelle a carattere "socio-sanitario" (quindi non puramente assistenziale), nelle quali la componente sanitaria non è nettamente distinguibile da quella sociale; pertanto, tali prestazioni non possono gravare interamente sul cittadino o sul Comune - pur potendosi ammettere, a certe condizioni, un concorso alla spesa da parte dell'utente del servizio.

Ha chiarito che il d.P.C.M. 29 novembre 2001 (recante la definizione dei livelli essenziali di assistenza) prevede la compartecipazione a carico dell'utente o del Comune nella misura del 60% per le sole "prestazioni terapeutiche e socio riabilitative in strutture a bassa intensità assistenziale" (allegato 1, parte 1C, punto 9, pag. 38). Ciò posto, nell'ambito della riconfigurazione delle strutture residenziali psichiatriche sancita dalla Conferenza Unificata con l'Accordo del 17 ottobre 2013, le strutture catalogate come SRP 3 ( tutte caratterizzate da una componente terapeutica marginale e dalla prevalente presenza di prestazioni socio-riabilitative) sono differenziate per livelli di "intensità" assistenziali modulati sul tempo di durata del supporto assistenziale offerto (24h, 12h e fasce orarie), il quale spicca quale indice proporzionale del grado di intensità del servizio prestato.

La dizione “bassa intensità assistenziale” si addice solo alle strutture eroganti prestazioni per “fasce orarie” e, pertanto, solo per esse si giustifica l’obbligo della compartecipazione come sancito dal d.P.C.M. 29 novembre 2001.

- Strutture a prevalente accoglienza alberghiera.

Con riferimento alle strutture a prevalente accoglienza alberghiera, per soggetti parzialmente non autosufficienti, nella Regione Toscana, la Sezione, con sentenza n. 7476 del 2 novembre 2019, ha affermato che il modello legale delle autorizzazioni di cui all’art. 21, comma 1, lett. b, l. reg. 24 febbraio 2005, n. 41, riferito alle “strutture a prevalente accoglienza alberghiera, per soggetti parzialmente non autosufficienti o disabili non gravi...”, necessita, per essere operativo, della definizione, in sede regolamentare, del ventaglio dei requisiti organizzativi, strutturali e professionali delle strutture e dei relativi ambiti operativi e gestionali. Ha chiarito la Sezione che in una prima fase il suddetto modello è stato attuato, attraverso il regolamento di attuazione adottato con decreto del Presidente della Giunta regionale 26 marzo 2008, non a regime ma solo nell’ambito della sperimentazione prevista nel piano integrato sociale ai sensi dell’art. 14, comma 5, l. reg. Toscana 24 febbraio 2005, n. 41, realizzata con delibera D.G.R.T. 594 del 21 luglio 2014, che ha approvato un modulo BIA (Bassa Intensità Assistenziale) in riferimento a strutture già abilitate per l’accoglienza della non autosufficienza. Nel nuovo assetto regolatorio recepito nel regolamento adottato con decreto del Presidente della Giunta regionale 9 gennaio 2018, n. 2/R il modulo BIA resta attivabile solo presso le strutture di cui all’art. 21, comma 1, lett. a), l. reg. n. 41 del 2005.

- Personale delle strutture private accreditate.

Per ottenere l’accreditamento non può essere previsto l’obbligo di assumere direttamente con rapporto di lavoro subordinato il personale.

Partendo da tale assunto la sez. III, con sentenza 11 aprile 2019, n. 2372 ha dichiarato illegittimo l’atto del commissario *ad acta* per il piano di rientro nel settore sanitario nella Regione Lazio e la successiva circolare esplicativa con i quali, nella sostanza, sono stati introdotti ulteriori requisiti di accreditamento, primo fra tutti l’obbligo, anche per le strutture in parola, di assumere direttamente con rapporto di lavoro subordinato il personale con la “qualifica di infermiere, educatore professionale, fisioterapista, tecnico sanitario e operatore sociosanitario o figura equivalente o dedicata ai servizi alla persona”.

La Sezione ha chiarito che la legittimità del decreto commissariale va condotta alla luce della legislazione vigente al momento della sua emanazione, e in particolare dell’art. 8 *quater*, d.lgs. n. 502 del 1992. Tale norma prevede, per le strutture da accreditare, l’adozione di criteri volti, tra l’altro, ad assicurare “adeguate condizioni di organizzazione interna, con specifico riferimento alla dotazione quantitativa e alla qualificazione professionale del personale effettivamente impiegato”. A differenza di quanto osservato dalla Regione, nelle “condizioni di organizzazione” esigibili dalle strutture sanitarie private in sede di accreditamento, non possono farsi rientrare anche le modalità e le condizioni del rapporto di lavoro. Non a caso la legge ha cura di precisare che le condizioni di organizzazione interna sono specificatamente riferite a “dotazione quantitativa” e a

“qualificazione professionale” del personale effettivamente impiegato. L’amministrazione può cioè esigere che il personale corrisponda per quantità e qualificazione ad uno standard organizzativo minimo sufficiente a garantire affidabilità e qualità delle prestazioni erogate, ma non già ingerirsi nelle scelte di autonomia imprenditoriale circa il tipo di rapporto di lavoro instaurato con il personale, salvo le limitazioni direttamente discendenti dalla legge.

Sulla stessa scia la Sezione, con sentenza 22 maggio 2019, n. 3296, ha affermato che è illegittima l’imposizione, quale requisito di accreditamento, del requisito della dotazione di almeno 80% del personale sanitario con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, e ciò in quanto solo la legge, e con i limiti costituzionali, e non certo un decreto commissariale, può interferire sull’autonomia organizzativa dell’impresa sanitaria.

Ha chiarito la Sezione che ai sensi dell’art. 8-sexies, comma 5, d.lgs. n. 502 del 1992, le tariffe massime da corrispondere alle strutture accreditate sono determinate “in base ai costi *standard* di produzione costi standard di costi generali, calcolati su un campione rappresentativo di strutture accreditate, preventivamente selezionate secondo criteri di efficienza, appropriatezza e qualità di assistenza”. Ha aggiunto che sono le tariffe che devono riflettere la reale struttura dei costi medi dei fattori di produzione del servizio garantendo un’adeguata remunerazione, e quindi non è corretto intervenire sui costi di produzione, imponendo oneri estranei alle scelte organizzative degli operatori, per giustificare il mantenimento delle tariffe esistenti. Se la possibilità di organizzare il servizio mediante l’utilizzo di un numero prevalente di rapporti di collaborazione, o comunque diversi dal lavoro subordinato, determina, attraverso la riduzione dei costi, un’eccedenza delle tariffe vigenti (in quanto elaborate sulla base dei C.c.n.l. che riguardano i rapporti di lavoro subordinato) rispetto a quelle che risulterebbero giustificate, è sulle modalità di rilevazione dei costi, ai fini della determinazione delle tariffe e della loro entità, che occorre intervenire - eventualmente prevedendo un sistema più articolato e differenziato che tenga conto delle diverse opportunità organizzative disponibili per gli operatori, nonché, in ipotesi, delle modalità di svolgimento (residenziale, semiresidenziale, domiciliare) della prestazione - non già sui costi reali che l’imprenditore sostiene, secondo i propri criteri di efficienza per organizzare e gestire concretamente le proprie risorse lavorative (nel rispetto, ovviamente degli standard numerici e qualitativi imposti, in applicazione dell’art. 8-*quater*, comma 4, d.lgs. n. 502 del 1992).

Peraltro, la correlazione tra rapporto subordinato (che, peraltro, potrebbe anche essere a tempo determinato) e qualità della prestazione sociosanitaria è un dato non dimostrato e certamente opinabile

La Sezione ha infine concluso che nemmeno l’art. 8-*quater*, comma 5, d.lgs. n. 502 del 1992 può giustificare il requisito in contestazione.

Sembra ragionevole ritenere che, avendo la disposizione declinato il concetto generico di organizzazione interna (potenzialmente comprensivo di tutte le risorse – di personale, di dotazioni strumentali, di locali – impiegate nell’espletamento del servizio) esplicitando la possibilità di disciplinare gli aspetti qualitativi (professionalità necessarie) e quantitativi (dotazione delle diverse professionalità) della provvista di personale da parte delle

strutture private accreditate, tale sottolineatura porti tendenzialmente ad escludere altri aspetti relativi al personale, quale appunto la tipologia del rapporto di lavoro.

L'amministrazione può cioè esigere che il personale corrisponda per quantità e qualificazione ad uno *standard* organizzativo minimo sufficiente a garantire affidabilità e qualità delle prestazioni erogate, ma non già ingerirsi nelle scelte di autonomia imprenditoriale circa il tipo di rapporto di lavoro instaurato con il personale, salvo le limitazioni direttamente discendenti dalla legge.

E' del resto logico, per esigenze di uniformità di trattamento e di tutela del mercato, che la gamma delle tipologie di lavoro utilizzabili risulti disciplinata a livello nazionale, in relazione ai caratteri (ed alle esigenze di tutela dei lavoratori) che presentano i diversi tipi di attività - e dunque a prescindere dalla utilizzazione in quel determinato settore e da parte di strutture private partecipanti al servizio pubblico sanitario, e soprattutto non con limitato riferimento ad un ambito regionale - così come fa il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

La stessa Sezione (2 maggio 2019, n. 2854) ha invece dichiarato legittima la richiesta da parte di una Azienda sanitaria di requisiti specifici per l'accreditamento di Centri privati di emodialisi anche se ciò comporta un aggravamento rispetto al Centro che opera in regime privatistico. Ha chiarito la Sezione che gli operatori privati - in quanto impegnati, insieme alle strutture pubbliche, a garantire l'essenziale interesse pubblico alla corretta ed appropriata fornitura del primario servizio della salute - non possono considerarsi estranei alla necessità di raggiungere - in particolare per determinate branche relative a gravi patologie - livelli di efficienza massimi, anche a costo di un aggravio di impegni di uomini e di mezzi.

Tali conclusioni ben si armonizzano con i principi, costantemente elaborati dalla Sezione (18 gennaio 2018, n. 321) nella materia degli accreditamenti concessi a strutture private, secondo cui chi intende operare nell'ambito della sanità pubblica deve accettare le condizioni da questa imposte, dovendo comunque e in primo luogo assicurare, pur in presenza di restrizioni, beni costituzionali di superiore valore quale i livelli essenziali relativi al diritto alla salute. In alternativa, agli operatori resta la scelta di agire come privati nel privato. Dunque, le strutture private che decidono di lavorare con il Servizio sanitario fanno bene di dover sacrificare parte della loro autonomia imprenditoriale ma accettano tale limitazione in cambio della sicurezza - assente nel libero mercato - di un minimo di prestazioni garantite. Si tratta dunque di una scelta consapevole e reversibile, perché lascia comunque sempre liberi - ove le condizioni imposte dalla Regione (o dalla Asl delegate) non siano ritenute più convenienti - di tornare ad operare solo in regime privatistico.

- Strutture private non accreditate.

La sez. III, con sentenza 7 marzo 2019, n. 1589, si è occupata delle strutture private che non chiedono l'accreditamento, affermando che anche l'apertura di tali strutture è soggetta ad autorizzazione della Regione.

La Sezione ha affermato che per ragioni attinenti non solo alla tutela della salute, quale irrinunciabile interesse della collettività (art. 32 Cost.), ma anche alla tutela della concorrenza, l'autorizzazione per la realizzazione delle strutture sanitarie e sociosanitarie, ai sensi dell'art. 8-ter, comma 3, d.lgs. n. 502 del 1992, deve necessariamente restare inserita nell'ambito della programmazione regionale, in quanto la verifica di compatibilità, effettuata dalla Regione, ha proprio il fine di accertare l'armonico inserimento della struttura in un contesto di offerta sanitaria rispondente al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di garantire meglio l'accessibilità ai servizi e di valorizzare le aree di insediamento prioritario delle nuove strutture.

La disciplina nazionale e quella, conforme, adottata a livello regionale non contrastano in sé con il diritto eurounitario perché, come ha chiarito la Corte di Giustizia, «una programmazione che richieda una previa autorizzazione per l'installazione di nuovi prestatori di cure può rendersi indispensabile per colmare eventuali lacune nell'accesso alle cure ambulatoriali e per evitare una duplicazione nell'apertura delle strutture, in modo che sia garantita un'assistenza medica che si adatti alle necessità della popolazione, ricomprenda tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate» e, pertanto, «è legittimo che uno Stato membro organizzi i servizi di assistenza medica in modo da dare priorità ad un sistema di prestazioni in natura affinché ogni paziente acceda facilmente, sull'intero territorio nazionale, ai servizi dei medici convenzionati» (Corte di Giustizia Ue, Grande Sezione, 10 marzo 2009, in C-169/07).

Cionondimeno, e sempre sulla scorta delle indicazioni provenienti dal giudice europeo, il Consiglio di Stato ha ribadito che un regime di previa autorizzazione amministrativa, perché sia giustificato anche quando deroghi ad una libertà fondamentali garantite dai Trattati e dal diritto dell'Unione, deve essere fondato «su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, che garantiscono la sua idoneità a circoscrivere sufficientemente l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali» (Corte di Giustizia Ue, Grande Camera, 10 marzo 2009, C-169/07).

Anche la valutazione del fabbisogno, alla quale la legislazione nazionale vincola il rilascio dell'autorizzazione, non può essere pertanto illimitata né schiudere la strada ad ingiustificate e sproporzionate restrizioni dell'iniziativa economica, senza trovare un ragionevole e proporzionato controbilanciamento nella cura in concreto, da parte della pubblica amministrazione decidente, dell'interesse pubblico demandato, mediante un adeguato apparato motivazionale a supporto del provvedimento, e nella presupposta, oggettiva, valutazione dell'interesse pubblico finalizzato alla tutela del diritto alla salute.

È richiesta quindi una valutazione del fabbisogno accurata ed attualizzata, che sia preceduta e sorretta da una idonea istruttoria sull'esistenza di una determinata domanda sanitaria sul territorio e di una correlativa offerta da parte delle strutture private, senza che ciò si traduca di fatto in un illegittimo blocco, a tempo indeterminato, all'accesso del nuovo operatore sul mercato, con una indebita limitazione della sua libertà economica, che non solo non risponde ai criteri ispiratori dell'art. 8-ter, comma 3, d.lgs. n. 502 del 1992, ma è contrario ai principi del diritto eurounitario affermati dalla Corte di Giustizia in riferimento alla pur ampia discrezionalità del legislatore in materia sanitaria.

## 14. Farmaci.

### 14.1. Cura della forma “umida” della maculopatia correlata all’età.

La sez. III, con sentenza 15 luglio 2019, n. 4967, ha affermato che l’introduzione del d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito in l. 16 maggio 2014, n. 79 (c.d. “decreto Lorenzin”) ha comportato, nel pieno rispetto della normativa europea (come accertato dalla Corte di Giustizia Ue 21 novembre 2018), la possibilità di consentire ai medici di disporre di una maggiore scelta tra i farmaci da somministrare per la cura della forma “umida” della maculopatia correlata all’età, in modo da poter selezionare il prodotto più indicato per ciascun paziente soddisfacendo, nel contempo, l’interesse pubblico al risparmio di spesa che garantisce, a sua volta, la possibilità di utilizzazione delle economie per garantire ulteriori prestazioni sanitarie a favore della collettività.

Ha chiarito la Corte di Giustizia Ue 21 novembre 2018 che conformemente all’art. 168, par. 7, TFUE, il diritto dell’Unione non pregiudica la competenza degli Stati membri ad impostare i loro sistemi di previdenza sociale e ad adottare, in particolare, norme miranti a disciplinare il consumo dei prodotti farmaceutici salvaguardando l’equilibrio finanziario dei loro sistemi sanitari (sentenza del 22 aprile 2010, *Association of the British Pharmaceutical Industry*, C. 62/09, EU:C:2010:219, punto 36); l’art. 4, par. 3, della direttiva 2001/83 e l’art. 1, comma 2, del regolamento n. 726 del 2004 sottolineano che le disposizioni di tali strumenti non pregiudicano le competenze delle autorità degli Stati membri in materia di fissazione dei prezzi dei medicinali né quelle relative all’inclusione dei medesimi nell’ambito d’applicazione dei regimi nazionali d’assicurazione contro le malattie, in base a determinate condizioni sanitarie, economiche e sociali (punto 49). Le operazioni di sconfezionamento e riconfezionamento eseguite sull’Avastin in una farmacia autorizzata, a valle della produzione del farmaco, per l’uso individuale su prescrizione medica con somministrazione in ambito ospedaliero non incidono sull’Aic e non necessitano neppure dell’autorizzazione alla fabbricazione prevista dall’art. 40 della direttiva. Ha ancora chiarito la Sezione che la Corte di Giustizia Ue ha chiaramente affermato che nel caso dell’uso *off-label* dell’Avastin non opera alcuna deroga alla direttiva europea, che è pienamente rispettata, in quanto l’attività di frazionamento e riconfezionamento del prodotto farmaceutico non modificano in modo sostanziale la composizione, la forma o altri elementi essenziali di tale medicinale: tali operazioni di riconfezionamento non sono equiparabili alla «preparazione» di un nuovo medicinale derivato dall’Avastin.

Ciò comporta, ad avviso della Sezione, l’impossibilità di condividere l’impostazione dell’AIFA relativa all’applicazione dell’esenzione galenica magistrale, senza che ne derivino effetti ai fini dell’impugnativa, in quanto pur non potendo sostenersi l’applicazione della c.d. esenzione per formula magistrale, nondimeno le attività di riconfezionamento svolte sul prodotto farmaceutico non implicano comunque la violazione della disciplina recata dall’art. 6, par. 1, della direttiva 2001/83.

Per questa ragione la Corte di Giustizia ha omesso di pronunciarsi espressamente in ordine alla inapplicabilità della deroga recata dall’art. 5 della medesima direttiva, in quanto del tutto superflua: una volta acclarato che l’attività di sconfezionamento e riconfezionamento non incide sull’AIC del prodotto, né richiede il rilascio di una nuova AIC, trattandosi di una mera attività che si pone a valle del processo produttivo, che

non incide sulla composizione del prodotto (che, infatti, viene soltanto frazionato), né sulla forma, né su altri elementi essenziali, ma si limita a svolgere sul medicinale mere operazioni di sconfezionamento – frazionamento – riconfezionamento in siringhe monouso per essere utilizzate secondo una modalità differente (iniezioni intravitreali, anziché infusione endovenosa) che non incidono sul prodotto farmaceutico, non era più necessario valutare l'applicabilità del regime derogatorio recato dall'art. 5 della direttiva 2001/83 recepito nell'art. 5, d.lgs. 219 del 2006.

La Sezione ha, infine, concluso ricordando che una alternativa terapeutica, per poter essere considerata “valida”, deve esserlo “sotto il profilo sia medico-scientifico, sia economico”: se il farmaco autorizzato per una determinata indicazione terapeutica costa talmente tanto da non poter essere dispensato a tutti i pazienti che ne hanno necessità per curarsi, non può ritenersi un'alternativa “valida” perché finisce per “ledere la tutela del diritto alla salute costituzionalmente garantito”.

In materia di tariffe concernenti le prestazioni rese dall'Agenzia italiana del Farmaco (Aifa) agli operatori del settore farmaceutico la sez. III (10 giugno 2019, n. 3877) ha giudicato legittimo il decreto del Ministero della salute del 6 dicembre 2016 che, nel disciplinare tali tariffe, ha precluso ai titolari di autorizzazione all'importazione parallela (Aip) la possibilità di beneficiare del regime agevolativo previsto per i titolari di autorizzazione all'immissione in commercio (Aic) in relazione alle variazioni tra loro collegate da un rapporto di consequenzialità o correlazione (c.d. *grouping* di variazioni).

La Sezione ha escluso che tale disposizione determini profili di disparità di trattamento. E' costante orientamento della Corte costituzionale (sentenza n. 292 del 1987; ordinanza n. 174 del 2001) che “norme di agevolazione, aventi carattere eccezionale e derogatorio, costituiscono esercizio di un potere discrezionale del legislatore, censurabile solo per la sua eventuale palese arbitrarietà o irrazionalità; con la conseguenza che la Corte stessa non può estenderne l'ambito di applicazione, se non quando lo esiga la ratio dei benefici medesimi” (sentenza n. 177 del 2017).

Nel caso di specie – secondo la Sezione – innanzitutto le situazioni in comparazione non sono affatto identiche: gli importatori di farmaci sono soggetti diversi dai produttori e svolgono un ruolo esclusivamente commerciale. Inoltre, il titolare dell'autorizzazione all'importazione parallela gode già di una procedura “semplificata” rispetto alla procedura di autorizzazione all'immissione in commercio, con corrispondente e sensibile riduzione degli oneri. Ne consegue che la ratio a base dell'agevolazione di *grouping*, è comunque influenzata dall'esigenza di “compensare” gli alti oneri originari, con agevolazioni successive per il caso di variazioni tra loro collegate: ratio non estensibile ai titolari di AIP per i quali gli oneri iniziali sono già molto ridotti.

La Sezione ha altresì escluso che si rivengano profili che impongano una rimessione pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Il concetto di *grouping* di variazioni è stato introdotto a livello europeo solo nel 2008, per mezzo del regolamento (CE) n. 1234/2008, direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. Esso ha però riferimento alle sole autorizzazioni all'immissione in commercio.

## 15. Farmacie.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con ordinanza n. 759 del 19 agosto 2019, ha rimesso all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le questioni: a) se, in sede di concorso per sedi farmaceutiche il concorrere in forma associata, ai sensi dell'art. 11, comma 5, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, sia da intendere quale variante della titolarità in forma individuale oppure se sia invece da ascrivere al modello societario, consentendo quindi anche di assegnare la titolarità della farmacia alla società così formata e di applicare il relativo regime (di cumulabilità temperata) quanto alla titolarità di più di una sede farmaceutica; b) se, nel silenzio dell'art. 11, d.l. n. 1 del 2012, la previsione di cui al comma 7 del medesimo art. 11, che facoltizza la partecipazione al concorso in (non più) di due Regioni o due Province autonome, sia da intendere come contenente anche una regola (implicita) di incompatibilità che vieterebbe di cumulare le due sedi, dovendo per forza gli interessati scegliere di quale delle due avere la gestione, pena l'improcedibilità delle loro domande.

Ha affermato il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana che il primo problema è decifrare cosa l'art. 11, comma 7, d.l. n. 1 del 2012 intenda prevedendo che (gli interessati possono) “concorrere in forma associata”. Se la dimensione associativa si esaurisca nel solo mettere in comune, sommandoli, i titoli posseduti, quindi in una logica per lo più contrattuale che parrebbe ricordare – (si intende) *mutatis mutandis* – il fenomeno dei raggruppamenti temporanei di imprese tra operatori economici nelle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici; oppure se schiuda l'orizzonte ad una figura soggettiva autonoma rispetto al singolo, e se e quanto assimilabile alle società del libro V del Codice civile.

Il nodo da sciogliere parrebbe rilevante soprattutto ove si accolga la prima delle due alternative, riducendo la forma associata ad una aggregazione di titoli nell'ambito di una titolarità che resterebbe individuale e che quindi dovrebbe fare i conti con le regole di incompatibilità che ancor oggi valgono per i singoli farmacisti.

Rilevante ma non per questo anche per forza (da solo) determinante – si osserva – nella misura in cui lo stesso rapporto tra la disciplina generale, sopra ricordata, e quella speciale, costituita dall'art. 11, d.l. n. 1 del 2012, non è un dato scontato, potendosi sostenere che l'intervento del 2012 abbia inteso, anche per i farmacisti in forma individuale, aprire una prima breccia nella cittadella eretta attorno allo “storico” divieto di cumulabilità o di multititolarità delle farmacie.

Accogliendo e seguendo la seconda delle alternative sopra tracciate, equiparando la gestione associata al modello societario di cui alla l. n. 362 del 1991, le ragioni a sostegno di una incompatibilità parrebbero più deboli ancora, in assenza di qualunque indicazione testuale in tal senso, mancante nella legge.

Il Consiglio di Giustizia ha chiarito di non ignorare come le prime applicazioni giurisprudenziali registrino, tuttavia, un indirizzo che è nel segno della perdurante incompatibilità e di cui sono espressione, in particolare, Tar Lazio, n. 2720 del 2018 e (in termini più generali e meno centrati sul problema in esame) Cons. St., comm. spec., parere 3 gennaio 2018, n. 69.

Pronunciando sulle questioni rimesse dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana l'Adunanza plenaria, con sentenza 17 gennaio 2020, n. 1, ha affermato



il principio secondo cui l'art. 11, comma 5, d.l. n. 1 del 2012, ha inteso riaffermare la regola dell'alternatività nella scelta tra l'una e l'altra sede da parte dei farmacisti persone fisiche che partecipano al concorso straordinario, in coerenza con la regola generale dell'art. 112, commi 1 e 3, r.d. n. 1265 del 1934, sicché il farmacista assegnatario di due sedi deve necessariamente optare per l'una o per l'altra sede; tale regola dell'alternatività o non cumulabilità delle sedi vale per tutti i farmacisti candidati, che concorrano sia singolarmente che “per” la gestione associata, prevista dall'art. 11, comma 7, d.l. n. 1 del 2012, la quale non costituisce un ente giuridico diverso dai singoli farmacisti, ma è espressione di un accordo partecipativo, comportante il cumulo dei titoli a fini concorsuali e inteso ad assicurare la gestione associata della farmacia in forma paritetica, solo una volta ottenuta la sede, nelle forme consentite dall'art. 7, comma 1, l. n. 362 del 1991.

## **16. Pubblica istruzione.**

### **16.1. Professori universitari.**

Con ordinanza 3 luglio 2019, n. 347 il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha giudicato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 68, comma 3, t.u. 10 gennaio 1957, n. 3, in relazione agli artt. 3 e 32 Cost., nella parte in cui, per il caso di “gravi patologie che richiedano terapie temporaneamente e/o parzialmente invalidanti” non esclude dal computo dei consentiti 18 mesi di assenza per malattia i periodi non computabili secondo l'art. 35, comma 14, C.c.n.l. 2006 - 2009 – comparto Università, vale a dire i “giorni di ricovero ospedaliero o di *day hospital* e quelli di assenza dovuti alle conseguenze certificate delle terapie”.

Ha chiarito il Consiglio di Giustizia che la questione è se sia estensibile o meno l'art. 35, comma 14, C.c.n.l. 2006 – 2009 – comparto Università al rapporto di pubblico impiego non privatizzato.

E' indubbio che tale previsione, di natura contrattuale, sia dettata per il rapporto di impiego privatizzato, e che pertanto la stessa non sia applicabile al rapporto di pubblico impiego non privatizzato, quale è quello del ricercatore universitario.

Il periodo di assenza per malattia, nel pubblico impiego non privatizzato, è disciplinato dagli artt. 68 e 70, d.P.R. n. 3 del 1957, che prevedono un periodo massimo di assenza continuata per malattia pari a diciotto mesi, e un periodo massimo cumulato di assenza per malattia e per motivi di famiglia, pari a due anni e mezzo nel quinquennio (con possibilità di una ulteriore estensione, su domanda, per altri sei mesi, e dunque per un totale di tre anni), senza escludere dal computo i periodi di assenza per grave patologia, per ricovero e intervento chirurgico e successive terapie salvavita.

Pertanto, in termini di stretto diritto, si delinea una disparità di trattamento tra dipendenti pubblici in regime di impiego “privatizzato” e dipendenti pubblici in regime di impiego “non privatizzato”, in danno di questi ultimi, atteso che nel periodo massimo di assenza per malattia vengono computati anche i periodi di assenza per gravi patologie, come, nella specie, quella oncologica. Trattasi di discriminazione rilevante ai sensi degli artt. 3 e 32 Cost.

La disparità di trattamento non è tuttavia superabile mediante applicazione diretta dell'art. 35, comma 14, C.c.n.l. 2006 – 2009 – comparto Università, trattandosi di previsione che non trova applicazione al rapporto di pubblico impiego non privatizzato. Né la disparità di trattamento è superabile attraverso l'interpretazione "costituzionalmente orientata" degli artt. 68 e 70, d.P.R. n. 3 del 1957, perché l'interpretazione costituzionalmente orientata è possibile quando di un testo normativo sono possibili più opzioni ermeneutiche. Tanto non si verifica nel caso di specie, dove la norma pone un periodo massimo dell'assenza per malattia, senza dare spazio a possibili eccezioni in via esegetica.

### **16.2. Graduatorie ad esaurimento.**

Sulle graduatorie ad esaurimento è nuovamente intervenuta l'Adunanza plenaria con sentenze 24 febbraio 2019, nn. 4 e 5.

L'Adunanza plenaria è intervenuta a seguito di una ordinanza della sez. VI 4 dicembre 2018, n. 6885 la quale, non convinta dell'orientamento assunto dall'Adunanza plenaria con sentenza 20 dicembre 2017, n. 11 sull'impossibilità di inserimento dei diplomati magistrali (ove il diploma sia conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002) nelle graduatorie ad esaurimento, ha sollecitato una rieditazione della questione, anche alla luce delle norme emanate successivamente.

L'Adunanza Plenaria ha confermato il principio di diritto in precedenza affermato, ribadendo che "Il possesso del solo diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 non costituisce titolo sufficiente per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo istituite dall'art. 1, comma 605, lett. c), l. 27 dicembre 2006, n. 296".

Nelle sentenze si legge che la legge del 2018 "non ha affatto riconosciuto valore abilitante *ex se* al diploma magistrale, ma ha anzi ribadito la necessità di superare un concorso per accedere ai posti di insegnamento, inserendosi, quindi, nel solco del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria n. 11 del 2017 e confermandone la correttezza".

Quanto alle sentenze passate in giudicato prima dell'Adunanza plenaria del 2017, favorevoli all'inserimento dei diplomati magistrali nelle GAE, l'Adunanza plenaria ha affermato che i relativi effetti rimangono circoscritti alle sole parti di quei giudizi. Ha chiarito che l'annullamento dei decreti ministeriali di aggiornamento delle GAE (in particolare del d.m. n. 235 del 2014), nella parte in cui non consentono ai diplomati magistrali l'inserimento in graduatoria, produce un effetto non propriamente caducante (stante l'assenza nel d.m. di alcuna previsione, suscettibile di essere caducata, diretta a disciplinare l'accesso in graduatoria da parte di chi non sia già inserito), ma, sostanzialmente, di accertamento della pretesa all'inserimento e, di conseguenza, determina un effetto additivo/conformativo: tale giudicato, pertanto, a prescindere dalla natura giuridica dei decreti ministeriali, non si estende a soggetti diversi dagli originari ricorrenti.

### **16.3. Assistenti privi del titolo di studio al concorso a posti di Direttori dei servizi generali ed amministrativi.**

La stessa sez. VI, con ordinanza 13 novembre 2019, n. 7809 ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 605, l. 27 dicembre 2017, n. 205, in riferimento agli artt. 3, 51 e 97 Cost., nella parte in cui prevede che il requisito dell'anzianità di tre anni di servizio, necessario per la partecipazione degli assistenti, privi del titolo di studio, al concorso pubblico per l'assunzione di direttori dei servizi generali ed amministrativi debba essere posseduto alla data di entrata in vigore della legge stessa e non al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda stabilito dal bando.

Premesso che, in linea generale, i requisiti per l'accesso al concorso in esame devono seguire il principio del merito, nel bilanciamento con l'obiettivo della più ampia partecipazione, nel caso di specie la norma ha inteso affiancare all'ordinario possesso del titolo di studio previsto dall'ordinamento, un requisito rilevante in termini di esperienza maturata in capo a soggetti eventualmente privi del titolo di studio; con ciò estendendo il campo di partecipazione, sulla scorta di un elemento attestante la garanzia del possesso della necessaria professionalità, acquisita in termini di esperienza.

Rispetto alla regola generale in tema di concorsi, secondo cui i requisiti previsti per la partecipazione ad un concorso pubblico devono essere posseduti dai concorrenti al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda stabilito dal bando (art. 2, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3; art. 2, comma 7, d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487), la diversa previsione di specie non trova conforto nei principi di cui al diritto vivente in materia, dando luogo ad illogicità e disparità di trattamento potenzialmente contrastanti con i principi costituzionali.

Ancora di recente la giurisprudenza di questo Consiglio ha evidenziato come tali norme, in base alle quali appunto i requisiti per l'ammissione agli impieghi pubblici devono essere posseduti alla data di scadenza del termine stabilito nel bando di concorso per la presentazione della domanda, costituisca un principio generale; in base a tale principio la fissazione di una data anteriore per il possesso dei requisiti occorre che trovi fondamento in una norma di legge, dalla quale possa desumersi una particolare esigenza di pubblico interesse, ragionevolmente prevalente su quello espresso dalla citata disposizione sull'ammissione ai concorsi, pertanto tale deroga non può essere posta in un atto regolamentare (Cons. St., sez. III, 20 maggio 2019, n. 3201)

Tale regola deve ritenersi espressione di un principio generale, strettamente connesso ai principi di imparzialità dell'Amministrazione e di parità di trattamento dei candidati; infatti, in coerenza con il *favor participationis* nelle procedure di selezione pubbliche, la regola della necessità del possesso dei requisiti alla data di scadenza del termine per la presentazione delle domande comporta di per sé la trasparenza della determinazione amministrativa e la parità di trattamento di chi faccia parte della categoria di persone che possa partecipare alla selezione; mentre la determinazione di una data diversa, non coincidente con quella di scadenza del termine per la presentazione delle domande, implica di per sé il concreto rischio che possano esservi vantaggi solo per alcuni degli appartenenti della categoria, con esclusione degli altri e, dunque, ingiustificate disparità di trattamento; pertanto, il principio della maturazione dei requisiti alla data di scadenza della presentazione della domanda (a parte i casi espressamente previsti da una disposizione normativa) può essere derogato solo ove vi siano specifiche e comprovate ragioni

di interesse pubblico, ad esempio quando si tratti di dare una ragionata esecuzione a statuizioni dei giudici ovvero qualora vi sia l'esigenza di rispettare una successione cronologica tra procedimenti collegati, o di salvaguardare posizioni legittimamente acquisite dai soggetti interessati a concorsi interni.

Nel caso di specie dall'art. 1, comma 605, l. 27 dicembre 2017, n. 205 e dai relativi atti preparatori non emerge alcuna ragionevole né particolare esigenza di pubblico interesse, nei termini appena indicati, per derogare al principio generale sopra richiamato. Non solo, la stessa limitazione dà luogo ad una immediata ed evidente disparità di trattamento, sia in relazione agli altri possessori del requisito in esame, sia in specie rispetto ai possessori dell'alternativo requisito ordinario del titolo di studio, il quale, a fini di partecipazione e contrariamente al requisito in esame, può essere stato acquisito anche dopo la data dell'1 gennaio 2018 (data di entrata in vigore della l. n. 205 del 2017) ed entro il termine di presentazione della domanda di partecipazione.

Orbene, nessuna di tali differenti discipline e trattamenti trova il proprio ragionevole fondamento in alcune specifica esigenza di interesse pubblico, nei termini sopra evidenziati dal diritto vivente.

## **17. Contratti della Pubblica amministrazione.**

Molte le sentenze in materia di contratti pubblici, intervenuta soprattutto sulle nuove disposizioni introdotte dal nuovo 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.

### **17.1. Stazioni appaltanti e soggetti aggiudicatori.**

La sez. V, con ordinanza 3 gennaio 2019, n. 68 ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue le questioni: a) se osta al diritto comunitario una norma nazionale, come l'art. 33, comma 3-*bis*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che limita l'autonomia dei Comuni nell'affidamento ad una centrale di committenza a due soli modelli organizzativi quali l'unione dei comuni se già esistente ovvero il consorzio tra comuni da costituire; b) se osta al diritto comunitario, e, in particolare, ai principi di libera circolazione dei servizi e di massima apertura della concorrenza nell'ambito degli appalti pubblici di servizi, una norma nazionale come l'art. 33, comma 3 *bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 che, letto in combinato disposto con l'art. 3, comma 25, dello stesso decreto, in relazione al modello organizzativo dei consorzi di comuni, esclude la possibilità di costituire figure di diritto privato quali, ad es., il consorzio di diritto comune con la partecipazione anche di soggetti privati; c) se osta al diritto comunitario e, in particolare, ai principi di libera circolazione dei servizi e di massima apertura della concorrenza nell'ambito degli appalti pubblici di servizi, una norma nazionale, come l'art. 33, comma 3 *bis*, che, ove interpretato nel senso di consentire ai consorzi di Comuni che siano centrali di committenza di operare in un territorio corrispondente a quello dei comuni aderenti unitariamente considerato, e, dunque, al massimo, all'ambito provinciale, limita l'ambito di operatività delle predette centrali di committenza.

Ha chiarito la Sezione che l'art. 33, comma 3 *bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 va letto nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici previste dal Codice dei contratti pubblici del 2006, vale a dire le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da siffatti soggetti, possono assumere la funzione di centrale di committenza, con obbligo, però, per i Comuni (dapprima con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti e, poi, non capoluogo di provincia) di rivolgersi a centrali di committenza configurate secondo un preciso modello organizzativo, quello dell'unione dei comuni di cui all'art. 32 del Testo unico degli enti locali qualora sia già esistente ovvero quello del consorzio tra i comuni che si avvale degli uffici delle province (nonché nell'ultima formulazione anche ad un soggetto aggregatore o alle province ai sensi della l. 7 aprile 2014, n. 56).

La disposizione sulle centrali di committenza che operano per i piccoli comuni appare, dunque, derogatoria rispetto alla regola generale, limitando il modello organizzativo utilizzabile a due soli schemi rispetto al più ampio novero di soggetti che, nella qualità di amministrazioni aggiudicatrici, potenzialmente possono assumere la veste di centrale di committenza. Il modello organizzativo del consorzio tra i comuni – tenuto conto della definizione di “amministrazione aggiudicatrice” dell'art. 3, comma 25, in cui il riferimento è ai “consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti” ovvero ai consorzi costituiti solamente tra soggetti pubblici – sembra richiamare una forma di cooperazione tra comuni di tipo pubblicistico, come quella prevista dall'art. 31 del Testo unico degli enti locali, che esclude la partecipazione di soggetti privati. Ciò comporta un'ulteriore limitazione del modello di centrale di committenza cui rimettere la funzione di acquisto di beni e servizi. La disciplina interna non definisce un ambito di operatività per le centrali di committenza né nelle disposizioni generali né nella disposizione speciale per i piccoli comuni; tuttavia, l'esplicito riferimento ai comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti nell'originaria formulazione dell'art. 33, comma 3 *bis*, come pure ai comuni non capoluogo di provincia, nella formulazione più recente, ossia ad una connotazione territoriale degli enti aderenti, induce a ritenere che l'ordinamento interno si sia riferito a una corrispondenza tra il territorio dei comuni ricorrenti alla centrale di committenza e l'ambito di operatività della stessa. Quest'ultimo sarebbe limitato al territorio dei comuni compresi nell'unione dei comuni ovvero costituenti il consorzio.

Nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture 2004/18/CE era espresso il favore comunitario verso l'istituto delle centrali di committenza con implicito riconoscimento della possibilità di un più ampio ricorso ad esso. Nel considerando 15, infatti, si legge: “In alcuni Stati si sono sviluppate tecniche di centralizzazione delle committenze. Diverse amministrazioni aggiudicatrici sono incaricate di procedere ad acquisti o di aggiudicare appalti pubblici/stipulare accordi quadro destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici. Tali tecniche consentono, dato il volume degli acquisti, un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica”; nel considerando 16, inoltre, si legge che: “Al fine di tenere conto delle diversità esistenti negli Stati membri, occorre lasciare a questi ultimi la facoltà di prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad accordi quadro, a centrali

di committenza, ai sistemi dinamici di acquisizione ad aste elettroniche e al dialogo competitivo, quali sono definiti e disciplinati dalla presente direttiva”.

La Corte di Giustizia Ue, con sentenza 20 ottobre 2005, causa C-246/03 Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese, ha ritenuto (§44) il “mandato di committenza” ovvero l’incarico affidato ad una persona giuridica di acquistare in nome e per conto del mandante beni e servizi, come una prestazione di servizi ai sensi del diritto comunitario (e le committenze come “prestatori di servizi”) e (§61) la legge francese esaminata (l. 85-704, successivamente modificata), che riservava detta prestazione solamente a persone giuridiche di diritto francese tassativamente enumerate, in contrasto con il principio della parità di trattamento tra i diversi prestatori di servizi.

La nozione di “impresa” adottata dal diritto comunitario ai fini della concorrenza è ampia, tale da comprendere “qualsiasi entità che esercita un’attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle modalità di finanziamento” (Corte di Giustizia Ue 12 dicembre 2013, nella causa C-372-12 Ministero dello sviluppo economico sull’attività delle SOA; sentenza 6 settembre 2011, nella causa C-108/10 Scattolon, e sin da Corte di Giustizia delle Comunità europee, 23 aprile 1991, nella causa C-41/90 Klaus Hofner e Elsen). L’“attività economica” è “qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato” (cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 25 ottobre 2001, nella causa C-475/99 Ambulanz Glöckner).

Una centrale di committenza è dunque, per il diritto euro-unitario, un’impresa che offre il servizio dell’acquisto di beni e servizi a favore delle amministrazioni aggiudicatrici.

La Sezione dubita che il quadro normativo interno, come precedentemente ricostruito, sia compatibile con i principi del diritto euro-unitario richiamati quanto alla scelta: a) di limitare l’autonomia organizzativa dei piccoli comuni a due soli modelli di centrali di committenza; b) di imporre ai piccoli comuni di ricorrere a modelli organizzativi solamente pubblicistici; c) di limitare l’ambito di operatività della centrale di committenza al solo territorio dei comuni presenti nell’unione dei comuni ovvero costituenti il consorzio. La scelta legislativa interna di imporre ai piccoli comuni di utilizzare quali centrali di committenza le unioni dei comuni se esistenti ovvero di costituire un consorzio di comuni sembra contrastare con la possibilità del più ampio ricorso alle centrali di committenza senza limitazione di forme di cooperazione. Infatti circoscrive i soggetti cui possono essere affidate funzioni di committenza, senza che ciò risulti adeguatamente giustificato dalla natura delle prestazioni, che non prevedono l’esercizio di prerogative pubblicistiche.

La scelta di ricorrere ad un modello organizzativo che esclude la partecipazione di soggetti privati, quale il consorzio di comuni di cui all’art. 31 del Testo unico degli enti locali, può apparire in contrasto con i principi euro-unitari di libera circolazione dei servizi e di massima apertura alla concorrenza, limitando ai soli soggetti pubblici italiani, tassativamente individuati, l’esercizio di una prestazione di servizi qualificabile come attività di impresa e che, in questa prospettiva, potrebbe meglio essere svolta in regime di libera concorrenza nel mercato interno.

La scelta di limitare l'ambito di operatività delle centrali di committenza che operano per i piccoli comuni al territorio comunale sembra, anch'essa, in contrasto con il principio di libera circolazione dei servizi e il principio di massima apertura alla concorrenza, poiché istituisce zone di esclusiva nell'operatività delle centrali di committenza.

## **17.2. Raggruppamento temporaneo di imprese.**

- Partecipazione alla gara pubblica come raggruppamento temporaneo di imprese verticale o orizzontale.

Con sentenza 24 aprile 2019, n. 2641 la sez. III ha affermato che al fine di individuare la partecipazione alla gara pubblica come raggruppamento temporaneo di imprese verticale o orizzontale il testuale riferimento legislativo al "tipo" di prestazione (e non alla prestazione concretamente svolta, e così ad un concetto astratto piuttosto che concreto) va inteso nel senso che ciascun operatore economico dev'essere in grado, per le competenze possedute, di partecipare all'esecuzione dell'unica prestazione; quest'ultima, poi, altro non può essere che la prestazione oggetto del servizio da affidare e le competenze non possono essere che quelle richieste dal bando di gara; ciò significa che la diversità delle prestazioni, tale da escludere il carattere orizzontale del raggruppamento, ricorre solo se ciascuna delle imprese possiede specializzazioni e competenze diverse da quelle richieste dal bando, finalizzate all'esecuzione di un'attività non corrispondente a quella oggetto del contratto. La simmetria tra competenze possedute e prestazioni assunte dalle imprese raggruppate, quale principio costitutivo del Rti, deve essere verificata (non in chiave assoluta ed astratta, ma) nel prisma delle prescrizioni di gara: sì che solo qualora la ripartizione delle prestazioni all'interno del raggruppamento sia tale da spezzare quel rapporto simmetrico, potrebbe affermarsi il carattere derogatorio della formula organizzativa prescelta rispetto al sistema di qualificazione che presiede alla disciplina della partecipazione delle imprese alla specifica gara.

Ha chiarito la Sezione che la possibilità per le imprese raggruppate - in forza "orizzontale" o "verticale" - di indicare le "parti" del servizio da ciascuna rispettivamente assunte in termini contenutistici e/o quantitativi è stata riconosciuta dalla giurisprudenza nomofilattica di questo Consiglio di Stato (Ad. plen. n. 12 del 2012), secondo la quale "l'obbligo deve ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi oggetto della prestazione e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta ed a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate".

Né potrebbe farsi riferimento alla simmetria tra le prestazioni assunte dalle imprese raggruppate e le relative competenze (in termini di mezzi ed autorizzazioni possedute).

Deve invero osservarsi che, laddove non sia contestata (o dimostrata) la violazione dei criteri di qualificazione fissati dalla *lex specialis*, anche per le ipotesi di partecipazione di soggetti pluri-strutturati, la ripartizione delle prestazioni tra le imprese raggruppate, anche nell'ipotesi di raggruppamento di tipo "orizzontale", non può che essere rimessa

alle loro scelte organizzative: scelte il cui criterio direttivo non può che essere la coerenza di quella ripartizione con le capacità ed i titoli abilitativi da ciascuna posseduti, ferma restando la comune responsabilità solidale in ordine al servizio oggetto di appalto complessivamente considerato.

- Operatore economico in concordato con continuità aziendale che partecipa ad una gara pubblica in Rti.

Con ordinanza n. 3938 del 12 giugno 2019 la sez. V ha rimesso alla Corte costituzionale, per violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 186 *bis*, comma 6, r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (aggiunto dall'art. 33, comma 1, lett. h, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134), che disciplina il caso dell'operatore economico che, in stato di concordato con continuità aziendale, intenda partecipare ad una procedura di gara per l'affidamento di commesse pubbliche, nella forma del raggruppamento temporaneo di imprese

Ha affermato la Sezione che la questione di legittimità costituzionale come sopra posta appare non manifestamente infondata in relazione ai seguenti parametri:

a) art. 3 Cost., dubitandosi della ragionevolezza della scelta del legislatore. Per talune imprese l'affidamento di commesse pubbliche è fonte primaria di ricavi da (re)investire nell'attività imprenditoriale per superare lo stato di crisi; consapevole, il legislatore consente all'impresa in concordato con continuità la partecipazione alle procedure di gara con adeguate cautele, incentrate sulla prognosi circa le capacità (all'atto in cui interviene la richiesta) di dar attuazione all'impegno da assumere (o assunto) nei confronti della stazione appaltante.

Tale è la *ratio* della disciplina posta dal quarto e quinto comma dell'art. 186 *bis* della legge fallimentare e dal terzo comma dell'art. 110 del Codice dei contratti pubblici: l'impresa può partecipare alla procedura di gara con l'autorizzazione del Tribunale su parere del commissario giudiziale, se nominato, qualora la richiesta di partecipazione intervenga successivamente al deposito del ricorso (comma 4) ovvero, in caso sia già stata disposta l'ammissione al concordato, con l'autorizzazione del giudice delegato (art. 110, comma 3), o, comunque, con la relazione di un professionista attestante la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto e con la dichiarazione di altro operatore che si impegni a mettere a disposizione le risorse necessaria all'esecuzione dell'appalto per il caso di fallimento o di incapacità sopravvenuta all'esecuzione (comma 5).

A parere della Sezione non c'è ragione che giustifichi la differente disciplina per l'impresa che partecipi nella forma aggregata del raggruppamento temporaneo di impresa assumendo il ruolo di mandataria: anche per questa impresa i ricavi derivanti dall'esecuzione della parte di commessa pubblica possono consentire il superamento di una situazione di crisi.

Non pare giustificare un diverso trattamento la posizione che la mandataria assume nei confronti della stazione appaltante ove confrontata con quella dell'impresa che contratti *uti singula*: il mandatario, munito di mandato collettivo speciale con rappresentanza conferito dalle altre imprese costituenti il raggruppamento, "esprime l'offerta in nome e per



conto proprio e dei mandanti” (art. 45, comma 2, lett. d), del Codice dei contratti pubblici), ha “la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall’appalto, anche dopo il collaudo o atto equivalente fino alla estinzione di ogni rapporto” (art. 48, comma 15).

In sostanza, il mandatario del raggruppamento temporaneo contratta con la stazione appaltante come un operatore economico che abbia partecipato singolarmente, con la sola differenza che gli effetti dei suoi atti si riverberano nella sfera giuridica dei mandanti. Allo stesso modo, non pare giustificare un diverso trattamento il regime di responsabilità dei mandati nei confronti della stazione appaltante, posto che ai sensi dell’art. 48, comma 5, prima parte del Codice dei contratti pubblici: “L’offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore o del fornitore” e che, pertanto, la stazione appaltante potrà richiedere al mandatario (ma anche a ciascuno dei mandanti) l’intera prestazione oggetto del contratto (art. 1292 Cod. civ.), come pure il risarcimento del danno in caso di inadempimento, e, siccome, normalmente, si tratterà di prestazione indivisibile (art. 1316 cod. civ.), ove intenda richiedere l’esatto adempimento, dovrà rivolgere richiesta per intero ad una delle imprese (art. 1317 cod. civ.). Solo se uno dei mandanti ha assunto l’impegno all’esecuzione di lavori scorporabili ovvero prestazioni secondarie (in caso di servizi e forniture), il mandatario è responsabile solidalmente con il mandante la cui responsabilità è limitata all’esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza (seconda parte dell’art. 48, comma 5, citato). Il regime di responsabilità del mandatario (come pure dei mandanti) è, dunque, identico a quello dell’impresa che abbia stipulato il contratto singolarmente e consiste nell’obbligo all’esecuzione per intero della prestazione in contratto o all’integrale risarcimento del danno per inadempimento.

b) art. 41 Cost., costituendo il divieto contenuto nell’art. 186 *bis*, comma 6, legge fallimentare una limitazione alla autonomia privata dell’imprenditore che non può assumere la rappresentanza delle imprese mandanti e, in ultima analisi, non può rendersi parte di un contratto di appalto con un soggetto pubblico. Per questo l’imprenditore è limitato nel libero spiegarsi della sua capacità contrattuale.

La ragione è stata individuata nell’intento del legislatore di tutelare i creditori da scelte non ponderate dell’impresa in grado di aggravare lo stato di crisi esistente, e, da questo punto di vista, risponde all’utilità sociale di evitare la completa dispersione del patrimonio dell’imprenditore con conseguente impossibilità di soddisfazione dei creditori; tuttavia, l’impresa che è ammessa a concordato preventivo con continuità aziendale è impresa che, pur in stato di crisi, è in grado di continuare ad operare sul mercato proponendo beni e servizi, ed anzi, mediante la continuazione dell’attività, potenzialmente di rientrare dalla situazione di difficoltà *medio tempore* vissuta.

Risponde, allora, all’utilità sociale non già limitarne la sua libertà contrattuale, ma anzi favorirne il massimo dispiegarsi, per l’acquisizione di clientela di sicura solvibilità, come è il soggetto pubblico, e, così giovare di denaro da reimpiegare nell’attività di impresa. Per queste considerazioni, la limitazione all’autonomia privata finisce coll’essere ingiustificata e in contrasto con il dettato costituzionale.

c) art. 97 Cost., trovando il principio di buon andamento dell'azione amministrativa attuazione nella materia dei contratti pubblici con gli obblighi di evidenza pubblica, legislativamente considerati il mezzo per la selezione del contraente migliore. Rispetto al fondamento normativo così evidenziato, il divieto posto dall'art. 186 *bis*, comma 6, legge fallimentare alla partecipazione ad una procedura di gara del mandatario in concordato preventivo con continuità aziendale determina una ingiustificata limitazione del potere di scelta spettante in via generale alle pubbliche amministrazioni, che non potrà, per questa sola ragione, contrattare con un'impresa che potrebbe rivelarsi la più qualificata e capace ad eseguire la commessa (o parte della commessa) posta a gara, e nei cui confronti gli organi della procedura concorsuale esprimano un giudizio di compatibilità di tale partecipazione rispetto alla sua situazione economico-patrimoniale e di convenienza per i creditori.

- Requisiti di qualificazione del raggruppamento temporaneo di impresa in misura corrispondente alla quota dei lavori.

Da segnalare innanzitutto l'Adunanza plenaria 27 marzo 2019, n. 6, che ha pronunciato sulle conseguenze della mancanza del requisito di qualificazione del raggruppamento temporaneo di impresa in misura corrispondente alla quota dei lavori. La questione era stata rimessa dalla sez. V con ordinanza 18 ottobre 2018, n. 5957.

Ha affermato che l'applicazione dell'art. 92, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. n. 163 del 2006, abrogato Codice degli appalti), la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori.

Ha chiarito l'Alto Consesso che è possibile ritenere come "formalistica" l'interpretazione ora offerta, contrapponendola ad un'altra interpretazione di tipo "sostanzialistico", secondo la quale – in presenza delle tre condizioni più volte innanzi indicate – il principio di doverosa corrispondenza tra i requisiti di partecipazione di ciascuna impresa e la quota di esecuzione dichiarata "non può dirsi nella sostanza violato", posto che si otterrebbe anche il "contemperamento tra il principio di libero accesso alle gare ed il principio della necessaria affidabilità degli offerenti".

A tal fine, occorre in primo luogo osservare come la funzione cui sono preordinati i requisiti di qualificazione ne esclude, per le ragioni di tutela dell'interesse pubblico innanzi esposte, una loro natura meramente "formale", risolvendosi essi in requisiti di affidabilità professionale del potenziale contraente, la cui natura "sostanziale" è del tutto evidente.

Di modo che una non corrispondenza, in sede di partecipazione alla gara, tra requisito e quota dei lavori da eseguire si risolve non già in una imprecisione formale ovvero in una sorta di errore materiale, bensì in una violazione sostanziale di regole disciplinanti l'intero sistema dei contratti pubblici (e valevoli oggettivamente per tutti i partecipanti alle gare).

Né, inoltre, può dirsi pretermesso il principio del libero accesso alle gare (più volte richiamato dall'appellante), posto che tale accesso è certamente “libero” per i soggetti che rispondono ai requisiti previsti dall'ordinamento per la partecipazione.

D'altra parte, il principio volto a garantire la più ampia partecipazione alle gare non agisce “in astratto”, ma esso, nella sua concreta attuazione, non può che riferirsi ad imprese che – per serietà ed affidabilità tecnico-professionale (appunto validate dal possesso dei requisiti) – sono potenzialmente idonee ad assumere il ruolo di contraenti con gli operatori economici pubblici.

Nel caso di specie, quanto richiesto dalle norme regolamentari e dal bando di gara non appare costituire un impedimento irragionevole alla partecipazione (così costituendo un *vulnus* per il principio di libera partecipazione), posto che le imprese associate ben possono attribuire a ciascuna di esse *ex ante* una quota di lavori corrispondente al requisito di qualificazione.

Si intende cioè affermare che nulla vieta al r.t.i. la partecipazione alla gara, ben potendo questa avvenire con una attribuzione delle quote di lavori tra le imprese associate coerente con i loro requisiti di partecipazione.

In altre parole, ciò che si vuol rendere possibile *ex post*, attraverso l'intervento di un'altra impresa associata avente un requisito “sovrabbondante”, non si vede perché non possa correttamente avvenire *ex ante*, in sede di ripartizione tra le associate delle quote dei lavori: il che dimostra come non sussista alcun irragionevole restringimento del principio di ampia e libera partecipazione alle gare.

Giova ancora osservare come l'interpretazione c.d. “sostanzialistica”, nel richiedere, tra le condizioni per evitare l'esclusione dalla gara del r.t.i. per mancanza di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione lavori, quella della misura “minima” o “non eccessiva” dello scostamento, finisce per dar luogo: per un verso, ad un non consentito fenomeno di integrazione normativa, attesa la chiara prescrittività del dato normativo in favore della corrispondenza. Nel caso di specie, infatti, l'interprete finirebbe non già per individuare l'esatto contenuto normativo della disposizione (che prevede un chiaro principio di corrispondenza), quanto per aggiungere ad essa una norma ulteriore, peraltro di incerta prescrittività; per altro verso, ad una invasione del campo riservato alla pubblica amministrazione, valutando *ex post* – in luogo di questa ed in assenza di dato normativo – quando uno scostamento possa definirsi minimo e, dunque, non rilevante ai fini dell'esclusione;

- per altro verso ancora, ad una lesione del principio della par condicio dei concorrenti, laddove si consentisse alla stazione appaltante di valutare *ex post* quando (ed in che misura) lo scostamento può definirsi irrilevante.

Delle considerazioni (e preoccupazioni) ora esposte si è resa conto la stessa ordinanza di rimessione laddove, per il caso di adesione alla tesi c.d. sostanzialistica, ha in via subordinata richiesto che questa Adunanza Plenaria determini “la soglia superata la quale lo scostamento non possa più essere considerato minimo”. Il che dimostra, contemporaneamente, il timore per l'esercizio da parte della stazione appaltante di un potere discrezionale *ex post* e non sorretto da indicazioni normative e la natura di integrazione normativa (e non di interpretazione) di quanto richiesto.

### 17.3. Consorzi stabili.

Con sentenza 16 aprile 2019, n. 2493 la sez. III si è soffermata sul criterio per accertare la natura di “consorzio stabile” di un concorrente ad una gara pubblica ed ha affermato che occorre fare una ricostruzione sostanzialistica dei suoi tratti identificativi, così come delineati dall’art. 45, comma 2, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con la conseguenza che è irrilevante l’assenza nell’atto costitutivo di espresse indicazioni nominalistiche della sua natura così come di formali manifestazioni di volontà delle imprese consorziate dirette alla costituzione di un consorzio stabile.

Ha ricordato che la sez. V, con sentenza 6 dicembre 2016, n. 5152 aveva affermato che “quanto all’essenza dell’istituzione di una comune struttura d’impresa va ricordato che per pacifico orientamento della giurisprudenza tale aspetto non comporta, l’uso del verbo ‘istituire’ in luogo di ‘costituire’ ne è la significativa riprova, “un’autonoma struttura d’impresa né che la decisione delle imprese di operare in modo congiunto debba essere formalizzata in un apposito atto”. Quel che conta invero, è la possibilità di “individuare l’avvenuta creazione di un complesso strutturale ed organizzativo compatibile con il modello giuridico-formale di riferimento”.

Sulla base di tale presupposto e con riferimento al caso di specie la Sezione ha concluso nel senso che analizzando il contenuto dell’atto costitutivo del concorrente, esso rechi la definizione di un modello organizzativo del tutto coerente con lo schema normativo di riferimento, ricorrendo di quest’ultimo: 1) il requisito numerico (“formati da non meno di tre consorziati”); 2) temporale (“per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni”), essendo stabilita dall’atto costitutivo la durata di 25 anni; 3) teleologico (“abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”); e 4) strutturale (“istituendo a tal fine una comune struttura di impresa”).

Ha ancora ricordato la Sezione che elemento essenziale per attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile il c.d. elemento teleologico, ossia l’astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un’autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l’ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto. Deve infatti osservarsi che, anche alla luce della giurisprudenza citata, rilievo discriminante, ai fini della riconoscibilità di un “consorzio stabile”, deve attribuirsi alla sussistenza di un “complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa”, secondo la nozione civilistica di “azienda”.

Ebbene, è un dato acquisito, sul piano interpretativo, che ciò che connota l’impresa non è la disponibilità materiale dei mezzi e delle attrezzature necessarie allo svolgimento dell’attività produttiva, quanto piuttosto la disponibilità giuridica degli stessi, intesa come un complesso di rapporti giuridici che consentono all’imprenditore di disporre dei mezzi necessari all’esercizio dell’impresa, nonché la capacità dell’imprenditore medesimo di organizzarli in modo da asservirli ad una nuova funzione produttiva, diversa da quella delle imprese da cui quei mezzi siano eventualmente “prestati”: capacità che viene meno quando il consorzio operi avvalendosi della struttura imprenditoriale *tout court* delle imprese consorziate, replicandone la funzione produttiva, ma non quando esso attinga al patrimonio di queste ultime ai fini della costituzione di un nuovo assetto produttivo, di cui esso abbia la diretta responsabilità organizzativa.

#### **17.4. Consultazioni preliminari di mercato.**

La sez. III, con sentenza 23 settembre 2019, n. 6302 ha affermato che l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato è una semplice pre-fase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto, risolvendosi in uno strumento a disposizione della stazione appaltante con cui è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato onde acquisire quelle informazioni di cui è carente per giungere ad una migliore consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi.

Ha chiarito la Sezione che In tale ottica, le consultazioni preliminari ben possono costituire lo strumento attraverso il quale accertare l'eventuale infungibilità di beni, prestazioni, servizi, che costituisce la premessa necessaria per derogare al principio della massima concorrenzialità nell'affidamento dei contratti pubblici. Al riguardo, con le proprie Linee guida n. 8 del 13 settembre 2017, l'Anac ha condivisibilmente chiarito che per fare luogo all'affidamento mediante procedura negoziata senza pubblicazione di bando spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente l'esistenza dei presupposti che giustificano l'infungibilità del prodotto o servizio che si intende acquistare.

L'adozione di scelte limitative del confronto concorrenziale si giustifica solo se sostenuta da specifica motivazione sulla sostanziale impossibilità della stazione appaltante, rigorosamente accertata, di soddisfare le proprie esigenze rivolgendosi indistintamente al mercato.

Le consultazioni di mercato possono costituire, dunque, "lo strumento per acquisire le informazioni necessarie per svolgere la richiamata istruttoria e per fondare la conseguente motivazione" ovvero per validare le conoscenze già *aliunde* acquisite. In tale ultima evenienza è di tutta evidenza come le determinazioni acquisite devono essere incontrovertibili, sì da rendere addirittura inutile il sondaggio pubblico dovendo altrimenti risultare strutturalmente cedevoli a fronte di un possibile diverso esito del sondaggio in questione.

#### **17.5. Appalto di servizi.**

In tema di appalto servizio di trasporto sanitario di emergenza ha pronunciato la sez. III (14 maggio 2019, n. 3131) affermando che nella Regione Veneto tale servizio deve essere assegnato, ai sensi dell'art. 5, comma 1, l. reg. n. 26 del 2012, alle Associazioni di volontariato, prevalendo tale norma sull'art. 57 del Codice del terzo settore che prevede tale assegnazione come facoltà e non come obbligo.

Ha chiarito la Sezione che la Corte di Giustizia Ue, con una prima sentenza (11 dicembre 2014, in C-113/13, "Spezzino") - che ha esaminato il caso di una norma della Regione Liguria che imponeva il ricorso in via prioritaria al convenzionamento diretto con il volontariato per i trasporti di emergenza, ritenendola non incompatibile con il diritto dell'Unione - ha affermato che gli artt. 49 e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di

volontariato convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata.

Ha chiarito la Corte di Giustizia che uno Stato membro può ritenere, nell'ambito del potere discrezionale di cui dispone per stabilire il livello di tutela della sanità pubblica e organizzare il proprio sistema di sicurezza sociale, che il ricorso alle associazioni di volontariato corrisponda alla finalità sociale del servizio di trasporto sanitario d'urgenza e che sia idoneo a contribuire al controllo dei costi legati a tale servizio. Ha peraltro aggiunto che un sistema di organizzazione del servizio di trasporto sanitario di urgenza consistente nel ricorso in via prioritaria ad associazioni di volontariato, deve effettivamente contribuire alla finalità sociale così come al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detto sistema è basato. E' quindi necessario che, nel loro intervento in tale contesto, le associazioni di volontariato non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri. Peraltro, se è ammissibile che si avvalgano di lavoratori, poiché, in caso contrario, dette associazioni sarebbero pressoché private della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato, l'attività delle associazioni in parola deve rispettare rigorosamente i requisiti loro imposti dalla legislazione nazionale. Quindi, l'attività delle associazioni di volontariato può essere svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento. Relativamente al rimborso dei costi occorre vegliare a che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato e altresì a che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse.

Ancora più di recente la Corte di Giustizia è nuovamente intervenuta sul tema con sentenza 21 marzo 2019, C-465/17 (Falck Rettungsdienste GmbH e a./Stadt Solingen), affermando che le norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici non si applicano ai servizi di trasporto di pazienti, forniti, in caso di emergenza, da organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro.

Il Giudice europeo ha principiato dall'interpretazione letterale e contestuale dell'art. 10, lett. h), della direttiva 2014/24, affermando che la "prevenzione contro i pericoli" riguarda sia i rischi collettivi che i rischi individuali per concludere, dunque, nel senso dell'applicabilità ai servizi sanitari di emergenza. In primo luogo, la formulazione stessa di tale disposizione si riferisce a diversi codici CPV che si riferiscono a rischi che possono essere indifferentemente collettivi o individuali. Ciò vale, in particolare, per i codici CPV 75250000-3 (servizi dei vigili del fuoco e di salvataggio), 75251000-0 (servizi dei vigili del fuoco), 75251100-1 (servizi di lotta contro gli incendi), 75251110-4 (servizi di prevenzione degli incendi) e, più in particolare, in considerazione dell'oggetto della causa principale, dei codici 75252000-7 (servizi di soccorso/salvataggio) e 85143000-3 (servizi di ambulanza). In secondo luogo, esigere che la prevenzione dei rischi abbia una dimensione collettiva priverebbe tale espressione di qualsiasi contenuto proprio, poiché tale nozione si confonderebbe allora sistematicamente sia con la protezione civile che

con la difesa civile. Ebbene, quando una disposizione di diritto dell'Unione è suscettibile di svariate interpretazioni, occorre dare priorità a quella idonea a salvaguardare l'effetto utile della norma (sentenza del 24 febbraio 2000, Commissione/Francia, C 434/97, EU:C:2000:98, punto 21).

Questa interpretazione dell'art. 10, lett. h), della direttiva 2014/24 è confermata dal suo Considerando 28 che, nella sua prima frase, enuncia che “[l]a presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva”. A tale riguardo, occorre sottolineare che l'esclusione dell'applicazione di tale direttiva non si limita ai soli servizi di emergenza realizzati in presenza di rischi collettivi, perché proprio grazie all'esperienza così acquisita esercitando i servizi di soccorso quotidiani che tali organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro sarebbero in grado, secondo il giudice del rinvio, di essere operative quando devono prestare servizi di “protezione civile” e “difesa civile”. Ha quindi concluso nel senso che sia l'assistenza di pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario, sia il trasporto in ambulanza qualificato rientrano nella nozione di “prevenzione contro i pericoli”, ai sensi dell'art. 10, lett. h), della direttiva 2014/24.

I principi espressi dalla Corte di Giustizia nel 2014 e nel 2019 portano a concludere per la corretta applicazione dell'art. 5, comma 1, l. reg. Veneto n. 26 del 2012, con conseguente affidamento con convenzione del servizio di trasporto sanitario di emergenza ad una Associazione di volontariato.

Il Legislatore regionale - nell'esercizio della propria potestà legislativa concorrente nella materia della tutela della salute di cui all'art. 117, comma 3, Cost. oltre che in forza delle competenze riconosciutele dall'art. 2, comma 1, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 - ha previsto un “obbligo” di affidamento del servizio di trasporto sanitario di urgenza, alle Associazioni di volontariato che non contrasta con la “possibilità” di tale affidamento, introdotta dal Codice del Terzo Settore e che trova la propria genesi nell'esclusione dall'obbligo della selezione pubblica prevista dalla disciplina comunitaria e dalle pedissequa disposizioni del Codice dei contratti pubblici.

Nessun contrasto, dunque, tra il Codice del Terzo Settore (art. 57), che prevede la possibilità di affidare “in via prioritaria” – e dunque prima dell'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica – alle Organizzazioni di volontariato i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, e la norma regionale, espressione peraltro di potestà legislativa concorrente, che dispone l'affidamento di tali servizi (anche in questo caso in via prioritaria: art. 5, comma 1, l. reg. n. 26 del 2012) alle Associazioni, e solo in via sussidiaria (comma 5 dell'art. 5) con gara pubblica.

La sez. V, con ordinanza 6 agosto 2019, n. 5581 ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la possibilità di affidare senza gara all'Automobil Club Italia (Aci) i servizi relativi alla gestione della tassa automobilistica. In particolare, ha rimesso al giudice europeo la questione se osta al diritto eurounitario, e, in particolare, ai principi di libera circolazione dei servizi e di massima apertura della concorrenza nell'ambito degli appalti pubblici di

servizi, una norma regionale come l'art. 1, comma 121, l. reg. Campania 7 agosto 2014, n. 16, che consente l'affidamento diretto, senza gara, dei servizi relativi alla gestione della tassa automobilistica dalla Regione Campania all'AcI.

La Sezione ha premesso che gli accordi tra enti pubblici che risultano sottratti all'applicazione del codice e delle direttive in materia di appalti e concessioni sono solo quelli che disciplinano attività non deducibili in contratti di diritto privato, ma inquadrabili nelle funzioni pubbliche comuni alle parti, senza corrispettivo.

Qualora invece un'amministrazione si ponga rispetto all'accordo come un operatore economico prestatore di servizi e verso un corrispettivo, anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi di produzione del servizio, non è possibile parlare di partenariato tra enti pubblici per il perseguimento di funzioni di servizio pubblico comune, ma di un contratto a prestazioni corrispettive, soggetto all'applicazione delle norme ad evidenza pubblica.

Detti partenariati pubblico-pubblico possono essere, dunque, stipulati solo se ricorrono tutte le seguenti condizioni: a) che le parti pubbliche dell'accordo siano tutte titolari dell'obbligo di servizio pubblico la cui regolazione è oggetto dell'accordo; b) alla base dell'accordo deve esserci una reale divisione di compiti e responsabilità del servizio pubblico comune tra le parti; c) i movimenti finanziari tra i soggetti che sottoscrivono l'accordo possono consistere solo nel rimborso di spese vive, essendo escluso il pagamento di un corrispettivo; d) il ricorso all'accordo non può interferire con il perseguimento dell'obiettivo principale delle norme eurounitarie in tema di appalti pubblici, ossia la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata negli Stati membri. Pertanto, la collaborazione tra amministrazioni non può trasformarsi in una costruzione artificiosa che ha l'effetto di eludere le norme sulla concorrenza in tema di affidamenti pubblici.

Ciò premesso, la Sezione ha affermato, con riferimento al caso sottoposto al suo esame, che l'affidamento diretto dalla Regione Campania ad AcI possa ritenersi stipulato in violazione delle predette condizioni, ciascuna delle quali deve essere, invece, rispettata per potersi giustificare l'omissione della pubblica gara.

L'AcI è un ente pubblico non economico, senza scopo di lucro, inserito dalla l. 20 marzo 1975, n. 70 tra gli "enti preposti a servizi di pubblico interesse" (parte IV della tabella allegata alla citata legge), avente lo scopo essenziale di rappresentare, tutelare e promuovere nei suoi molteplici aspetti (sport, turismo, sicurezza, consumatori, assistenza, informazione) gli interessi dell'automobilismo italiano.

L'AcI è titolare della funzione di servizio pubblico della gestione del Pubblico Registro Automobilistico presso lo stesso istituito con d.l. 15 marzo 1927, n. 436, convertito in l. 19 febbraio 1928, n. 510, mentre non è titolare di funzioni pubbliche relative alla tassa automobilistica, che è un tributo proprio dello Stato che lo stesso ha attribuito alle Regioni.

Con l'accordo in questione la Regione Campania affida ad AcI la gestione della tassa automobilistica come in un comune appalto: pare mancare anche il secondo, essenziale requisito dato dalla ripartizione tra le parti dell'accordo dei compiti di servizio pubblico (che non sono comuni, non avendo l'ACI alcuna attribuzione di funzioni sulla tassa automobilistica).



Un accordo pubblico-pubblico senza gara è legittimo solo se realizza una cooperazione finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune.

Nella fattispecie, sotto la veste di un partenariato pubblico-pubblico pare celarsi l'affidamento di un servizio secondo lo schema dell'appalto o della concessione e che dovrebbe, dunque, presupporre il previo espletamento di una gara pubblica.

I movimenti finanziari previsti nell'accordo tra Regione Campania e Aci vanno ben al di là del mero ristoro delle spese sostenute, essendo previsto il pagamento di un corrispettivo vero e proprio, come risulta evidente dal bilancio di Aci in cui lo stesso dichiara di ricavare utili dalle gestioni analoghe di tale servizio, e ben superiore al livello di prezzo reperibile sul mercato, come emerge dal confronto tra i corrispettivi previsti nell'affidamento diretto qui contestato e il corrispettivo per i servizi stessi resi da Ge.Fi.L. nella Regione Veneto: il costo annuale del servizio risultante dall'accordo tra ACI e Regione Campania (dove i veicoli sono 4.366.682) è -per il solo compenso a forfait previsto all'art. 12 - di € 3.495.000,00 (oltre iva se dovuta) somma alla quale vanno aggiunti i numerosissimi compensi a consumo, stimabili in centinaia di migliaia di €/anno, mentre il costo annuale del servizio svolto da Ge.Fi.L. per la Regione Veneto (dove i veicoli circolanti sono 3.939.166) è di € 2.148.019,29, comprensivo di utile.

Tale corrispettivo, inoltre, è previsto solo dalla Regione ad Aci e non viceversa, in relazione all'affidamento di servizi, a conferma che la titolarità delle funzioni pubbliche in relazione alla tassa automobilistica è solo in capo alla Regione.

L'accordo non prevede "una reale divisione di compiti e responsabilità" (seconda condizione), poiché l'esecuzione delle prestazioni di interesse della Regione è tutta a carico dell'Aci, mentre i versamenti di denaro non sono "tra i soggetti che sottoscrivono l'accordo", ma solo da Regione ad Aci, perché costituiscono il corrispettivo dei servizi commissionati ad Aci. Mancano, quindi, compiti di servizio pubblico comuni.

Riveste indubbio rilievo, al fine di verificare la legittimità dell'accordo pubblico-pubblico senza gara, il contenuto economico dell'accordo, che, nel caso di specie, è chiaramente oneroso. Si ricade, dunque, nell'ipotesi non ammessa di un corrispettivo calcolato secondo il criterio del costo necessario alla produzione del servizio.

Si osserva, inoltre, che Aci pare offrire i servizi de quo sul mercato ed in palese concorrenza con imprese quali Ge.Fi.L., come dimostra il fatto che in altre regioni la società si è aggiudicata analogo servizio (nel Veneto) o concorre all'aggiudicazione (nelle Marche). Invero, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia la normativa in materia di appalti tende a salvaguardare il principio della parità di trattamento "tra soggetti privati aventi scopo di lucro e comunque, alla luce della giurisprudenza successiva, tra soggetti, pubblici o privati ch'essi siano, aventi la qualità di operatore economico" (cfr. Corte di Giustizia Ue 9 giugno 2009, in causa C-480/06).

Nella fattispecie in questione Aci opera nello specifico mercato dei servizi di gestione della tassa automobilistica, in cui opera anche Ge.Fi.L.

Pare, quindi, che ci si trovi al di fuori della mera riorganizzazione di compiti di servizio pubblico tra amministrazioni, la sola ammessa senza gara, e anche in tale ipotesi tra le amministrazioni stesse mai si giustifica una remunerazione, anche senza fine di lucro,

ma solo la messa a disposizione delle risorse necessarie allo svolgimento di quelle funzioni pubbliche per come riorganizzate in conseguenza dell'accordo di cooperazione. Nel caso di specie, invece, l'accordo prevede dei veri e propri corrispettivi, non riconducibili al mero ristoro di spese inevitabili, ma al contrario superiori ai livelli di mercato, previsti ed individuati nel contratto in via preventiva e che spettano in ogni caso ad Aci, con espressa esclusione, quindi, di qualunque accertamento dei costi o spese vive sopportati, corrispettivi assoggettati all'Imposta sul Valore Aggiunto (IVA), nonché all'adeguamento ISTAT.

Anche la condizione indicata sub IV risulta indubbiamente violata dall'accordo qui contestato, perché in relazione ai servizi di gestione della tassa automobilistica Aci è un operatore economico come qualunque altro, poiché opera al di fuori della sola funzione pubblica che gli compete (la gestione del PRA). Invero, è un operatore economico qualunque soggetto (anche pubblico e anche senza scopo di lucro) che presti a titolo oneroso servizi in favore di un'amministrazione pubblica (cfr. per tutte Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2013, causa C-386/11).

Pare, quindi, che l'affidamento diretto dei servizi relativi alla tassa automobilistica dalla Regione Campania all'Aci comprometta l'obiettivo della libera circolazione dei servizi e della concorrenza non falsata e sia posto in essere in elusione delle norme, già sopra menzionate, a tutela di quell'obiettivo, atteso che: l'accordo favorisce (presceglie senza gara e remunera ampiamente) un operatore del settore (Aci) a danno degli altri operatori del settore; l'accordo non regola la realizzazione di un interesse pubblico effettivamente comune ai partecipanti, posto che l'Aci non ha per legge, a differenza dalla Regione, finalità istituzionali in materia di tasse automobilistiche; alla base dell'accordo non si rinviene una reale divisione di compiti e responsabilità; i movimenti finanziari tra i contraenti non si configurano come mero ristoro delle spese sostenute, trattandosi di un accordo oneroso con corrispettivi a carico della Regione, a *forfait* ed a misura.

### **17.6. Appalto di fornitura.**

Con sentenza 11 marzo 2019, n. 1635 la sez. III si è soffermata sulla distinzione fra requisiti soggettivi di partecipazione agli appalti di fornitura e caratteristiche oggettive dei prodotti offerti affermando che non osta, secondo le previsioni dell'art. 2 Cost., alla previsione di punteggi aggiuntivi per il rispetto dell'ambiente, così come dei lavoratori e delle popolazioni, da parte dei partecipanti; pertanto, qualora la *lex specialis* di un appalto per la fornitura di arredi sanitari indichi tra i criteri valutativi il rispetto da parte delle ditte partecipanti dei criteri ambientali minimi (Cam) tale parametro non è rispettato se a possedere la richiesta certificazione (ISO 14001) è la società produttrice degli arredi ma non la società controllata partecipante alla gara, in quanto tale requisito attiene non al prodotto offerto ed alle sue caratteristiche bensì all'organizzazione aziendale del partecipante alla gara.

La Sezione ha affermato la legittimità di criteri di valutazione che possano premiare le caratteristiche organizzative dell'impresa sotto il profilo ambientale, così come sotto i profili della tutela dei lavoratori e delle popolazioni interessate e della non discriminazione, al fine di valorizzare la compatibilità e sostenibilità ambientale della filiera produttiva e distributiva dei prodotti che costituiscono, comunque, l'oggetto dell'appalto.

Le predette considerazioni valgono a maggior ragione qualora i predetti criteri non siano preponderanti nella determinazione complessiva del punteggio tecnico. Inoltre, l'art. 95 comma 13, d.lgs. n. 50 del 2016 già consentiva alle amministrazioni di indicare criteri premiali per la valutazione dell'offerta che potevano essere relativi, oltre che al maggior "rating" di legalità dell'impresa, anche al "minor impatto sulla salute e sull'ambiente"; parimenti il comma 6 del medesimo articolo, allorché elenca gli elementi che possono costituire criteri valutativi, non esclude il richiamo a caratteristiche proprie e soggettive dell'impresa. Tale possibilità è stata altresì già confermata, seppure con riferimento agli appalti di servizi, dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo la quale il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara deve essere interpretato *cum grano salis*, consentendo alle stazioni appaltanti, nei casi in cui determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, possano essere valutate anche per la selezione della offerta, di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione della offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti la specifica attitudine del concorrente. Anche l'Autorità Anticorruzione, nelle proprie linee guida sull'offerta economicamente più vantaggiosa approvate con deliberazione n. 2 del 2016 evidenzia che la separazione fra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione è ormai divenuta più labile rispetto all'impostazione tradizionale, ed in base alla delibera Anac n. 1091 del 2017, resa nell'ambito di un parere precontenzioso, è possibile valorizzare la certificazione ISO 14001.

In tema di appalto di fornitura di farmaci la sez. III, con sentenza 11 luglio 2019, n. 4881 ha affermato che affinché un farmaco biosimilare possa concorrere alla integrazione del numero minimo che impone il ricorso alla procedura dell'accordo-quadro e quindi, *a fortiori*, alla composizione di un unico lotto, esso deve fondarsi sull'identico principio attivo sul quale si basa il farmaco "originator"

La Sezione ha aggiunto che non è invece esclusa la possibilità di mettere in gara con unico lotto farmaci biologici "originatori" con diversi principi attivi (secondo la regola dell'equivalenza); tuttavia, la valutazione di equivalenza non è rimessa alla valutazione della stazione appaltante, ma è subordinata al parere dell'Aifa, organo competente ex art. 15, comma 11 *ter*, d.l. n. 95 del 2012.

Il parere dell'Aifa deve precedere la gara e, in mancanza, diversi principi attivi non possono essere messi in competizione tra loro. La lacuna non potrebbe essere colmata da un riconoscimento *ex post* dell'Aifa, dovendo l'equipollenza precedere l'indizione della gara.

Per arrivare a tale conclusione la Sezione ha ricordato che i farmaci biologici "di riferimento" rappresentano una categoria concettualmente e concretamente più ampia rispetto ai "biosimilari" e la disciplina relativa alle gare di acquisto risente di tale differenza (cfr. determina Aifa n. 818 del 2018).

Il principio attivo è il componente dei medicinali da cui dipende l'azione curativa, il medicinale vero e proprio, a differenza degli eccipienti che sono invece componenti inattivi, privi di azione farmacologica, con funzioni secondarie.

E' noto che il principio attivo dei farmaci biologici è una sostanza prodotta o estratta da una sorgente biologica e che, a differenza dei farmaci tradizionali costituiti da piccole molecole prodotte tramite sintesi chimica, la maggior parte dei biofarmaci ottenuti tramite biotecnologie che operano su sistemi viventi, presentano numerosi aspetti di eterogeneità legati alla cellula ospite utilizzata, alle condizioni di crescita e fermentazione, alle differenti metodiche di purificazione.

Queste procedure presentano elementi di unicità non trasferibili da un laboratorio all'altro, contribuendo a determinare l'unicità del prodotto.

L'unicità del prodotto rileva anche sotto il profilo dell'immunogenicità (capacità di indurre una reazione immunitaria nell'organismo del paziente in dipendenza di vari fattori: la qualità del composto, il processo di produzione, la durata del trattamento, la sede di somministrazione...).

I farmaci biologici richiedono per la peculiarità dei principi attivi, un particolare controllo di qualità tra cui indicazioni sul processo di produzione, poiché il processo produttivo determina l'unicità del prodotto. Ne consegue che la stessa molecola ottenuta da aziende diverse o dalla stessa azienda in seguito a modifiche di processo può presentare modificazioni strutturali significative e quindi differenti caratteristiche di sicurezza e efficacia.

I farmaci biologici per la variabilità intrinseca delle molecole e per la complessità delle tecniche di produzione sono particolarmente difficili da caratterizzare e riprodurre.

Un "biosimilare" e il suo prodotto "originatore" essendo ottenuti mediante processi produttivi inevitabilmente differenti non sono uguali, ma altamente simili in termini di qualità, sicurezza ed efficacia.

La particolarità dei farmaci biologici ha fatto sì che, dal punto di vista regolatorio, viene riservata una maggiore attenzione, in fase di registrazione di un farmaco biotecnologico e anche di un biosimilare, alla caratterizzazione del principio attivo rispetto a quanto avviene per i farmaci di origine chimica. Per questi si richiedono gli stessi dati con l'aggiunta, per il biosimilare, del *comparability exercise* (strumento di confronto attraverso diverse tappe delle modifiche al processo di produzione operate dallo stesso produttore o da produttori diversi che comprendono la comparabilità fisico-chimica e biologica, la comparabilità di studi non clinici, studi clinici, studi di immunogenicità).

Il concetto chiave della comparabilità è che il prodotto biosimilare non deve presentare alcuna differenza clinica significativa rispetto all'originatore.

La normativa sulla registrazione dei biosimilari è comunitaria. Il fondamento si trova nell'articolo 10(4) della direttiva 2001/83 (come modificata dalla direttiva 2004/27/CE che disciplina il tipo e la qualità dei dati supplementari da fornire, secondo le linee direttrici dettagliate dettate da Ema, per dimostrare la similarità del biologico al suo biologico di riferimento, a causa delle differenze attinenti alle materie prime e o alle differenze nei processi di produzione.

Per i "biosimilari", dunque, l'equivalenza terapeutica rispetto all'originatore è valutata a monte, al momento in cui viene accertata da Ema la biosimilarità.

In tale caso, afferma l'Aifa, "l'identità del principio attivo, della forma farmaceutica e la prova della bioequivalenza, dimostrate in sede di rilascio dell'AIC, assorbono e rendono superflua ogni ulteriore valutazione in ordine all'equivalenza terapeutica del medicinale

generico rispetto al farmaco di riferimento e così pure del biologico di riferimento e del biosimilare” (cfr. determina Aifa n. 818 del 2018).

Per tale categoria (farmaco biologico di riferimento e corrispondenti biosimilari con lo stesso principio attivo) non si pone il divieto di accorpamento in unico lotto, che anzi la norma di cui all’art. 15, comma 11-*quater*, pone come regola (lett. a, b, e), pur in presenza delle differenze inevitabili, dovute al processo di produzione, che caratterizza, come si è già detto, la “riproduzione” dei principi attivi biologici.

Invece, l’equivalenza terapeutica dei biologici “originatori” aventi differenti principi attivi (o dei biologici originatori e rispettivi biosimilari nei confronti di altri biologici originatori e rispettivi biosimilari, con differenti principi attivi), non essendo oggetto di valutazione a monte da parte dell’organo regolatore europeo (Ema), costituisce oggetto di specifica valutazione da parte dell’Aifa ai fini delle procedure di acquisto.

Ancora in tema di appalto di fornitura di farmaci la stessa sez. III, con sentenza 18 settembre 2019, n. 6212 ha affermato che l’ambito di applicazione del principio di equivalenza è piuttosto ampio e permea l’intera disciplina dell’evidenza pubblica, atteso che la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del *favor participationis* e costituisce espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell’Amministrazione.

La Sezione ha preliminarmente evidenziato l’importanza che la formulazione della *lex specialis*, sotto il profilo della univocità e completezza dei parametri valutativi, assume ai fini della legittimità della procedura di valutazione e della “elasticità” consentita alla Commissione di gara nell’apprezzamento delle offerte tecniche.

Ha ricordato la Sezione che le valutazioni qualitative della Commissione di gara, a salvaguardia della par condicio dei concorrenti, debbano svolgersi nell’ambito del perimetro delineato dalla *lex specialis*, quanto in particolare alle caratteristiche dei prodotti offerti, non potendo una valutazione positiva degli aspetti tecnici dell’offerta, operata dalla Commissione, sovrapporsi alla definizione contenuta nella disciplina di gara. L’esplicazione del principio di concorrenza non è incondizionata ma temperata da quello, altrettanto cogente, di tutela della par condicio, ed il punto di incontro tra le relative esigenze è dato dalla disciplina di gara, che fissa – in termini, a seconda dei casi, più o meno rigidi – i limiti entro i quali deve svolgersi il confronto concorrenziale. Occorre tuttavia considerare che, a dare elasticità al parametro valutativo, così tutelando la massima partecipazione al confronto concorrenziale, interviene il principio di c.d. equivalenza funzionale.

Secondo l’art. 68, d.lgs. n. 50 del 2016, che attua nell’ordinamento nazionale l’art. 42 della direttiva 2014/24/UE, le “specifiche tecniche” (qui da intendersi in senso lato, alla stregua di parametri di definizione dell’offerta tecnica) sono indicate nella *lex specialis* secondo diverse modalità (comma 3): “in termini di prestazioni o di requisiti funzionali ... a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l’oggetto dell’appalto e agli enti aggiudicatori di aggiudicare l’appalto” (lettera a); ovvero “mediante riferimento a specifiche tecniche e, in ordine di

preferenza, alle norme nazionali che recepiscono norme europee, alle valutazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o, se non esiste nulla in tal senso, alle norme nazionali, alle omologazioni tecniche nazionali o alle specifiche tecniche nazionali in materia di progettazione, di calcolo e di realizzazione delle opere e di uso delle forniture; ciascun riferimento contiene la menzione “o equivalente” (lett. b); oppure, sostanzialmente, abbinando specifiche tecniche dell’uno e dell’altro dei tipi predetti (lett. c) e d).

Il comma 5 prevede che un’offerta non può essere respinta perché non conforme alle prescrizioni di cui al comma 3, lett. b), previste dalla *lex specialis*, qualora l’offerente provi che “le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche”.

Il successivo comma 6 aggiunge che un’offerta non può essere respinta qualora risulti conforme ad una “norma nazionale che recepisce una norma europea, a una omologazione tecnica europea, ad una specifica tecnica comune, ad una norma internazionale o a un riferimento tecnico elaborato da un organismo europeo di normalizzazione” (in sostanza, alle specifiche tecniche di cui al comma 3, lett. b)), se tali specifiche “contemplano le prestazioni o i requisiti funzionali ... prescritti” dalla *lex specialis*.

Inoltre, in ogni caso, secondo il comma 4, “Salvo che siano giustificate dall’oggetto dell’appalto, le specifiche tecniche non menzionano una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né fanno riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un’origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell’oggetto dell’appalto non sia possibile applicando il paragrafo 3. Una siffatta menzione o un siffatto riferimento sono accompagnati dall’espressione “o equivalente””.

Quanto appena ricordato evidenzia l’importanza che la formulazione della *lex specialis*, sotto il profilo della univocità e completezza dei parametri valutativi, assume ai fini della legittimità della procedura di valutazione e della “elasticità” consentita alla Commissione di gara nell’apprezzamento delle offerte tecniche.

La Sezione ha poi ricordato che il principio di equivalenza trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica e “l’effetto di “escludere” un’offerta, che la norma consente di neutralizzare facendo valere l’equivalenza funzionale del prodotto offerto a quello richiesto, è testualmente riferibile sia all’offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti ... e la ratio della valutazione di equivalenza è la medesima quali che siano gli effetti che conseguono alla difformità” (Cons. St., sez. III, n. 6721 del 2018).

Ha aggiunto che l’art. 68, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 non onera i concorrenti di un’apposita formale dichiarazione circa l’equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato; la commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove

dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis*.

Con riferimento alla gara per l'acquisto di vaccini la Sezione terza (3 ottobre 2019, n. 6655) ha affermato che la gara sulla base del criterio del minor prezzo tra due vaccini aventi differente copertura è legittima nel caso in cui la condizione epidemiologica locale evidenzi una sostanziale assenza e/o ridotta circolazione dei sierotipi presenti nell'uno e non nell'altro vaccino, ovvero nell'ipotesi in cui, per effetto di tale scelta, si determini un rilevante risparmio di risorse da investire in altri interventi di sanità pubblica.

La Sezione ha anche ricordato che il principio di precauzione non impone necessariamente l'opzione del c.d. "rischio zero", quantomeno non nei casi in cui l'azione cautelativa può svolgersi secondo interventi progressivi ed incrementali (implicanti anche un cambiamento della strategia vaccinale), conseguenti alla evoluzione peggiorativa del quadro di osservazione.

Posta la differenza concettuale che intercorre tra precauzione (limitazione di rischi ipotetici o basati su indizi) e prevenzione (limitazione di rischi oggettivi e provati) - il principio di precauzione, dettato in primis dall'art. 191 del TFUE e a seguire recepito da ulteriori fonti comunitarie e dai singoli ordinamenti nazionali, fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di scongiurare i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi e prima che subentrino più avanzate e risolutive tecniche di contrasto.

L'attuazione del principio di precauzione comporta dunque che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche.

La Comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000 fornisce indicazioni di indirizzo in merito alle condizioni di applicazione del principio di precauzione, individuandole nelle due seguenti: a) la sussistenza di indicazioni ricavate da una valutazione scientifica oggettiva che consentano di dedurre ragionevolmente l'esistenza di un rischio per l'ambiente o la salute umana; b) una situazione di incertezza scientifica oggettiva che riguardi l'entità o la gestione del rischio, tale per cui non possano determinarsene con esattezza la portata e gli effetti.

Nella prospettiva della Commissione Europea, l'azione precauzionale è pertanto giustificata solo quando vi sia stata l'identificazione degli effetti potenzialmente negativi (rischio) sulla base di dati scientifici, seri, oggettivi e disponibili, nonché di un "ragionamento rigorosamente logico" e, tuttavia, permanga un'ampia incertezza scientifica sulla "portata" del suddetto rischio.

Nel conseguente bilanciamento delle più opportune iniziative di contenimento del rischio, la scelta del c.d. "rischio zero" entra in potenziale tensione con il principio di proporzionalità, il quale impone misure "congrue rispetto al livello prescelto di protezione" ed una conseguente analisi dei vantaggi e degli oneri dalle stesse derivanti: dunque, non è sempre vero che un divieto totale od un intervento di contrasto radicale costituiscano "una risposta proporzionale al rischio potenziale", potendosi configurare

situazioni e contesti specifici che rendono una tale strategia inopportuna, inutilmente dispendiosa, se non sostanzialmente improduttiva. In siffatte ipotesi, per coniugare in modo bilanciato esigenze di precauzione e di proporzionalità, la Commissione suggerisce di modulare l'azione cautelativa in relazione alla evoluzione dei suoi risultati, sottoponendo le misure adottate ad un'opera di controllo e di "revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici".

Condividendo questa linea di pensiero si è ritenuto che il principio di precauzione, i cui tratti giuridici si individuano lungo il segnalato percorso esegetico fondato sul binomio analisi dei rischi — carattere necessario delle misure adottate, presuppone l'esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura.

### **17.7. Affidamenti *in house*.**

Con ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138 la sez. V ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e i principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale (come quella dell'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016) il quale colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: a) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché b) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento. Con la stessa ordinanza la Sezione ha rimesso altresì alla Corte di Giustizia Ue la questione se il diritto dell'Unione europea (e in particolare l'art. 12, paragrafo 3 della Direttiva 2014/24/UE in tema di affidamenti *in house* in regime di controllo analogo congiunto fra più amministrazioni) osti a una disciplina nazionale (come quella dell'art. 4, comma 1, del Testo Unico delle società partecipate, approvato con d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175) che impedisce a un'amministrazione pubblica di acquisire in un organismo pluripartecipato da altre amministrazioni una quota di partecipazione (comunque inidonea a garantire controllo o potere di veto) laddove tale amministrazione intende comunque acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell'Organismo pluripartecipato.

La Sezione ha dubitato che le disposizioni del diritto interno, nel subordinare gli affidamenti *in house* a condizioni aggravate e a motivazioni rafforzate rispetto alle altre modalità di affidamento, siano autenticamente compatibili con le pertinenti disposizioni e principi del diritto primario e derivato dell'Unione europea. In particolare, l'art. 192, comma 2, del Codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) impone che l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione, che non è richiesta per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi (con particolare riguardo alla messa a gara con appalti pubblici e alle forme di cooperazione



orizzontale fra amministrazioni): a) la prima condizione consiste nell'obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato. Tale condizione muove dal ritenuto carattere secondario e residuale dell'affidamento *in house*, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato 'fallimento del mercato' rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine a "gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche" (risultando altrimenti tendenzialmente precluso), cui la società *in house* invece supplirebbe; b) la seconda condizione consiste nell'obbligo di indicare, a quegli tassi propositi, gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house* (dimostrazione che non sarà invece necessario fornire in caso di altre forme di affidamento, con particolare riguardo all'affidamento tramite gare di appalto). Anche qui la previsione dell'ordinamento italiano di forme di motivazione aggravata per supportare gli affidamenti *in house* muove da un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica e li relega ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese.

Il restrittivo orientamento evidenziato dalla normativa italiana del 2016 si colloca in continuità con orientamenti analoghi manifestati dall'ordinamento almeno dal 2008 (sin dall'art. 23 *bis*, d.l. n. 112 del 2008).

Giova ricordare che con sentenza 17 novembre 2010, n. 325 la Corte costituzionale ha riconosciuto alla legge di poter prevedere "limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie" (per restringere ulteriormente le eccezioni alla regola della gara ad evidenza pubblica, per le quali il diritto dell'UE avrebbe solo previsto un minimo inderogabile).

La stessa giurisprudenza costituzionale ha ribadito con ulteriori pronunce che l'affidamento in regime di delegazione interorganica costituisce "un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica" (Corte cost. 20 marzo 2013, n. 46).

Si tratta a questo punto di stabilire se questo restrittivo orientamento ultradecennale dell'ordinamento italiano in tema di affidamenti *in house* risulti conforme con i principi e disposizioni del diritto dell'Unione europea (con particolare riguardo al principio della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche sancita dall'art. 2 della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione).

Ha osservato al riguardo la Sezione che, in tema di acquisizione dei servizi di interesse degli organismi pubblici, si fronteggiano due principi generali la cui contestuale applicazione può comportare antinomie: a) da un lato, il principio della libertà e autodeterminazione, per i soggetti pubblici, di organizzare come meglio stimano le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse, senza che vincoli di particolare modalità gestionale derivanti dall'ordinamento dell'UE o da quello nazionale (ad es.: regime di affidamento con gara) rispetto a un'altra (ad es.: regime di internalizzazione ed autoproduzione); b) (dall'altro) il principio della piena apertura concorrenziale dei mercati degli appalti pubblici e delle concessioni.

Si osserva che il principio *sub b*) sembra presentare una valenza sussidiaria rispetto al principio *sub a*) (ossia, rispetto al principio della libertà nella scelta del modello gestionale).

Infatti, la prima scelta che viene demandata alle amministrazioni è di optare fra il regime di autoproduzione e quello di esternalizzazione (modelli che appaiono collocati dall'ordinamento dell'UE su un piano di equiordinazione) e, solo se si sia optato per il secondo di tali modelli, incomberà sull'amministrazione l'obbligo di operare nel pieno rispetto dell'ulteriore principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato.

Se questi sono gli esatti termini entro della questione, e se si considera che l'*in house providing* è per sua natura una delle forme caratteristiche di internalizzazione e autoproduzione, risulta che lo stesso *in house providing* rappresenta non un'eccezione residuale, ma una normale opzione di base, al pari dell'affidamento a terzi tramite mercato, cioè tramite gara: paradigma, quest'ultimo, che non gode di alcuna pregiudiziale preferenza. Insomma, da parte dell'ordinamento dell'Unione europea gli affidamenti *in house* ( sostanziale forma di autoproduzione) non sembrano posti in una posizione subordinata rispetto agli affidamenti con gara; al contrario, sembrano rappresentare una sorte di *prius* logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse. In altri termini, sembra che per l'ordinamento UE da parte di una pubblica amministrazione si possa procedere all'esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o forniture solo una volta che le vie interne, dell'autoproduzione ovvero dell'internalizzazione, non si dimostrano percorribili o utilmente percorribili. Il che sembra corrispondere ad elementari esigenze di economia, per cui ci si rivolge all'esterno solo quando non si è ben in grado di provvedere da soli: nessuno, ragionevolmente, si rivolge ad altri quando è in grado di provvedere, e meglio, da solo.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Ue ha chiarito a propria volta che l'ordinamento comunitario non pone limiti alla libertà, per le amministrazioni, di optare per un modello gestionale di autoproduzione, piuttosto che su un modello di esternalizzazione.

In particolare, con la sentenza della Grande Sezione del 9 giugno 2009, in causa C-480/06, Commissione CE c. Governo della Germania federale, la Corte di Giustizia ha chiarito che “un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e [può] farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche” (nell'occasione, la Corte di Giustizia ha richiamato i principi già espressi con la sentenza della Terza Sezione del 13 novembre 2008 in causa C-324/07, Coditel Brabant).

Si pone a questo punto la questione della conformità fra da un lato i richiamati principi e disposizioni del diritto dell'Unione europea (i quali sembrano comportare una piena equiordinazione fra le diverse modalità di assegnazione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche, se non addirittura la prevalenza logica del sistema di autoproduzione rispetto ai modelli di esternalizzazione) e, dall'altro, le previsioni del diritto nazionale italiano (in particolare, il comma 2 dell'art. 192 del Codice degli appalti pubblici del 2016) i quali pongono invece gli affidamenti *in house* in una posizione subordinata e

subvalente e – come detto - li ammettono soltanto in caso di dimostrato ‘fallimento del mercato’ di riferimento e a condizione che l’amministrazione dimostri in modo puntuale gli specifici benefici per la collettività connessi a tale forma di gestione. Come dire, premettendo la ragionevolezza del loro comportamento economico, si presume senz’altro che le amministrazioni pubbliche non siano in grado di provvedere autonomamente solo perché non agiscono nel mercato; e per superare questa presunzione occorre dimostrare che il mercato, che ha comunque la priorità perché è mercato e non perché qui assicura condizioni migliori dell’autoproduzione, non è in concreto capace di corrispondere appieno all’esigenza di approvvigionamento.

Le restrittive condizioni poste dal diritto italiano potrebbero giustificarsi in relazione ai principi e alle disposizioni del diritto dell’UE solo a condizione che lo stesso diritto dell’Unione riconosca a propria volta priorità sistematica al principio di *mesa* in concorrenza rispetto a quello della libera organizzazione. Ma così non è.

Occorre inoltre chiarire se (ferma restando la sostanziale equivalenza, per il diritto dell’Unione europea, fra le diverse forme di approvvigionamento di interesse delle amministrazioni) i singoli ordinamenti nazionali possano legittimamente porre una di tali forme di affidamento e gestione su un piano che si presume subordinato, assegnando comunque la priorità e la prevalenza al principio di apertura concorrenziale rispetto a quello della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche.

Ha affermato ancora la Sezione che il particolarissimo schema della partecipazione societaria che si configura come organismo ‘*in house*’ per alcune amministrazioni pubbliche e come organismo ‘*non-in house*’ per altre amministrazioni pubbliche non sembra in contrasto con il diritto comunitario.

Tale schema, tuttavia, sembra sollevare seri dubbi di contrasto con le previsioni del diritto interno, di cui occorre quindi verificare la compatibilità con il diritto dell’Unione europea.

In particolare, l’art. 4, comma 1, del Testo unico sulle società partecipate n. 175 del 2016 stabilisce che “le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non direttamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”.

La disposizione appare in linea l’indirizzo dell’ordinamento italiano inteso a ridurre dal punto di vista quantitativo e ad ottimizzare dal punto di vista qualitativo le partecipazioni delle amministrazioni pubbliche in società di capitali.

La possibilità che un’amministrazione ‘non affidante’ decida in un secondo momento di acquisire il controllo analogo (congiunto) e di procedere all’affidamento diretto del servizio in favore della società che si configura come organismo ‘*in house*’ per alcune amministrazioni pubbliche e come organismo ‘*non-in house*’ per altre amministrazioni pubbliche appare esclusa dal diritto nazionale in quanto - se (per un verso) la gestione dei servizi di igiene urbana rientra di certo fra le finalità istituzionali degli enti locali ‘non affidanti’ - per altro verso, la semplice possibilità che l’acquisto del controllo analogo congiunto e l’affidamento diretto possano intervenire in futuro sembra non corrispondere al criterio della “stretta necessità” – evidentemente da considerare come attuale

e non come meramente ipotetica e futura - che appare imposto dal richiamato art. 4, comma 1.

Occorre a questo punto interrogarsi circa la conformità fra il diritto dell'UE (in particolare, fra l'art. 5 della Direttiva 2014/24/UE), che ammette il controllo analogo congiunto nel caso di società non partecipata unicamente dalle amministrazioni controllanti e il diritto interno (in particolare, l'art. 4, comma 1, cit., interpretato nei detti sensi) che appare non consentire alle amministrazioni di detenere quote minoritarie di partecipazione in un organismo a controllo congiunto, neppure laddove tali amministrazioni intendano acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell'organismo pluripartecipato.

La stessa sez. V, con successive ordinanze 14 gennaio 2019, nn. 293 e 296 ha nuovamente rimesso alla Corte di Giustizia Ue analoghe questioni.

Con sentenza n. 7752 del 12 novembre 2019 la sez. V ha dichiarato illegittimo l'affidamento diretto ad opera di un comune del servizio relativo alla gestione dei rifiuti solidi urbani e dei servizi complementari in *house providing* ad una società da esso partecipata, insieme ad altri comuni della Provincia, per mancanza dei requisiti necessari per l'affidamento del servizio secondo il modello dell'*in house*: il controllo analogo e la prevalenza dell'attività nei confronti dei medesimi enti pubblici partecipanti. Riguardo all'insussistenza, nel caso di specie, del requisito del c.d. controllo analogo, infatti, la partecipazione da parte di una società *in house* ad altra società holding a capo di un gruppo societario formato da numerose società operative prevalentemente attive sul mercato libero in tutto il territorio nazionale, implica che alla stessa società *in house* si estenda, a ritroso, la vocazione commerciale della partecipata, in tal modo "contagiando" la natura della società *in house*, che da entità strumentale dei soci diviene pure operatore di mercato (e come tale dotata di un'autonomia e vocazione imprenditoriale incompatibile con l'essere qualificabile come braccio operativo delle amministrazioni socie). Riguardo poi al requisito dello svolgimento della parte più importante dell'attività in favore degli enti soci ed affidanti, ovvero della soglia massima di fatturato (20%) conseguibile da soggetti terzi non soci al di fuori dei compiti affidati dagli enti soci, l'anzidetta partecipazione nel gruppo societario attivo in prevalenza sul mercato, comporta che si debba tener conto, pro quota, del fatturato del gruppo societario partecipato. Posto dunque, nel caso di specie, che il fatturato della controllata è superiore a quello della controllante, e che in particolare metà del primo deriva da attività di carattere commerciale, deve dunque escludersi che la società controinteressata rispetti il limite imposto dalla legge del 20% per attività non a favore dei soci pubblici partecipanti.

### **17.8. Commissione di gara.**

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con sentenza 18 settembre 2019, n. 823, ha affermato che il rinnovo della valutazione delle offerte di gara su ordine del giudice può essere compiuta da una Commissione in diversa composizione, non trovando applicazione il comma 11 dell'art. 77, d.lgs. n. 50 del 2016 che si

riferisce ai casi in cui la Commissione deve essere riconvocata a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Ha chiarito il Consiglio di Giustizia che la sussistenza di una precisa istanza della parte volta ad ottenere che il giudizio fosse devoluto ad una diversa commissione di valutazione appare sostanzialmente irrilevante. E ciò perché nel processo amministrativo, il "principio dispositivo" vale senz'altro per quanto attiene alla domanda giudiziale (nel senso che al Giudice è inibito giudicare *ultra petita*), nonché, parzialmente, anche per il meccanismo probatorio (che, com'è noto, è solamente in parte nella disponibilità delle parti, ben potendo essere disposte d'ufficio sia l'acquisizione di documenti, informazioni e/o chiarimenti, sia la consulenza tecnica e la verifica), mentre non opera in relazione alle 'specifiche modalità' di assunzione e/o di acquisizione delle prove (o dei documentati chiarimenti volti ad assumere la consistenza di prove), nè in relazione alle 'modalità di attuazione' delle 'operazioni' strumentali alla formazione della prova.

Tali "modalità operative" sono - di regola e per lo più - disciplinate dalla legge (come nel caso della "c.t.u.", per la quale la legge stabilisce le regole volte ad assicurare il contraddittorio e l'imparzialità; o nel caso della "prova testimoniale", per la quale la legge stabilisce le regole di assunzione, etc.). Ma è evidente che la concreta organizzazione di tutte le attività processuali ed operazioni che non sono espressamente (e meticolosamente) disciplinate dalla legge processuale, non può che essere devoluta e riservata alla competenza del Giudice, concretandosi in un'attività intimamente connessa alla sua funzione, e nella quale si manifesta la sua abilità ed il suo intuito nel perseguimento della ricerca della verità (e della giustizia).

Ha aggiunto il Consiglio di Giustizia per la Regione Siciliana di non ignorare che l'art. 77, comma 11, del nuovo Codice dei contratti pubblici che sancisce il principio secondo cui "In caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, fatto salvo il caso in cui l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione".

Ma non può non rilevarsi che la norma richiamata mal si attaglia al caso in cui l'aggiudicazione non è stata "annullata", essendo ancora in itinere il procedimento di valutazione volto a verificare quale debba essere la ditta alla quale aggiudicare l'appalto; né è stata annullata l'esclusione di un concorrente. Tale norma in esame si applica, dunque, allorché venga in rilievo un vizio che abbia inficiato l'aggiudicazione, e non anche nel caso in cui la necessità di modificare la composizione della commissione di gara è sorta nell'ambito del processo amministrativo, in conseguenza di una decisione giudiziaria rimasta ineseguita, ed al fine di consentirne la corretta attuazione.

### **17.9. Esclusione dalla gara.**

- Esclusione dalla gara per omessa dichiarazione di debito con il fisco.

Con sentenza 16 agosto 2019, n. 758 il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha escluso che sia motivo di esclusione dalla gara la mancata dichiarazione di un debito con il fisco ancora non oggetto di (o contenuto in) un atto dell'am-

ministrazione finanziaria in pendenza del termine per presentare la domanda di partecipazione alla procedura, che nel suo complesso il contribuente ha poi chiesto di rateizzare e la cui istanza è stata accolta.

Ha affermato la Sezione che la disciplina nazionale in tema di esclusione dalla gare per irregolarità fiscale, anche in ragione del recepimento incompleto della direttiva è molto garantista nei confronti del privato e non del tutto coordinata con il diritto tributario. Rilevano infatti, in senso escludente, solamente i debiti fiscali definitivamente accertati, per tali intendendosi quelli non contestati in giudizio nei termini di legge ovvero se contestati confermati dal giudice tributario sulla base di una sentenza non più soggetta ad impugnazione; con la conseguenza che la proposizione di un ricorso dinanzi alla competente commissione tributaria (o di un appello o di un ricorso per cassazione), quand'anche manifestamente infondato, è comunque sufficiente a determinare (a perpetuare) la non definitività del debito e, in ultima analisi, a permettere nelle more la partecipazione alle gare, oltre tutto, a scapito degli altri concorrenti che siano invece (del tutto) in regola con il fisco (e magari, proprio per tale ragione, impossibilitati ad offrire ribassi oltre una certa misura).

Si intende, quindi, secondo la legislazione in materia di contratti pubblici, che qualunque debito, per quanto rilevante in termini economici, purché (e finché) ancora oggetto di un giudizio tributario (proponibile o) pendente, non potrà essere motivo di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 4, del codice dei contratti del 2016.

La Sezione ha aggiunto che la previsione della direttiva 24/2014, che permette alle stazioni appaltanti di valutare anche l'esistenza di debiti non ancora definitivi, sulla base di un prudente apprezzamento e attraverso una causa di esclusione di tipo facoltativo, non è stata recepita nel nostro sistema, neppure in occasione dell'ultimo intervento dedicato alla modifica di talune parti del Codice dei contratti del 2016 (con il d.l. n. 32 del 2019 e la legge di conversione n. 55 del 2019).

Ha quindi affermato la Sezione che l'art. 80, comma 4, del Codice dei contratti pubblici non si coordina alla perfezione con la disciplina fiscale propriamente intesa.

L'art. 80, nel fare riferimento a "sentenze e atti non più soggetti ad impugnazione" sembra scritto, infatti, pensando essenzialmente alle pretese fiscali (che sono) oggetto di avvisi di accertamento, la cui inoppugnabilità o la cui conferma in giudizio rende "definitivamente accertate" le violazioni (ossia gli omessi pagamenti, nella soglia minima ritenuta rilevante) del contribuente. Molto meno chiaro è invece se, a fronte di un avviso di accertamento divenuto già definitivo ovvero inoppugnabile, possa bastare l'impugnazione della cartella di pagamento, quale atto di riscossione esecutivo di detto avviso, per permettere al contribuente di invocare – magari a distanza di anni dal verificarsi del presupposto - la non definitività della sua irregolarità.

- Esclusione dalla gara conseguente ad accertamento della non spettanza di una agevolazione.

La sez. III, con sentenza 2 aprile 2019, n. 2183 ha affermato che gli atti comunque denominati con cui si accerti, da parte dell'amministrazione tributaria, la non spettanza di una agevolazione rientrano nella categoria giuridica degli "avvisi di accertamento", dovendo, però, al contempo rilevarsi che tali particolari atti, ove esauriscano il proprio

contenuto ricostruttivo nella sola negazione del credito dichiarato dal contribuente, tradiscono una dimensione giuridica non autosufficiente ai fini dell'esclusione da una gara pubblica, per potere esprimere appieno una compiuta pretesa impositiva, di ulteriori passaggi valutativi che, nel modello legale di riferimento, vengono affidati ad ulteriori e successivi provvedimenti secondo lo schema della fattispecie a formazione progressiva. Ha chiarito la Sezione che l'effetto di accertamento che si riconnette alla revoca del credito di imposta non può dirsi completo in quanto non è ancora espressione di una pretesa tributaria compiutamente e definitivamente stabilita, occorrendo in vista del relativo recupero accertare l'entità del dovuto in ragione anche delle modalità e dei tempi di concreto utilizzo del credito.

Tanto è evincibile già dalla piana lettura dell'art. 8, d.m. n. 311 del 3 agosto 1998 che, a valle della revoca parziale o totale del credito d'imposta operata dal Centro di servizio delle imposte dirette e indirette di Pescara (comma 1), fa seguire un distinto e successivo snodo procedimentale avente ad oggetto il recupero delle somme versate in meno o del maggior credito riportato, nonché l'applicazione delle sanzioni connesse alle singole violazioni, affidandone il relativo incombente all'ufficio delle entrate competente in ragione del domicilio fiscale dell'impresa.

E' pur vero che, in siffatte evenienze, la pretesa tributaria confluita nell'atto di recupero non integra una pretesa completamente nuova rispetto a quella originaria e, pertanto, l'atto di recupero può essere impugnato solo per vizi propri, però è di tutta evidenza che solo a tale ulteriore manifestazione provvedimentoale si correla – per effetto della definizione degli elementi costitutivi di siffatta pretesa – la liquidazione dell'importo dovuto e la indicazione dell'ammontare dei relativi accessori (interessi e sanzioni), con conseguente emersione solo in questa fase di un'obbligazione tributaria contenutisticamente determinata.

Ed, invero, sebbene gli avvisi di recupero non costituiscano accertamenti di imponibili o maggiori imponibili, tuttavia essi contribuiscono a definire, attraverso il disconoscimento del credito di imposta, l'entità della somma concretamente dovuta dal contribuente, cosicché anche tali avvisi implicano accertamenti della debenza del tributo.

Ed è nella suddetta ottica che il legislatore, all'art. 1, comma 421, l. n. 311 del 30 dicembre 2004 ha previsto che "...per la riscossione dei crediti indebitamente utilizzati in tutto o in parte, anche in compensazione ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, e successive modificazioni, nonché per il recupero delle relative sanzioni e interessi l'Agenzia delle entrate può emanare apposito atto di recupero motivato da notificare al contribuente con le modalità previste dall'art. 60 del citato decreto del Presidente della Repubblica n. 600 del 1973".

Ciò a conferma della valenza provvedimentoale dell'atto di recupero che si ascrive alla stessa logica e riflette la stessa natura degli avvisi di accertamento in quanto ad esso si riconnette, come già sopra anticipato, la condivisione dei tratti tipici caratterizzanti l'esercizio della funzione impositiva che implica l'accertamento del credito da recuperare e dei relativi accessori.

Tale atto è, dunque, un provvedimento equiparabile nella sua natura impositiva all'avviso di accertamento e non ha natura di mera esecuzione, costituendo anzi il titolo per procedere ad attività di riscossione che, a norma del comma 422 dell'art. 1, l. n. 311 del

2004, resta possibile solo “in caso di mancato pagamento, in tutto o in parte, delle somme dovute entro il termine assegnato dall'ufficio, comunque non inferiore a sessanta giorni”.

Manca, in definitiva, una pretesa tributaria “compiutamente” e definitivamente stabilita (importo da recuperare, interessi e sanzioni) e, come tale, divenuta esigibile.

Quanto fin qui evidenziato impedisce, in apice, di configurare una violazione grave e definitivamente accertata ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016: ed, invero, per concretare la detta fattispecie occorre, anzitutto, che sia partecipata al contribuente una pretesa creditoria di natura tributaria recante un credito certo e definito nel suo ammontare ed il conseguente inadempimento del contribuente. Secondo l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato “costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili”.

Si è ancora di recente precisato che, in sede di gara pubblica, ai fini del possesso dei requisiti previsti dall' art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, la definitività dell'accertamento tributario decorre non dalla notifica della cartella esattoriale - in sé, semplice atto con cui l'agente della riscossione chiede il pagamento di una somma di denaro per conto di un ente creditore, dopo aver informato il debitore che il detto ente ha provveduto all'iscrizione a ruolo di quanto indicato in un precedente avviso di accertamento - bensì dalla comunicazione di quest'ultimo; la cartella di pagamento (che infatti non è atto del titolare della pretesa tributaria, ma del soggetto incaricato della riscossione) costituisce solo uno strumento in cui viene enunciata una pregressa richiesta di natura sostanziale, cioè non possiede alcuna autonomia che consenta di impugnarla prescindendo dagli atti in cui l'obbligazione è stata enunciata, laddove è l'avviso di accertamento l'atto mediante il quale l'ente impositore notifica formalmente la pretesa tributaria al contribuente, a seguito di un'attività di controllo sostanziale. Tanto, però, è a dirsi quando l'accertamento rifletta con completezza i contenuti dell'obbligazione tributaria, indicando il debito di imposta (*recte*, il credito da recuperare) ed i relativi accessori, evenienza qui non in rilievo, non essendo nemmeno noto – prima dell'emissione dell'atto di recupero - l'ammontare delle somme concretamente dovute, evenienza questa da cui non è possibile invece prescindere come fatto palese anche dalla piana lettura dell'ultimo periodo di cui all'art. 80, comma 4, a mente del quale “Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande”.

E', in definitiva, di tutta evidenza, alla stregua di una lettura sistemica delle disposizioni compendiate nel comma 4 dell'art. 80, che, per potere operare la clausola espulsiva connessa ad infrazioni di natura tributaria, è necessario, da un lato, che il relativo credito sia già definito quanto a sorta principale ed “eventuali interessi o multe” e che, ciò nondimeno, la parte sia, comunque, rimasta colpevolmente inadempiente.

#### **17.10. Offerta di gara.**

- Indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza.



L'Adunanza plenaria, con tre ordinanze gemelle 24 gennaio nn. 1, 2 e 3, ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente i principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi) ostino a una disciplina nazionale (quale quella di cui agli artt. 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5 del 'Codice dei contratti pubblici' italiano) in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio', pur nell'ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione. Ha ricordato l'Alto Consesso che sul punto si sono registrati contrasti giurisprudenziali, sia in primo che in secondo grado.

In appello un primo orientamento interpretativo, sul presupposto per cui il principio enunciato in quella sede fosse limitato alle gare bandite nel vigore del precedente d.lgs. n. 163 del 2006, ha ritenuto che, con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, la mancata indicazione separata dei costi per la sicurezza aziendale non avrebbe più potuto essere sanata attraverso il soccorso istruttorio, perché la norma avrebbe determinato, al contrario, un automatismo espulsivo incondizionato a prescindere dalla assenza di uno specifico obbligo dichiarativo nella *lex specialis*.

Per la Sezione quinta (7 febbraio 2017, n. 815, e nello stesso senso *idem* 28 febbraio 2018, n. 1228, 12 marzo 2018, n. 1228, 25 settembre 2018, n. 653), l'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti avrebbe dunque chiarito l'obbligo per i concorrenti di indicare nell'offerta economica i c.d. costi di sicurezza aziendali ed avrebbe superato le incertezze interpretative, in ordine all'esistenza e all'ampiezza dell'obbligo dichiarativo, definite dall'Adunanza plenaria con le sentenze nn. 3 e 9 del 2015, ritenendo che, con tale *escamotage*, si finirebbe per consentire "... in pratica ad un concorrente (cui è riferita l'omissione) di modificare *ex post* il contenuto della propria offerta economica".

In particolare nella ricordata sentenza n. 815 del 7 febbraio 2017 la Sezione quinta aveva rilevato che in quei casi l'obbligo di separata indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale era stato imposto, a pena di esclusione, ai partecipanti alla procedura di gara dalla *lex specialis* della procedura, mediante un'espressa previsione contenuta nel disciplinare o nella lettera di invito; l'obbligo emergerebbe comunque con adeguata chiarezza dalla *littera legis* in quel caso disattesa dalla società appellata; l'appellante avrebbe, poi, ancorato la determinazione del quantum di tali oneri ad un parametro incerto e fluttuante quale l'"un per cento del margine dell'offerta", per cui il livello delle spese destinate alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro avrebbero potuto essere compromesse in caso in cui "... ricadute economiche della commessa presentino un andamento negativo"; l'obbligo di indicazione sarebbe chiaramente sancito dalla legge e la sua violazione determinerebbe conseguenze escludenti a prescindere dal dato che l'esclusione non sia stata testualmente enunciata dagli artt. 83 e 95 del Codice in quanto precetto posto a "salvaguardia dei diritti dei lavoratori cui presiedono le previsioni di

legge, che impongono di approntare misure e risorse congrue per preservare la loro sicurezza e la loro salute”.

Il secondo orientamento interpretativo ha affermato invece che, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici e nonostante l'espressa previsione di un puntuale obbligo dichiarativo ex art. 95, comma 10, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale non determinerebbe di per sé l'automatismo espulsivo, almeno nei casi in cui tale obbligo dichiarativo non sia espressamente richiamato nella *lex specialis*, a meno che si contesti al ricorrente di aver presentato un'offerta economica indeterminata o incongrua, perché formulata senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli oneri di sicurezza (come affermato dalla sezione III del Cons. Stato nella sentenza 27 aprile 2018, n. 2554).

In quella vicenda, la Sezione terza, pur nella consapevolezza dell'esistenza di orientamenti non univoci, ha riformato la sentenza in accoglimento dell'appello proposto, evidenziando che l'obbligo codificato nell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 non comporta l'automatica esclusione dell'impresa concorrente che, pur senza evidenziare separatamente nell'offerta gli oneri per la sicurezza aziendali, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo dell'offerta.

In tale direzione sarebbero rilevanti le considerazioni per cui l'isolato esame dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 non sarebbe in sé decisivo, nemmeno sulla base dei principi contenuti nella sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014 dell'Adunanza Plenaria, per affermare il suo carattere imperativo, a pena di esclusione, e l'effetto ipso iure espulsivo della mancata formale evidenziazione di tali costi nel contesto dell'offerta economica; l'art. 95, comma 10, deve essere letto insieme con l'art. 97, comma 5, lett. c), dello stesso Codice, il quale prevede al contrario – e in coerenza con l'art. 69, par. 2, lett. d), della Direttiva 2014/24/UE e con tutto l'impianto della nuova disciplina europea – che la stazione appaltante escluda il concorrente solo laddove, in sede di chiarimenti richiesti, detti oneri risultino incongrui; tale soluzione non comporterebbe poi alcuna violazione del disposto dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 cit., in quanto il consentire all'impresa di specificare la consistenza degli oneri per la sicurezza già inclusi (ma non distinti) nel prezzo complessivo dell'offerta non si tradurrebbe in alcuna manipolazione o alterazione in corso di gara dell'offerta stessa contrastante con le regole di trasparenza e parità di trattamento tra le concorrenti; in base al canone interpretativo di cui al brocardo *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*, l'aggiunta di un diverso ed ulteriore adempimento rispetto a quelli tipizzati finirebbe per far dire alla legge una cosa che legge non dice e che, si presume, non voleva dire; se il primo indirizzo privilegia il principio di *par condicio competitorum*, il secondo orientamento sembrerebbe inteso a salvaguardare i diversi principi di massima partecipazione alle gare e di tassatività e tipicità delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del nuovo Codice. In base a tale disposizione le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica, per cui, in caso di equivocità delle disposizioni, deve essere preferita l'interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione; l'esclusione non potrebbe farsi derivare automaticamente dall'applicazione della legge, non prevedendo l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016

alcuna sanzione espulsiva né richiedendo tale disposizione alcuna “specificata” indicazione degli oneri per la sicurezza interna. Secondo tale orientamento, infatti, ciò non sarebbe casuale in quanto il legislatore nazionale, nell’attuare la Direttiva 2014/24/UE, non si è realmente discostato dall’orientamento sostanzialistico del diritto dell’Unione, espressamente posto dall’art. 57 di tale Direttiva), e non ha mai inteso comprendere l’inadempimento di questo mero obbligo formale – la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza interna separatamente dalle altre voci dell’offerta – tra le cause di esclusione; la formalistica ipotesi escludente contrasterebbe sia con la lettera dell’art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, non comminante espressamente l’effetto espulsivo, sia con la ratio della norma, la cui finalità è quella di consentire la verifica della congruità dell’offerta economica anche sotto il profilo degli oneri aziendali “concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”, ritenuto dal codice di particolare importanza per la salute dei lavoratori, in sede di verifica dell’anomalia, in coerenza con le previsioni del legislatore europeo nell’art. 18, par. 2, e nell’art. 69, par. 2, lett. d), della Direttiva 2014/24/UE e nel Considerando n. 37 della stessa Direttiva, il quale rimette agli Stati membri l’adozione di misure non predeterminate al fine di garantire il rispetto degli obblighi in materia di lavori; la direttiva 2014/24/UE di cui le norme del nuovo Codice costituiscono attuazione avrebbe “replicato” senza sostanziali modifiche la previgente direttiva 2004/18/CE, in virtù della quale la mancanza di indicazioni, da parte degli offerenti, del rispetto di tali obblighi non determinerebbe automaticamente l’esclusione dalla procedura di aggiudicazione; la soluzione automaticamente escludente si porrebbe, quindi, in contrasto con i principi dell’Unione (Corte di Giustizia Ue, sez. VI, 10 novembre 2016, in C/162/16), ove l’impresa dimostri, almeno in sede di giustificazioni, che sostanzialmente la sua offerta comprenda gli oneri per la sicurezza e che tali oneri siano congrui.

L’Alto Consesso ha evidenziato come ai fini della decisione risulti necessario risolvere alcune questioni relative alla conformità delle disposizioni nazionali dinanzi richiamate con il diritto dell’Unione europea primario e derivato e che sia dunque necessario sollevare una questione per rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea.

Va in primo luogo precisato che questo Giudice ritiene che il pertinente quadro giuridico nazionale imponga di aderire alla tesi secondo cui, nelle circostanze pertinenti ai fini del decidere, la mancata puntuale indicazione in sede di offerta dei costi della manodopera comporti necessariamente l’esclusione dalla gara e che tale lacuna non sia colmabile attraverso il soccorso istruttorio.

Ritiene anche che, ai sensi del diritto nazionale, siccome l’obbligo di separata indicazione di tali costi è contenuto in disposizioni di legge dal carattere sufficientemente chiaro per gli operatori professionali, la mancata riproduzione di tale obbligo nel bando e nel capitolato della gara non potrebbe comunque giovare a tali operatori in termini di scusabilità dell’errore.

Questo Consiglio di Stato si domanda tuttavia se il quadro normativo nazionale in tal modo ricostruito risulti in contrasto con le pertinenti disposizioni e principi del diritto dell’Unione europea, con particolare riguardo ai principi di legittimo affidamento, di

certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

Qui di seguito si indicheranno le ragioni per cui si ritiene che la pertinente normativa nazionale debba necessariamente essere interpretata nel senso di comportare l'esclusione del concorrente che non abbia ottemperato all'obbligo legale di indicare separatamente i costi della manodopera e della sicurezza dei lavoratori, senza che possa essere invocato il beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio'.

Ci si domanderà in seguito se tale interpretazione sia conforme al diritto dell'Unione europea.

Il primo argomento che conferma la conclusione dinanzi richiamata sub 3.4 deriva dalla pertinente giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Si osserva al riguardo che l'illegittimità dei provvedimenti di esclusione di un concorrente per violazione di obblighi da lui non adeguatamente conoscibili è stata ritenuta dalla Corte di giustizia in relazione a ipotesi in cui tali obblighi non emergessero con chiarezza "dai documenti di gara o dalla normativa nazionale" (in tal senso, la sentenza 2 giugno 2016, in causa C-27/15 – Pippo Pizzo – e la sentenza 10 novembre 2016, in causa C-140/16 – Edra Costruzioni).

Ma il punto è che attualmente esiste una disposizione del diritto nazionale che fissa in modo del tutto chiaro tale obbligo (si tratta del più volte richiamato art. 95, comma 10, del 'Codice dei contratti pubblici' del 2006).

Del resto, nessun argomento sembra sostenere la tesi secondo cui una clausola escludente potrebbe operare solo se espressamente richiamata dal bando o dal capitolato e non anche direttamente in base a una legge adeguatamente chiara, come l'art. 95 comma 10, citato.

Se si aderisse a tale impostazione (non condivisa dall'Adunanza plenaria) si determinerebbe l'effetto, evidentemente contrario al generale principio di legalità, per cui sarebbe la stazione appaltante a scegliere quali disposizioni imperative di legge rendere in concreto operanti e quali no, semplicemente richiamandole ovvero non richiamandole nei bandi e nei capitolati.

Il secondo argomento che conferma la conclusione dinanzi richiamata è di carattere testuale.

L'art. 83, comma 9, del 'Codice dei contratti pubblici' italiano (nella formulazione che qui rileva) stabilisce che il soccorso istruttorio è espressamente escluso per le carenze dichiarative relative "all'offerta economica e all'offerta tecnica".

A sua volta l'art. 95, comma 10, stabilisce in modo espresso che i costi della manodopera e quelli per la sicurezza dei lavoratori costituiscono, appunto, elementi costitutivi dell'offerta economica.

Lo stesso art. 95, comma 10, stabilisce, poi, che i concorrenti hanno l'obbligo di "indicare" tali costi e non soltanto quello – più generico – di "tenerne conto" ai fini della formulazione dell'offerta.

Ne consegue che, in base ad espresse disposizioni del diritto nazionale, la mancata indicazione dei costi per la manodopera e la sicurezza dei lavoratori non sia sanabile attraverso il meccanismo del c.d. 'soccorso istruttorio' in quanto tale ancata indicazione è espressamente compresa fra i casi in cui il soccorso non è ammesso.

Il terzo argomento che conferma la conclusione dinanzi richiamata deriva dalla pertinente giurisprudenza nazionale.

In particolare, la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014, nell'interpretare il principio legale della tipicità e tassatività delle cause di esclusione dalle pubbliche gare (oggi fissato all'art. 83, comma 8, del 'Codice'), ha chiarito che nella materia delle pubbliche gare esiste una causa di esclusione per ogni norma imperativa che preveda in modo espresso un obbligo o un divieto (laddove l'obbligo non venga rispettato o il divieto venga trasgredito).

In questi casi – per come chiarito da tale sentenza – la norma imperativa di legge sortisce l'effetto di integrare dall'esterno le previsioni escludenti contenute nel bando e nel capitolato di gara (c.d. effetto di etero-integrazione).

Ebbene, l'art. 95, comma 10, del 'Codice' stabilisce – con previsione chiara e di carattere imperativo – che i richiamati oneri debbano essere espressamente indicati in sede di offerta.

Quindi, combinando il principio giurisprudenziale espresso dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 9 del 2014 e l'espresso obbligo legale di indicazione di cui all'art. 95, comma 10, ne consegue che la mancata ottemperanza a tale obbligo legale comporti necessariamente l'esclusione dalla gara.

Il quarto argomento che conferma la conclusione dinanzi richiamata sub 3.4 deriva anch'esso dalla pertinente giurisprudenza nazionale.

In particolare, la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2015 (che è stata resa in base al quadro normativo anteriore al nuovo Codice dei contratti pubblici) ha stabilito che “nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara”.

La successiva sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2015 (nel chiarire quanto già affermato dalla precedente sentenza n. 3 del 2015) ha affermato che “non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n.3 del 2015”.

Sul punto controverso l'Adunanza plenaria è poi tornata con la sentenza n. 19 del 2016 (che è stata invece resa sulla base del quadro normativo successivo all'entrata in vigore del Codice del 2016).

La sentenza in questione (dopo aver premesso di non intendere discostarsi da quanto affermato dalla precedente sentenza n. 9 del 2015, ma di operare un mero chiarimento di carattere temporale) ha stabilito che, in caso di mancata indicazione dei richiamati oneri, il soccorso istruttorio è ammesso, ma solo per le gare indette prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti.

La stessa sentenza, al punto 37, ha affermato che in tali casi il beneficio del soccorso istruttorio si giustifica (per le sole gare indette prima dell'entrata in vigore del Codice del 2016) in quanto “nell'ordinamento nazionale mancava una norma che, in maniera chiara e univoca, prescrivesse espressamente la doverosità della dichiarazione relativa agli oneri di sicurezza”.

Per tali ipotesi il beneficio del soccorso istruttorio si giustificava quindi al fine di assicurare il rispetto dei principi di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento, di trasparenza, proporzionalità e par condicio.

Tuttavia, una volta introdotta nell'ordinamento nazionale una disposizione (quale l'art. 95, comma 10, del nuovo Codice) la quale enuncia in modo espresso l'obbligo di indicare in modo separato i costi per la sicurezza e quelli per la sicurezza dei lavoratori, è venuta meno la ragione (unica) che aveva indotto l'Adunanza plenaria (con la sentenza n. 19 del 2016) ad ammettere il soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione di tali costi da parte del concorrente.

Non a caso, la stessa sentenza n. 19 del 2016 precisava che la questione dovesse considerarsi ormai superata per le vicende sorte dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice, "che ora risolve la questione prevedendo espressamente, all'art. 95, comma 10, l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza" (punto 37 della motivazione).

Il quinto argomento che conferma la conclusione sopra richiamata è di carattere sostanziale.

Va premesso al riguardo che l'obbligo di indicare i costi della manodopera e quelli per la sicurezza dei lavoratori risponde all'evidente esigenza di rafforzare gli strumenti di tutela dei lavoratori, di responsabilizzare gli operatori economici e di rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo da parte delle amministrazioni.

Ebbene, in particolare negli appalti ad alta intensità di manodopera (in cui gli oneri lavorativi sono la parte prevalente – o pressoché esclusiva – degli oneri di impresa), il concorrente che formuli un'offerta economica omettendo del tutto di specificare quali siano gli oneri connessi alle prestazioni lavorative non commette soltanto una violazione di carattere formale, ma presenta un'offerta economica di fatto indeterminata nella sua parte più rilevante, in tal modo mostrando un contegno certamente incompatibile con l'onere di diligenza particolarmente qualificata che ci si può ragionevolmente attendere da un operatore professionale.

Per le ragioni sin qui evidenziate l'Adunanza plenaria ha concluso nel senso che il quadro normativo nazionale deve necessariamente essere inteso nel senso di comportare l'esclusione del concorrente il quale non abbia ottemperato all'obbligo legale di separata indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza dei lavoratori, senza che tale concorrente possa invocare il beneficio del c.d. soccorso istruttorio.

- Offerta economicamente più vantaggiosa nel caso di servizi ad alta intensità di manodopera.

Con sentenza 5 febbraio 2019, n. 882 la sez. III ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione se il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016 tra il comma 3, lett. a (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali, quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4, lett. b (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali quello dei servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato), va incondizionatamente declinato nei termini di specie a genere, con la conseguenza per

cui, ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3, debba ritenersi, comunque, predicabile un obbligo cogente ed inderogabile di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ha chiarito la Sezione che il comma 2 dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016 riflette la preferenza accordata dal Legislatore per il criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo oppure sulla base dell'elemento prezzo o del costo seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita.

Tanto premesso la Sezione si è soffermata sulla latitudine applicativa del comma 4 dell'art. 95 nella parte in cui prevede che può essere utilizzato il criterio del minor prezzo, tra gli altri, per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato. Tanto in ragione del fatto che, a mente della previsione di cui al comma 3 sempre del divisato art. 95, devono essere sempre aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'art. 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a).

Da qui il punto di diritto controverso che mira a sciogliere, sul piano esegetico, il nodo dato dalla relazione di antinomia che si pone tra i due soprari chiamati precetti onde chiarire se il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali vi è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali vi è quello dei servizi standardizzati), sia di specie a genere o viceversa.

Ha chiarito la Sezione che i diversi approdi giurisprudenziali hanno fatto registrare un significativo contrasto nella definizione della corretta interazione che deve porsi tra i due precetti, essendo stato il suddetto rapporto di antinomia vicendevolmente definito di genere a specie e, dunque, risolto con affermazioni di principio tra loro inconciliabili. Un primo orientamento giurisprudenziale muove dal valore semantico delle proposizioni normative qui in rilievo e da una lettura sistemica e coordinata dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016 con le vincolanti coordinate fissate dal legislatore delegante (l. n. 11 del 2016) per giungere ad escludere *in subiecta materia* il ricorso al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

Segnatamente, e prendendo abbrivio da tali premesse, si è ritenuto che il rapporto tra il comma 3 ed il comma 4 dell'art. 95 debba essere declinato come di specie a genere: ove ricorrano cioè le fattispecie di cui al comma 3 (tra cui le prestazioni ad alta intensità di manodopera) si pone, dunque, un obbligo speciale e cogente di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, sovrapponendosi e irrigidendo la ordinaria preferenza per tale criterio prevista in via generale dal codice, non ammetterebbe giammai deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4 ed indipendentemente dallo sforzo motivazionale compiuto dall'amministrazione (Cons. St., sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014; id., sez. V, 16 agosto 2018, n. 4945). Ed, invero, fermo il rapporto regola/eccezione intercorrente tra i commi 2 e 4, il successivo comma 3

avrebbe introdotto – come fatto palese dall'utilizzo dell'avverbio esclusivamente - una previsione ulteriormente derogatoria e dunque autonoma, a mente della quale dovrebbe ritenersi esclusa, a priori, la possibilità di affidare i servizi “ad alta intensità di manodopera” mediante criterio del prezzo più basso, imponendosi invece come esclusivo il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

Di recente si è andato affermando un altro orientamento giurisprudenziale incentrato su un'esegesi del suindicato quadro regolatorio alternativa e contrastante con quella sopra richiamata e che, ribaltando il rapporto genere a specie, assegna alla previsione di cui all'art. 95, comma 4, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui ammette “per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate e le cui condizioni sono definite dal mercato” l'utilizzo del criterio del prezzo più basso, una valenza derogatoria rispetto alla stessa previsione speciale di cui al precedente comma 3, concludendo nel senso dell'idoneità della detta previsione derogatoria (ex art. 95, comma 4, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016) a reggere in via autonoma, e dunque a regolare, ogni appalto caratterizzato da “prestazioni standardizzate”, ancorchè “ad alta intensità di manodopera”.

Cons. St., sez. III, 13 marzo 2018, n. 1609 ha, da ultimo, affermato, in riferimento ad una fattispecie sovrapponibile a quella qui in rilievo, peraltro con il coinvolgimento dei medesimi operatori, che “l'art. 95 sul “Criterio di aggiudicazione dell'appalto”, al comma 4 lett. b), espressamente consente, in via di eccezione, che “per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;” possa farsi l'applicazione del criterio del “minor prezzo”. Si è in merito ritenuto che “Tale indicazione è palesemente finalizzata a garantire una significativa accelerazione della procedura, soprattutto quando le prestazioni non devono assolutamente differire da un esecutore ad un altro. Il “minor prezzo” resta dunque circoscritto alle procedure per l'affidamento di forniture o di servizi che sono, per loro natura, strettamente vincolate a precisi ed inderogabili standard tecnici o contrattuali, e per le quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate. In tali casi può prescindersi da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell'esecuzione, in quanto questa viene fissata inderogabilmente a priori dal committente nell'allegato tecnico”.

In sintesi il rapporto tra il comma 3 ed il comma 4 dell'art. 95 viene così diversamente ricostruito “...la tipologia di cui alla lett. b) del comma 4 dell'art. 95 attiene ad un'ipotesi ontologicamente del tutto differente sia dall'appalto “ad alta intensità di manodopera” di cui all'art. 95, comma 3, lett. a), che concerne prestazioni comunque tecnicamente fungibili; e sia da quelli caratterizzati da “notevole contenuto tecnologico” o di “carattere innovativo” di cui all'art. 95, comma 4, lett. c), del Codice dei contratti, attinenti tipicamente a prestazioni di contenuto evolutivo”.

Per i contratti con caratteristiche standardizzate non vi sarebbe, dunque, alcuna ragione né utilità di far luogo ad un'autonoma valutazione e valorizzazione degli elementi non meramente economici delle offerte, perché queste, proprio perché strettamente assoggettati allo standard, devono assolutamente coincidere tra le varie imprese.

Nell'economia di tale diversa ed alternativa ricostruzione esegetica il profilo del servizio standardizzato costituirebbe, dunque, un elemento “particolarmente” specializzante, di



per stesso idoneo a giustificare, nell'impianto regolatorio dell'art. 95 del Codice dei contratti, lo scorporo dalla previsione operativa di cui al comma 3, già di per sé contraddistinta dalla dignità giuridica di norma speciale, di un nucleo ancor più ristretto di fattispecie da sottoporre a disciplina derogatoria.

In altri termini, l'elemento della "standardizzazione" consentirebbe di isolare, all'interno del più ampio *genus* dei servizi caratterizzati dall'alta intensità di manodopera, un particolare sottoinsieme che il legislatore, in virtù di tali peculiari caratteristiche che connoterebbero la prestazione come tendenzialmente infungibile dal punto di vista tecnico/qualitativo, avrebbe inteso sottoporre a disciplina differenziata siccome più coerente con le suddette intrinseche caratteristiche.

Pronunciando sulla questione rimessa dalla Sezione terza l'Adunanza plenaria, con sentenza 21 maggio 2019, n. 8 ha affermato il principio secondo cui gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del Codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, pure se gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo Codice.

- Oneri di sicurezza e costo manodopera negli appalti sotto soglia.

Con sentenza 16 luglio 2019, n. 683 il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha affermato che il principio, sancito dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 - secondo cui gli oneri di sicurezza e il costo della manodopera devono essere espressamente indicati in sede di offerta - si applica anche agli appalti sotto soglia con la conseguenza che la mancata ottemperanza a tale obbligo legale comporta necessariamente l'esclusione dalla gara perché la loro omessa evidenziazione non è un'omissione formale, ma integra pienamente la violazione sostanziale della prescrizione di legge.

Ha ricordato il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana che la Corte di Giustizia Ue, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18, e non ancora sulla rimessione delle Adunanze plenarie nn. 1, 2 e 3 del 2019, si è pronunciata su una ordinanza di rimessione del Tar Lazio, e non ancora su quelle di rimessione dell'Adunanza plenaria, affermando che i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella italiana, secondo la quale 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.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha altresì escluso che la circostanza che la questione pregiudiziale sia nuovamente pendente alla Consiglio di Giustizia dell'Unione europea a seguito di rimessione da parte delle citate ordinanze dell'Adunanza Plenaria, giustificano – almeno in questa causa - una sospensione del presente giudizio o una ulteriore rimessione alla Corte di giustizia con diversi pur possibili argomenti. E, invero, in disparte la ragionevole prevedibilità dell'esito della prossima decisione della Consiglio di Giustizia Ue sulla scorta del suo precedente del maggio 2019 sopra riportato, è tranciante la considerazione che nella specie si controverte di un appalto sotto soglia europea privo di rilevanza transfrontaliera (procedura negoziata per l'affidamento in appalto della gestione del servizio nido comunale” con importo a base di gara di euro 190.974,85 comprensivo di iva al 5%), che esula dalle competenze della Consiglio di Giustizia Ue e per il quale opera invece in pieno la regola del precedente vincolante costituito dalle citate ordinanze nn. 1, 2 e 3 del 2019 della Adunanza plenaria, ordinanze che hanno già preso posizione sulla questione di diritto.

#### **17.11. Revisione prezzi.**

Con ordinanza 15 luglio 2019, n. 4949 la sez. IV ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue le questioni: a) se siano conformi al diritto dell'Unione Europea (in particolare agli articoli 4, co. 2, 9, 101, co. 1, lett. e), 106, 151 – ed alla Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 ed alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 da esso richiamate – 152, 153, 156 TFUE; artt. 2 e 3 TUE; nonché art. 28 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) gli artt. 115, 206 e 217, d.lgs. n. 163 del 2006, come interpretati dalla giurisprudenza amministrativa, nel senso di escludere la revisione dei prezzi nei contratti afferenti ai c.d. settori speciali, con particolare riguardo a quelli con oggetto diverso da quelli cui si riferisce la Direttiva 17/2004, ma legati a questi ultimi da un nesso di strumentalità; b) se – in ragione di quanto innanzi esposto - siano conformi al diritto dell'Unione Europea (in particolare all'art. 28 della Carta dei diritti dell'UE, al principio di parità di trattamento sancito dagli artt. 26 e 34 TFUE, nonché al principio di libertà di impresa riconosciuto anche dall'art. 16 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) gli artt. 115, 206 e 217, d.lgs. n. 163 del 2006, come interpretati dalla giurisprudenza amministrativa, nel senso di escludere la revisione dei prezzi nei contratti afferenti ai c.d. settori speciali, con particolare riguardo a quelli con oggetto diverso da quelli cui si riferisce la Direttiva 17/2004, ma legati a questi ultimi da un nesso di strumentalità.

La Sezione ha richiamato la pronuncia della Corte di Giustizia Ue del 19 aprile 2018, secondo cui “La direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, come modificata dal regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011, e i principi generali ad essa sottesi devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a

norme di diritto nazionale, come quelle di cui al procedimento principale, che non prevedono la revisione periodica dei prezzi dopo l'aggiudicazione di appalti rientranti nei settori considerati da tale direttiva”.

La sentenza ha espresso tale principio facendo riferimento in via generale e complessiva alla citata direttiva, che è stata, pertanto, presa in considerazione nella sua interezza e, quindi, avendosi riguardo anche a quanto previsto dai “considerati” introduttivi della direttiva stessa.

La sentenza ha altresì precisato (considerato n. 30) che:

“parimenti, nemmeno i principi generali sottesi alla direttiva 2004/17, segnatamente il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva, sanciti dall'articolo 10 di tale direttiva, ostano a siffatte norme. Al contrario, non si potrebbe escludere che una revisione del prezzo dopo l'aggiudicazione dell'appalto possa entrare in conflitto con tale principio e con tale obbligo (v., per analogia, sentenza del 7 settembre 2016, Finn Frogne, C 549/14, EU:C:2016:634, punto 40). Infatti, come rileva la Commissione nelle sue osservazioni scritte, il prezzo dell'appalto costituisce un elemento di grande rilievo nella valutazione delle offerte da parte di un ente aggiudicatore, così come nella decisione di quest'ultimo di attribuire l'appalto a un operatore. Tale importanza emerge peraltro dal riferimento al prezzo contenuto in entrambi i criteri relativi all'aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 55, paragrafo 1, della direttiva 2004/17. In tali circostanze, le norme di diritto nazionale che non prevedono la revisione periodica dei prezzi dopo l'aggiudicazione di appalti rientranti nei settori considerati da tale direttiva sono piuttosto idonee a favorire il rispetto dei suddetti principi”.

La sentenza (n. 32) ha, poi, precisato che: “In secondo luogo, per quanto attiene all'interpretazione dell'art. 56 TFUE, occorre rilevare che tale articolo sancisce, in materia di libera prestazione dei servizi, i principi di uguaglianza e non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza, rispetto ai quali la compatibilità di norme di diritto nazionale come quelle di cui al procedimento principale è già stata valutata al punto 30 della presente sentenza. Di conseguenza, non occorre procedere nuovamente all'interpretazione, sotto tale profilo, di detto articolo.”.

In definitiva, la citata sentenza della Corte di Giustizia ha escluso sia che le norme nazionali che impediscono la revisione prezzi nei settori qui considerati contrastino con la Direttiva 2004/17/CE, sia che le medesime incidano sui principi di libera prestazione dei servizi, di uguaglianza e non discriminazione e di trasparenza sanciti dall'art. 56 TFUE.

La Sezione ha quindi chiarito che l'appellante espone come la normativa che impedisce (solo per i settori speciali) l'applicazione della revisione prezzi - laddove quest'ultima è determinata dall'aumento del costo del lavoro a seguito di contrattazione collettiva intervenuta durante il rapporto contrattuale, in un settore quale quello delle pulizie, dove il costo del lavoro è la voce prevalente e determinante – si risolve in una violazione delle norme del diritto europeo che tutelano sia il diritto delle parti (imprese e associazioni dei lavoratori) alla libera contrattazione, sia i diritti stessi dei lavoratori.

In tale prospettiva, il divieto di revisione prezzi finirebbe per proporsi, per così dire, come un limite “esterno” alla contrattazione: esso sarebbe un limite determinato dalla

“rigidità” imposta alle imprese (e di conseguenza alle associazioni dei lavoratori) conseguente alla immodificabilità delle pattuizioni che regolano la fornitura di servizi nell’ambito di rapporti contrattuali in essere.

Il che costituisce un “fattore” che incide “ab esterno” sulla libertà di contrattazione.

In definitiva, occorre verificare – sotto diverso profilo, secondo quanto ex novo richiesto dall’appellante e come risultante dal quesito come di seguito formulato – la conformità al diritto dell’Unione Europea degli artt. 206 e 217 d.lgs. 163/2006, nella parte in cui essi escludono l’applicazione del precedente art. 115 agli appalti dei settori speciali e anche agli appalti di servizi che, pur non rientrando nei settori speciali (nel caso di specie, appalto di servizi di pulizia), sono a questi legati da un nesso di strumentalità.

Allo stesso tempo l’esclusione della revisione prezzi, come esposto dall’appellante, “finisce per essere una misura (cfr. art. 106 TFUE) che impedisce, restringe e falsa la concorrenza, sino a subordinare la conclusione del contratto all’accettazione da parte del contraente di una prestazione supplementare che non ha alcun nesso con l’oggetto del medesimo contratto (art. 101, comma 1, lett. e) TFUE) negando altresì il valore del mercato (art. 3, comma 3, TUE).

## **18. Beni ambientali e culturali.**

Diverse le pronunce, anche in sede cautelare, intervenute a tutela dei beni ambientali, applicando il principio, di matrice europea, di precauzione, di cui all’art. 191 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, il quale obbliga le autorità competenti ad adottare provvedimenti per scongiurare i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l’ambiente, senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l’effettiva esistenza e la gravità di tali rischi e prima che subentrino più avanzate e risolutive tecniche di contrasto.

### **18.1. Contrasto alla Xylella fastidiosa.**

Con ordinanza cautelare 21 giugno 2019, n. 3224 la sez. III è intervenuta sulle misure di contrasto individuate per la Xylella fastidiosa, in assenza di un metodo alternativo alla rimozione immediata delle piante infette.

La Sezione ha affermato che non può essere sospesa in sede cautelare la delibera di Giunta regionale Puglia n. , avente ad oggetto “Azioni di contrasto alla diffusione della Xylella Fastidiosa per il 2018-2019, in applicazione della decisione di esecuzione (UE) 789/2015”, dal momento che il metodo alternativo di contrasto alla Xylella prospettato e finalizzato al controllo del batterio non risulta adottato da organismi ufficiali nazionali, né avallato dagli organi comunitari o dall’EFSA, né corroborato dal buon esito di sperimentazioni di lungo periodo delle quali sia stata acclarata in modo compiuto l’effettiva efficacia; dunque, esso allo stato non può dirsi, secondo oggettivi criteri di evidenza scientifico-sperimentale, preferibile, quanto a capacità di contenimento della diffusione del batterio, alle misure poste a base del vigente piano di azione regionale e nazionale.

Ha chiarito la Sezione che della correttezza delle conclusioni alle quali è pervenuta si trae conferma dal rapporto dell’aprile 2019 con il quale l’EFSA, aggiornando la sua valutazione dei rischi da Xylella Fastidiosa, ha confermato l’importanza dell’attuazione delle misure di controllo attualmente in corso, quali la rimozione delle piante infette e

l'istituzione di aree delimitate. Ne viene che lo strumentario attualmente disponibile di mezzi utili al contenimento del morbo appare invariato e, pertanto, ancora coerente con gli artt. 3 *bis*, 6 e 14 della decisione Ue n. 789 del 2015, in quanto proporzionale all'interesse da salvaguardare - come riconosciuto dalla Corte di Giustizia con la pronuncia n. 78 del 9 giugno 2016 (punti 58-62), la quale ha confermato appieno il puntuale rispetto, da parte della stessa Decisione, dei principi di precauzione e proporzionalità, nonché la sussistenza di un adeguato presupposto scientifico legittimante le misure ivi prescritte. D'altra parte, sempre secondo la Corte UE, "la Commissione ha potuto legittimamente considerare che l'obbligo di rimozione immediata delle piante infette era una misura appropriata e necessaria per impedire la diffusione del batterio *Xylella*. Inoltre, per quanto riguarda il carattere rigorosamente proporzionato di tale obbligo, non è stata prospettata alcuna misura alternativa meno gravosa, per quanto riguarda le piante infette, che sarebbe idonea a raggiungere questo stesso obiettivo" (punto 62); su questa plausibile base di ragionamento il giudice di prima istanza ha ritenuto sostanzialmente invariato il quadro istruttorio e ancora valido l'impianto dispositivo che Ministero e Regione Puglia hanno inteso ricavarne, donde la non necessità del rinnovo - a condizioni immutate - delle questioni pregiudiziali già poste alla Corte di Giustizia UE.

## **18.2. Divieto di utilizzo della plastica sul litorale pugliese.**

Da segnalare anche l'ordinanza cautelare adottata dalla sez. IV (30 agosto 2019, n. 4274) che ha sospeso l'ordinanza cautelare del Tar Bari che aveva accolto l'istanza cautelare, presentata da diverse associazioni e imprese produttrici di plastica, di sospensione della decisione della Regione Puglia di divieto di utilizzo della plastica lungo il litorale (c.d. "*plastic free*")

Richiamando, a supporto motivazionale, il decreto cautelare presidenziale 7 agosto 2019, n. 4032, l'ordinanza ha precisato che, in linea di principio, le Regioni possono dettare, nell'ambito delle materie rientranti nella propria competenza, disposizioni che indirettamente determinino *standard* di tutela ambientale più elevati di quelli fissati da norme statali.

Ha quindi escluso che la disposizione regionale contrasti con la direttiva UE 2019/904 - peraltro alla stessa cronologicamente successiva - giacché: la direttiva in questione impone agli Stati l'adozione di misure volte proprio alla "riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente", con particolare riferimento a quello costiero e marino; la direttiva, invero, distingue i prodotti in plastica monouso in vari sottogruppi e, in relazione a ciascuno di essi, reca specifiche previsioni: in particolare, la direttiva rispettivamente indica l'obiettivo della "riduzione ambiziosa e duratura del consumo" (gruppo A); dispone il divieto di immissione sul mercato (gruppo B); specifica le caratteristiche che condizionano l'immissione sul mercato (gruppi C e D); stabilisce l'istituzione di specifici regimi di responsabilità del produttore (gruppo E); impone agli Stati obiettivi minimi di raccolta differenziata (gruppo F); dispone l'adozione di misure di sensibilizzazione dei consumatori (gruppo G). L'impugnata ordinanza regionale non incide su alcuna di siffatte previsioni, posto che non concerne né la fase della produ-

zione, né quella della generale distribuzione sul mercato dei prodotti in plastica monouso, ma si limita a disciplinarne l'uso esclusivamente nelle aree del demanio marittimo e nei locali aperti al pubblico con accesso diretto al demanio marittimo.

### **18.3. Tutela del paesaggio e del patrimonio storico e previsioni degli strumenti urbanistici.**

La sez. II ha affermato, con la sentenza 14 novembre 2019, n. 7839, che la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico è principio fondamentale della Costituzione (art. 9) ed ha carattere di preminenza rispetto alla tutela degli altri beni giuridici che vengono in rilievo nella difesa del territorio, di tal che anche le previsioni degli strumenti urbanistici devono necessariamente coordinarsi con quelle sottese alla difesa di tali valori; è dunque possibile l'intersecarsi dei livelli di tutela, purché nel rispetto della ripartizione delle competenze sancito dalla Costituzione, rafforzando con misure in materia di edificabilità dei suoli il regime vincolistico "puntiforme".

La Sezione ha affrontato il problema del rapporto tra vincoli imposti ai sensi della normativa nazionale (nel caso di specie, la l. 1 giugno 1939, n. 1089) e vincoli urbanistici, ribadendo la possibilità attraverso questi ultimi di rafforzare e coordinare la tutela del territorio attraverso misure di edificabilità del suolo. In particolare, spetta allo strumento urbanistico trovare il difficile punto di equilibrio tra l'interesse alla tutela del territorio e l'esercizio dello *ius aedificandi*, il giusto temperamento nel rilasciare o denegare il necessario assenso al formarsi del titolo autorizzatorio. Ove tale competenza non potesse arricchirsi dei richiamati elementi contenutistici che le sono propri, purché nel rispetto della sfera delle competenze costituzionalmente declinate, essa finirebbe per essere svuotata della sua essenza più tipica, ovvero la regolazione del regime di edificabilità dei suoli (anche) in relazione al vincolo riscontrato.

Ha aggiunto la Sezione che la conclusione alla quale è pervenuta risponde all'evoluzione del concetto di urbanistica verso la più ampia nozione di "governo del territorio" introdotta con la riforma del Titolo V della Costituzione, anche con l'obiettivo di consentire attraverso gli strumenti di pianificazione rimessi alla competenza degli Enti territoriali una sintesi delle tutele attribuite allo Stato e delle esigenze di miglioramento della qualità del territorio. La funzione di tutela e la funzione di valorizzazione appaiono, infatti, appaiono autonome, ancorché complementari.

Il "governo del territorio", infatti, è nozione più ampia dell'"urbanistica" e risponde anche all'esigenza propulsiva di miglioramento della vivibilità del suolo (si pensi alla tutela dei centri storici e, più settorialmente ma in maniera egualmente incisiva, a tutte le disposizioni di legge speciale che hanno valorizzato il potere di limitare in senso qualitativo gli insediamenti, anche commerciali, per migliorare il "decoro" e la vivibilità delle città).

In tale contesto la previsione contenuta nella legge urbanistica fondamentale 17 agosto 1942, n. 1150, che impone alle Regioni di intervenire sui Piani regolatori per finalità di tutela dell'ambiente e del patrimonio artistico, non può essere letta in senso riduttivo, ma implica sia la ricognizione del vincolo che il rafforzamento della relativa tutela con le misure limitative dell'edificabilità dei suoli che gli sono consoni. La natura necessitata dell'esercizio di tale potere (anche) rafforzativo implica che non occorre procedere a

nuova pubblicazione del piano regolatore generale che sia stato integrato, senza stravolgerne il contenuto complessivo, con indicazioni procedurali funzionali ad estendere la zona di rispetto al fine di tutelare il complesso nel quale si trova il singolo bene.

Per tale ragione l'intervento della Regione nel procedimento di approvazione dello strumento urbanistico o di una sua variante, volto ad ampliare le fasce di rispetto estendendo l'area degli effetti della tutela "puntiforme" del bene vincolato, in quanto espressione di un doveroso presidio del territorio, non comporta l'obbligo dell'ente locale di ripubblicare il Piano regolatore generale modificato in conformità alle indicazioni regionali, né implica altre forme di coinvolgimento nel procedimento dei privati interessati. Va infatti confermato il principio secondo cui le modifiche allo strumento urbanistico introdotte d'ufficio dall'Amministrazione regionale, ai fini specifici della tutela del paesaggio e dell'ambiente, non comportano la necessità per il Comune interessato di riavviare il procedimento di approvazione dello strumento, con conseguente ripubblicazione dello stesso, inserendosi tali modifiche - in conformità a quanto stabilito dall'art. 10, comma 2, lett. c), l. n. 1150 del 1942 - nell'ambito di un unico procedimento di formazione progressiva del disegno relativo alla programmazione generale del territorio.

#### **18.4. Bonifica sito inquinato.**

Con sentenza 23 ottobre 2019, n. 10 l'Adunanza plenaria ha affermato il principio secondo cui la bonifica del sito inquinato può essere ordinata anche a carico di una società non responsabile dell'inquinamento, ma che sia ad essa subentrata per effetto di fusione per incorporazione, nel regime previgente alla riforma del diritto societario, e per condotte antecedenti a quando la bonifica è stata introdotta nell'ordinamento giuridico, i cui effetti dannosi permangano al momento dell'adozione del provvedimento.

Ha premesso l'Alto Consesso (al quale la questione era stata rimessa dalla sez. IV con ordinanza 7 maggio 2019, n. 2928) che anche prima che venisse introdotto l'istituto della bonifica, con l'art. 17, d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, il danno all'ambiente costituiva un illecito civile, previsto dall'art. 2043 cod. civ..

Ha affermato che alla soluzione del quesito sottoposto soccorre l'art. 2504-*bis*, comma 1, cod. civ., che include espressamente nella vicenda traslativa in questione "gli obblighi delle società estinte", ovvero di quelle incorporate (analoga formulazione reca peraltro la medesima disposizione dopo la riforma del diritto societario, con la sola differenza che in luogo delle società estinte si fa riferimento alle "società partecipanti alla fusione" e al fatto che in tutti i rapporti giuridici di queste ultime, anche quelli processuali, vi è una "prosecuzione" dell'incorporante). Con riguardo al previgente regime, nel senso che negli obblighi dell'incorporata di cui l'incorporante diviene l'unico obbligato a seguito di fusione rientrano anche quelli derivanti da responsabilità civile si è espressa la Cassazione (sez. III, 11 novembre 2015, n. 22998, in un caso di responsabilità da cose in custodia *ex art.* 2051 cod. civ.).

Sul piano dogmatico la conclusione è avvalorata dal fatto che "responsabilità civile" è espressione che designa l'insieme delle conseguenze cui un soggetto deve sottostare per legge in conseguenza di un fatto illecito da lui commesso, che nel caso dell'illecito civile consistono nell'"obblig(o) (...) a risarcire il danno" o nell'alternativa della "reintegrazione in forma specifica", anch'essa pertanto oggetto di obbligo, rispettivamente ai sensi

dei più volte richiamati artt. 2043 e 2058 cod. civ., oltre che della più generale norma contenuta nell'art. 1173 cod. civ., che pone il fatto illecito tra le fonti di obbligazione. Ha aggiunto l'Alto Consesso che la successione dell'incorporante negli obblighi dell'incorporata è espressione del principio espresso dal brocardo *cuius commoda eius et incommoda*, cui è informata la disciplina delle operazioni societarie straordinarie, tra cui la fusione, anche prima della riforma del diritto societario, per cui alla successione di soggetti sul piano giuridico-formale si contrappone nondimeno sul piano economico-sostanziale una continuazione dell'originaria impresa e della sottostante organizzazione aziendale. Anche prima che venisse sancito il carattere evolutivo-modificativo di quest'ultimo tipo di operazione era infatti indubbio che l'ente societario subentrato a quello estintosi per effetto dell'incorporazione acquisiva il patrimonio aziendale di quest'ultimo, di cui sul piano contabile fanno parte anche le passività, ovvero i debiti inerenti all'impresa esercitata attraverso la società incorporata.

### **18.5. Valutazione di impatto ambientale.**

Da segnalare la sentenza della sez. IV n. 5972 del 29 agosto 2019, secondo cui non devono essere necessariamente sottoposte a valutazione di impatto ambientale (o a verifica di assoggettabilità) le "estensioni" o le "modifiche" di progetti che, in base alla normativa sopravvenuta, non siano più soggetti *ex lege* a V.I.A. e che, dunque, se presentati *ex novo*, non dovrebbero esservi necessariamente sottoposti.

Ha affermato la Sezione che l'Amministrazione, ove ritenga che un intervento possa comunque determinare, in concreto, "impatti ambientali significativi e negativi", può sempre disporre - previa idonea motivazione - l'attivazione della verifica di assoggettabilità a V.I.A. anche al di fuori degli specifici casi prescritti dalla legge; ove, invece, ritenga che esulino tali "impatti" non è tenuta a confezionare alcuna specifica motivazione, posto che, a monte, il legislatore ha escluso che quella tipologia di intervento sia, di regola, in grado di arrecare potenziali danni all'ambiente.

La rinnovazione del giudizio di compatibilità ambientale, di regola doverosa allorché siano introdotte delle modificazioni progettuali che determinino la costruzione di un manufatto significativamente diverso da quello già esaminato, è viceversa superflua ogni qualvolta al progetto originario siano apportate modifiche che risultino più conformi agli interessi pubblici, determinando, in particolare, una più efficace mitigazione del rischio ambientale presentato dall'originario progetto.

### **19. Urbanistica.**

Molte le sentenze di interesse della Sezione quarta intervenute sull'urbanistica e sul governo del territorio.

#### **19.1. Varianti ai piani regolatori generali ultradecennali.**

Con sentenza 9 novembre 2019, n. 7667 la Sezione quarta ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della l. reg. Liguria 4 settembre 1997, n. 36, che ha vietato ai comuni di apportare varianti ai Piani regolatori generali ultradecennali fino a che non si approva il nuovo strumento di governo del territorio rappresentato dal piano urbanistico comunale (Puc).



La Sezione ha ritenuto non rilevante, ai fini della declaratoria di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della l. reg. Liguria n. 36 del 1997, la sentenza della Corte cost. n. 179 del 16 luglio 2019, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge regionale Lombardia secondo cui i Comuni non potevano apportare varianti ai piani sino alla approvazione del nuovo piano territoriale regionale.

La Sezione ha evidenziato la profonda differenza dei due casi: in Lombardia la potestà dei Comuni era paralizzata fino a un termine indefinito e nelle mani potestative della Regione stessa; in Liguria, invece, i Comuni, approvando il piano urbanistico comunale, potevano agevolmente rimuovere il divieto.

In sintesi, mentre nel caso della norma regionale lombarda veniva rimesso integralmente alla potestà regionale di allungare illimitatamente il termine di durata della compressione della potestà di pianificazione dei Comuni, senza che nulla questi ultimi potessero fare per disinnescare la disposizione transitoria, la norma regionale ligure attribuisce proprio ai singoli Comuni la responsabilità di far cessare l'efficacia del divieto di *ius variandi*, adottando i nuovi strumenti urbanistici comunali previsti dall'art. 5, l. reg. n. 36 del 1997, da sottoporre alla approvazione regionale nei termini previsti dall'art. 38 della medesima legge.

### **19.2. Convenzione urbanistica per l'edificazione di un edificio da adibire a Centro di cultura islamico.**

La sez. IV, con sentenza 5 dicembre 2019, n. 8328 ha affermato l'illegittimità della risoluzione di una convenzione urbanistica per l'edificazione di un edificio da adibire a Centro di cultura islamico che sia stata disposta per mancanza di bilanciamento tra la gravità dell'inadempimento all'obbligo di pagare una certa somma per opere di urbanizzazione e la finalità della convenzione di garantire il libero esercizio del culto.

Nella specie era accaduto che un Comune, sito nella Regione Lombardia, aveva dichiarato risolta (o decaduta) la convenzione a causa di un oggettivo inadempimento del Centro all'obbligo di pagare una certa somma per opere di urbanizzazione.

La Sezione ha annullato il provvedimento comunale in quanto non preceduto da un attento bilanciamento tra la gravità dell'inadempimento e la finalità della convenzione di garantire il libero esercizio del culto. Ha richiamato la sentenza della Corte costituzionale n. 63 del 24 marzo 2016 relativa alla l. reg. Lombardia 3 febbraio 2015, n. 2 sulle attrezzature religiose. In quella sede veniva in questione, tra l'altro, la legittimità costituzionale del comma 2 *ter* dell'art. 70, l. reg. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12, introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. b), l. reg. n. 2 del 2015, il quale prevede che gli enti delle confessioni religiose diverse dalla Chiesa cattolica, di cui ai commi 2 e 2 *bis*, “devono stipulare una convenzione a fini urbanistici con il comune interessato» e che tali convenzioni devono prevedere espressamente «la possibilità della risoluzione o della revoca, in caso di accertamento da parte del comune di attività non previste nella convenzione”. Nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata, la Corte ha precisato che “La convenzione prevista dalla disposizione in esame, necessaria nella fase di applicazione della normativa in questione da parte del Comune, deve essere ispirata alla finalità, tipicamente urbanistica, di assicurare lo sviluppo equilibrato e armonico dei centri abitati. Naturalmente la convenzione potrà stabilire le conseguenze che potranno

determinarsi nel caso in cui l'ente che l'ha sottoscritta non ne rispetti le stipulazioni, graduando l'effetto delle violazioni in base alla loro entità. La disposizione impugnata consente di annoverare tra queste conseguenze, a fronte di comportamenti abnormi, la possibilità di risoluzione o di revoca della convenzione. Si tratta, con ogni evidenza, di rimedi estremi, da attivarsi in assenza di alternative meno severe. Nell'applicare in concreto le previsioni della convenzione, il Comune dovrà in ogni caso specificamente considerare se, tra gli strumenti che la disciplina urbanistica mette a disposizione per simili evenienze, non ve ne siano altri, ugualmente idonei a salvaguardare gli interessi pubblici rilevanti, ma meno pregiudizievole per la libertà di culto, il cui esercizio, come si è detto, trova nella disponibilità di luoghi dedicati una condizione essenziale. Il difetto della ponderazione di tutti gli interessi coinvolti potrà essere sindacato nelle sedi competenti, con lo scrupolo richiesto dal rango costituzionale degli interessi attinenti alla libertà religiosa. La disposizione in questione, così interpretata, si presta a soddisfare il principio e il test di proporzionalità, che impongono di valutare se la norma oggetto di scrutinio, potenzialmente limitativa di un diritto fondamentale, qual è la libertà di culto, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva di applicare sempre quella meno restrittiva dei diritti individuali e imponga sacrifici non eccedenti quanto necessario per assicurare il perseguimento degli interessi ad essi contrapposti”.

In altri termini, l'Ente locale non può interpretare le convenzioni *ex art. 70, comma 2 ter, l. reg. n. 12 del 2005* come se si trattasse di una qualunque convenzione urbanistica, ma deve valutare, e di conseguenza motivare, se gli inadempimenti adottati debbano necessariamente comportare la risoluzione, la revoca o la decadenza o se non siano utilizzabili diversi strumenti, meno lesivi per la libertà di culto.

Nel caso all'esame della Sezione quarta è mancata proprio una valutazione complessiva - necessariamente espressa e motivata - degli interessi coinvolti, secondo la direttrice tracciata dalla decisione del giudice delle leggi.

### **19.3. Destinazione di un'area a *standard* urbanistico.**

Con sentenza n. 4068 del 17 giugno 2019 la sez. IV ha affermato che la destinazione di un'area a *standard* urbanistico è finalizzata mediante una servitù di uso pubblico alla fruizione della stessa da parte dell'intera collettività indistinta dei cittadini (*uti cives*) e non all'uso limitato (*uti singuli*) da parte dei soli utenti delle unità immobiliari in relazione alle quali è sorto l'obbligo della dotazione degli stessi *standard*.

In punto di fatto era accaduto che un Comune aveva autorizzato nel 1982 una lottizzazione (capannoni industriali) ottenendo in cambio aree a *standard*: verde, parcheggi pubblici, magazzino comunale.

Di fatto però negli anni le ditte proprietarie dei capannoni avevano utilizzato quegli spazi pubblici (parcheggi e aree esterne al magazzino comunale) come spazio di manovra per gli autotreni pesanti che accedono ai capannoni per consegnare o ritirare merce. Nel 2014 il Comune – verificato che gli *standard* sono sovrabbondanti – aveva alienato mediante asta pubblica parte dei parcheggi e il magazzino ad una società, la quale mediante recinzione aveva delimitato la sua nuova proprietà. Le Ditte, private degli spazi esterni di manovra, erano insorte dinanzi al Tar che aveva accolto il ricorso.

Il punto decisivo secondo il Tar è che, nonostante gli *standard* a parcheggio fossero stati ceduti al Comune e svolgessero la funzione di parcheggi destinati alla collettività, in concreto il loro uso nel tempo li avrebbe trasformati in “piazzali di manovra” con la tolleranza del Comune; in ogni caso, la convenzione di lottizzazione del 1982 andrebbe interpretata nel senso che la previsione di realizzazione e cessione di parcheggi pubblici in ambito produttivo implica la facoltà di utilizzazione degli stessi spazi come aree di manovra per le ditte lottizzanti.

La Sezione quarta ha accolto l'appello ribadendo che le aree *standard* sono state acquisite dal Comune per finalità pubbliche, e non come spazi di manovra degli autoarticolati, e la circostanza che poi siano state utilizzate anche o soprattutto per tali finalità a servizio delle imprese non fa venire meno la destinazione giuridicamente loro impressa e la conseguente facoltà per il Comune stesso di alienare gli immobili nel rispetto delle norme di legge.

## **20. Espropriazione.**

Diverse le sentenze di interesse in materia di espropriazione.

### **20.1. Espropriazione di aree da destinare a edilizia economica e popolare.**

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con sentenza 25 marzo 2019, n. 255, ha affermato che nei rapporti tra Comuni e I.a.c.p. in materia espropriativa, le conseguenze della mancata emanazione del decreto espropriativo entro il termine di occupazione legittima devono di regola far carico, in via solidale, tanto al delegato quanto all'ente delegante.

Ha ricordato il Consiglio di Giustizia che le conseguenze della mancata emanazione del decreto espropriativo entro il termine di occupazione legittima fanno carico: a) al delegato, perché proprio su di lui ricade l'onere di armonizzare attività materiale ed attività amministrativa, facendo sì che il decreto di espropriazione intervenga tempestivamente e che quindi la fattispecie si mantenga entro la sua fisiologica cornice di legittimità; b) al delegante, in quanto, almeno secondo la disciplina della l. 22 ottobre 1971, n. 865, l'espropriazione si svolge non solo "in nome e per conto" del Comune, ma più pregnantemente "d'intesa" con questo, sicché è da ritenere che tale ente non si spogli, con la delega, delle responsabilità relative allo svolgimento della procedura secondo i suoi parametri soprattutto temporali, ma conservi un potere di controllo e di stimolo, il cui mancato o insufficiente esercizio è ragione di responsabilità.

Pertanto, in tema di espropriazione di aree da destinare a edilizia economica e popolare sussiste la corresponsabilità dell'ente delegante e dell'ente delegato, essa svolgendosi nell'interesse di entrambi, integrando l'occupazione appropriativa un fatto illecito imputabile al delegato alla conduzione della procedura, persino quando l'opera risulti ultimata nel periodo di occupazione legittima, ricadendo su di esso l'onere di attivarsi, affinché il decreto di espropriazione intervenga tempestivamente e la fattispecie si mantenga entro la sua fisiologica cornice di legittimità.

Né rileva che sia mancata nella specie la delega al compimento di tutte le operazioni ablatorie, poiché l'Azienda fu comunque delegata alla realizzazione dell'opera pubblica e quell'opera realizzò in forza di provvedimento illegittimo, la cui validità era suo onere

verificare nel momento in cui costituiva la fonte della sua legittimazione a porlo in esecuzione.

Come chiarito anche dalla Corte di cassazione (sez. I, 26 maggio 2006, n. 12625), in tema di procedimento espropriativo preordinato ad edificazione di case economiche e popolari, lo I.a.c.p. che, al termine dell'occupazione legittima non abbandoni il suolo del privato, ma continuando ad occuparlo *sine titulo* vi abbia costruito l'opera pubblica, consentendone l'acquisizione all'ente pubblico territoriale in collaborazione con il quale è stato avviato detto procedimento, è responsabile nei confronti del privato per il risarcimento del danno dovuto dall'abusiva occupazione del suolo e dall'irreversibile incorporazione ad esso dell'opera eseguita, con la conseguenza che l'Istituto è passivamente legittimato rispetto alla domanda risarcitoria del danneggiato.

Allo stesso risultato della (cor)responsabilità dell'Istituto la Corte di cassazione (sez. I, 2 luglio 2007, n. 14959) è però pervenuta anche quando l'opera pubblica risulti ultimata già nel periodo di occupazione legittima sul rilievo che è innegabile che l'attività suddetta, pur essendo da qualificare lecita perchè esaurita in periodo, appunto, di occupazione legittima, finisce tuttavia per anticipare gli effetti del provvedimento ablatorio al momento in cui il nuovo contesto realizzato assume la connotazione di bene pubblico, precludendone, quindi, definitivamente e sin da tale momento la restituzione, onde è proprio l'autore materiale della costruzione anticipata (la quale rappresenta pur essa una deviazione dallo schema legale) che deve sopportarne il rischio ed assumerne la relativa responsabilità a titolo risarcitorio nei confronti del privato, là dove la suindicata attività trasformatrice del bene altrui posta in essere dal delegato, costituendo, siccome non legittimata da previ provvedimenti ablatori, attività *sine titulo* lesiva di diritti soggettivi ed integrando, quindi, un comportamento illecito la cui responsabilità, dato il carattere personale della responsabilità aquiliana, non può che gravare sull'autore dell'illecito stesso, fornisce al perfezionamento dell'occupazione acquisitiva un contributo eziologico (art. 40 c.p.) non inferiore alla colposa inerzia dell'Amministrazione delegante, quante volte il medesimo delegato non ottenga la tempestiva pronuncia del decreto di esproprio prima della scadenza del termine dell'occupazione legittima.

Ancora richiamando principi espressi dalla Corte di cassazione (sez. I, 2 luglio 2007, n. 14959) il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha affermato che ai fini dell'individuazione del soggetto obbligato al risarcimento del danno da occupazione appropriativa, la delega al compimento delle operazioni espropriative, svolgendosi l'espropriazione non solo "in nome e per conto" del delegante, ma anche "d'intesa" con esso, non priva quest'ultimo, pur sempre tenuto a promuovere correttamente la procedura ablatoria, dei propri poteri di controllo e di stimolo dell'attività del delegato, il cui mancato o insufficiente esercizio vale a rendere l'ente medesimo corresponsabile dell'illecito, onde spetta al delegante l'onere di allegare e dimostrare di avere esercitato gli anzidetti poteri di controllo e di stimolo, esplicitandone i tempi e i modi, là dove il fatto stesso della mancata, tempestiva emissione del decreto di esproprio nel termine di durata dell'occupazione legittima è sufficiente a far presumere, in assenza di contrarie risultanze processuali, il mancato esercizio di tali poteri.

## 20.2. Rinuncia abdicativa.

La sez. IV, con ordinanze 30 luglio 2019, nn. 5391, 5399 e 5400, ha sollevato il dubbio che nel sistema previsto dal testo unico sugli espropri sia concepibile una ‘rinuncia abdicativa’ e che il proprietario possa in tal modo pretendere fondatamente di ottenere il controvalore del bene.

Ha quindi rimesso all’Adunanza plenaria le questioni: a) se per le fattispecie sottoposte all’esame del giudice amministrativo e disciplinate dall’art. 42 bis del testo unico sugli espropri (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), l’illecito permanente dell’Autorità viene meno solo 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; b) se, pertanto, la ‘rinuncia abdicativa’, salve le questioni concernenti le controversie all’esame del giudice civile, non può essere ravvisata quando sia applicabile l’art. 42 bis; c) se, ove sia invocata la sola tutela restitutoria e/o risarcitoria prevista dal codice civile e non sia richiamato l’art. 42 bis, il giudice amministrativo può qualificare l’azione come proposta avverso il silenzio dell’Autorità inerte in relazione all’esercizio dei poteri ex art. 42 bis; d) se, in tale ipotesi, il giudice amministrativo può conseguentemente fornire tutela all’interesse legittimo del ricorrente applicando la disciplina di cui all’art. 42 bis e, eventualmente, nominando un Commissario *ad acta* già in sede di cognizione.

Ha chiarito la Sezione che in linea di principio, qualora si dovesse ritenere rilevante, nell’attuale ordinamento, la ‘rinuncia abdicativa’ si dovrebbe estrinsecare in una esplicita dichiarazione, basata sulla consapevolezza di essere titolare del bene e sulla mera volontà di dismettere il diritto e di perdere la qualità di proprietario (e non sulla richiesta di una somma di denaro, a titolo risarcitorio, posta in rapporto di sostanziale sinallagmaticità con il trasferimento del diritto dominicale).

Diversamente, infatti, si introdurrebbe nel sistema la possibilità che, con un atto unilaterale, sia pure sotto forma di azione giudiziale, la parte perverrebbe alla produzione di effetti patrimonialmente rilevanti non solo nella propria sfera giuridica, ma anche nella sfera giuridica dell’Amministrazione, soggetto che, invece, non ha manifestato alcuna volontà volta all’acquisizione del diritto.

Di talché, non sembra che una tale dichiarazione, produttiva dei conseguenti effetti, si possa desumere dalla proposizione di una domanda risarcitoria.

Più radicalmente, però, si dubita, come si è detto, che sia concepibile una ‘rinuncia abdicativa’.

Tenuto conto dei principi affermati dalle Sezioni Unite (per le controversie devolute al giudice civile) e delle disposizioni del testo unico sugli espropri (applicabili per le controversie proposte in sede di giurisdizione esclusiva), si potrebbe escludere che la ‘rinuncia abdicativa’ possa avere giuridica rilevanza innanzi al giudice amministrativo.

Infatti, per i casi di occupazione *sine titulo* di un fondo da parte della Autorità (devoluti alla cognizione del giudice amministrativo), è in vigore la specifica disciplina prevista dall’art. 42 bis del testo unico sugli espropri, che ha in dettaglio individuato i poteri e i doveri della medesima Autorità, nonché i poteri del giudice amministrativo.

L’art. 42 bis ha, infatti, previsto che l’Autorità che utilizza *sine titulo* un bene immobile per scopi di interesse pubblico debba valutare, con un procedimento d’ufficio (che può essere sollecitato dalla parte in caso di inerzia), ‘gli interessi in conflitto’, adottando un provvedimento conclusivo con cui sceglie se acquisire il bene o restituirlo, per adeguare

la situazione di diritto a quella di fatto; in altri termini, vincola l'Amministrazione occupante all'esercizio del potere ed attribuisce alla stessa un potere discrezionale in ordine alla scelta finale, all'esito della comparazione e della valutazione degli interessi. Ciò comporta che nel caso di occupazione *sine titulo* l'Autorità commette un illecito di carattere permanente. L'art. 42 *bis* esclude che il giudice decida la 'sorte' del bene nel giudizio di cognizione instaurato dal proprietario; a maggior ragione, non può che escludere che la 'sorte' del bene sia decisa dal proprietario e che l'Autorità acquisti coattivamente il bene, sol perché il proprietario dichiara di averlo perso o di volerlo perdere, o di volere il controvalore del bene.

L'art. 42 *bis* ha, dunque, esaurito la disciplina della fattispecie, con una normativa 'auto-sufficiente', rispetto alla quale non dovrebbero rilevare 'prassi' ulteriori, limitative dell'applicazione della legge.

Ad avviso della Sezione, per le fattispecie disciplinate dall'art. 42 *bis* vi dovrebbe essere una rigorosa applicazione del principio di legalità, in materia affermato dall'art. 42 Cost. e rimarcato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo in tema di assenza della base legale delle prassi sulla 'espropriazione indiretta': nessuna norma ha indicato i requisiti formali necessari per la validità della 'rinuncia abdicativa', né ha precisato quali effetti si producano.

La Sezione quindi, pur rimettendo la questione all'Adunanza plenaria, ha concluso che si potrebbe affermare quanto segue: a) per le fattispecie sottoposte all'esame del giudice amministrativo e disciplinate dall'art. 42 bis del testo unico sugli espropri, 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; b) la 'rinuncia abdicativa', salve le questioni concernenti le controversie all'esame del giudice civile, non può essere ravvisata quando sia applicabile l'art. 42 *bis*.

### **20.3. Interpretazione dell'art. 42 *bis* del Testo unico espropriazione in presenza di un giudicato restitutorio del giudice ordinario.**

Con ordinanza 15 luglio 2019, n. 4950 la Sezione quarta ha deferito all'Adunanza plenaria alcune questioni relative alla interpretazione dell'art. 42 *bis* del t.u. espropri, con particolare riferimento alla possibilità di adottare un decreto di acquisizione sanante per la costituzione, in favore di un Comune, di una servitù pubblica di passaggio per l'accesso ad un parco pubblico, in presenza di un giudicato civile di restituzione del terreno, conseguente non ad una procedura espropriativa illegittima ma alla declaratoria di nullità di un contratto di compravendita con immissione immediata nel possesso in favore del Comune.

Ad avviso della Sezione si potrebbe dissentire dalle osservazioni del giudice di primo grado, secondo le quali il potere previsto dall'art. 42 *bis* non sarebbe esercitabile quando vada ad incidere su un 'rapporto privatistico' e vi siano trattative per l'alienazione del bene. Tali osservazioni innanzitutto sembrano urtare con i dati testuali sopra riportati dell'art. 42 *bis*, che non ha escluso l'esercizio del potere di acquisizione quando pendano trattative tra le parti. Inoltre, esse non risultano coerenti con i principi di buon andamento e di economicità, oltre che con esigenze di coerenza del sistema.

Quando è attivato un procedimento ablatorio, l'Amministrazione ben può esplorare l'ipotesi di concludere un contratto di acquisto (o un accordo di cessione), per prevenire contenziosi. Ed è del tutto coerente con le finalità dei procedimenti ablatori la possibilità che l'Amministrazione decida di avvalersi del proprio potere pubblicistico, dopo aver constatata l'indisponibilità del proprietario o la inaccogliabilità della sua richiesta in rapporto al valore oggettivo del bene.

Tali considerazioni riguardano non solo il procedimento espropriativo *ante operam* o quello che si deve concludere dopo la realizzazione delle opere, ma anche il procedimento semplificato previsto dall'art. 42 *bis*.

Del resto la giurisprudenza – quando constata l'occupazione *sine titulo* e dichiara l'obbligo dell'Amministrazione di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto – richiama costantemente la possibilità che essa eserciti proprio il potere previsto dall'art. 42 *bis*, qualora non sia concluso un contratto di acquisto. Tali considerazioni rilevano anche quando l'occupazione sia divenuta *sine titulo* solo dopo che vi sia stata la dichiarazione di nullità di un contratto.

Più in generale, la Sezione ha rimesso all'Adunanza plenaria le questioni: a) se il giudicato civile, sull'obbligo di restituire un'area al proprietario da parte dell'Amministrazione occupante *sine titulo*, precluda o meno l'emanazione di un atto di imposizione di una servitù di passaggio, con il mantenimento del diritto di proprietà in capo al suo titolare; b) se la formazione del giudicato interno - sulla statuizione del Tar per cui il giudicato civile consente l'attivazione di un ordinario procedimento espropriativo – imponga nella specie di affermare che sussiste anche il potere dell'Amministrazione di imporre la servitù di passaggio *ex art. 42 bis*, comma 6, t.u. n. 327 del 2001; c) se la preclusione del 'giudicato restitutorio' sussista anche quando la sentenza (nella specie, del giudice civile) non abbia espressamente precluso l'esercizio dei poteri previsti dall'art. 42 *bis* per adeguare lo stato di fatto a quello di diritto; d) se la preclusione del 'giudicato restitutorio' sussista solo in relazione ai giudicati formati dopo la pubblicazione della sentenza della Adunanza Plenaria n. 2 del 2016, ovvero anche in relazione ai giudicati formati in precedenza.

#### **20.4. Retrocessione parziale di beni espropriati.**

Con sentenza 2 gennaio 2019, n. 22 la sez. IV ha affermato che la retrocessione parziale dei beni espropriati è subordinata ad una determinazione amministrativa di inservibilità dei fondi espropriati all'opera pubblica e, solo dopo che sia stata emanata la formale dichiarazione di inservibilità, gli espropriati sono titolari, come per la retrocessione totale, di un diritto soggettivo, lo *jus ad rem*, che consente loro di agire per chiedere la restituzione dei beni espropriati e non utilizzati.

La retrocessione parziale (già prevista dagli artt. 60 e 61, l. 25 giugno 1865, n. 2359 ed ora dall'art. 47, d.P.R. n. 327 del 2001) si configura quando, dopo l'esecuzione totale o parziale dell'opera pubblica, alcuni dei fondi espropriati non abbiano ricevuto la prevista destinazione e rispetto ad essi può ancora esercitarsi una valutazione discrezionale circa la convenienza di utilizzarli in funzione dell'opera realizzata, sicché tali beni possono essere restituiti solo se l'Amministrazione abbia dichiarato che essi non servono più alla realizzazione dell'opera nel suo complesso.

La pretesa alla restituzione, pertanto, è subordinata ad una valutazione discrezionale dell'amministrazione, rispetto alla quale l'ex proprietario è titolare di un interesse legittimo pretensivo, tutelabile innanzi al giudice amministrativo.

La retrocessione parziale dei beni espropriati, in altri termini, è subordinata ad una determinazione amministrativa di inservibilità dei fondi espropriati all'opera pubblica e, solo dopo che sia stata emanata la formale dichiarazione di inservibilità, gli espropriati sono titolari, come per la retrocessione totale, di un diritto soggettivo, lo *jus ad rem*, che consente loro di agire per chiedere la restituzione dei beni espropriati e non utilizzati.

L'art. 47 del testo unico sugli espropri – come la previgente disciplina disposta dalla legge del 1865 - ha preso in espressa considerazione il caso ordinario in cui il bene sia stato espropriato in esecuzione del precedente atto di dichiarazione della pubblica utilità, determinativo della specifica utilizzazione del medesimo bene, ma non anche i casi (presi in considerazione dalle leggi emanate dopo la citata legge del 1865) in cui la dichiarazione di pubblica utilità sia la conseguenza della approvazione di piani attuativi e, in particolare, di un piano per gli insediamenti produttivi.

Si deve pertanto verificare quali siano gli interessi pubblici che l'Amministrazione può prendere in considerazione, quando una istanza di retrocessione abbia per oggetto un'area espropriata in sede di esecuzione di un piano attuativo ed essa non sia stata specificamente modificata, per soddisfare interessi pubblici.

Ad avviso della Sezione la valutazione in ordine all'esistenza di un persistente interesse pubblico all'attuazione dello strumento costituisce oggetto di una valutazione ampiamente discrezionale dell'Amministrazione, sindacabile in sede giurisdizionale solo in presenza di vizi di macroscopica illogicità o irragionevolezza o di travisamento del fatto; si deve tenere conto del principio per il quale dopo la scadenza degli effetti di un piano attuativo perdono efficacia i vincoli preordinati all'esproprio, ma restano fermi gli effetti urbanistici di natura conformativa, sicché ben può l'Amministrazione comunale rilasciare i titoli necessari per attuare il p.i.p. sulle aree già espropriate.

## **21. Edilizia.**

### **21.1. Distanze tra edifici nella Regione Veneto.**

Con ordinanza 1 marzo 2019, n. 1431 la sez. VI ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 8 *bis*, l. reg. Veneto 8 luglio 2009, n. 14 (Intervento regionale a sostegno del settore edilizio e per favorire l'utilizzo dell'edilizia sostenibile e modifiche alla legge regionale 12 luglio 2007, n. 16 in materia di barriere architettoniche), in riferimento all'art. 117, commi 2, lett. l), e 3, Cost., nella parte in cui consenta le deroghe alle disposizioni in materia di altezze previste dal d.m. 2 aprile 1968, n. 1444.

Ha chiarito la Sezione che l'art. 9, comma 8 *bis*, l. reg. Veneto n. 14 del 2009, nella parte in cui consente le deroghe alle disposizioni in materia di altezze previste dal d.m. n. 1444 del 1968, è in contrasto con i principi della legislazione statale, dettati dallo stesso d.m. e dall'art. 2 *bis*, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, con conseguente violazione dell'art. 117, commi 2, lett. l), e 3 Cost., in specie laddove non si prevede che le consentite deroghe debbano operare nell'ambito della definizione o revisione di strumenti urbanistici comunque funzionali a un assetto complessivo e unitario o di specifiche aree territoriali.



Ha ricordato la Sezione che con l'introduzione dell'art. 2-*bis* del TUE, da parte dell'art. 30, comma 1, lett. a), d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. 9 agosto 2013, n. 98, l'ordinamento ha sostanzialmente recepito l'orientamento della giurisprudenza costituzionale, inserendo nel testo unico sull'edilizia i principi fondamentali della vincolatività, anche per le Regioni e le Province autonome, delle distanze legali e più in generale delle previsioni stabilite dal d.m. n. 1444 del 1968 e dell'ammissibilità delle deroghe, solo a condizione che siano “inserite in strumenti urbanistici, funzionali a conformare un assetto complessivo e unitario di determinate zone del territorio” (cfr. ad es. sentenze nn. 185 del 2016 e 189 del 2016). La norma statuisce quanto segue: “Ferma restando la competenza statale in materia di ordinamento civile con riferimento al diritto di proprietà e alle connesse norme del codice civile e alle disposizioni integrative, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono prevedere, con proprie leggi e regolamenti, disposizioni derogatorie al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444, e possono dettare disposizioni sugli spazi da destinare agli insediamenti residenziali, a quelli produttivi, a quelli riservati alle attività collettive, al verde e ai parcheggi, nell'ambito della definizione o revisione di strumenti urbanistici comunque funzionali a un assetto complessivo e unitario o di specifiche aree territoriali”.

La deroga alla disciplina dei parametri in tema di densità, di altezze e di distanze, realizzata dagli strumenti urbanistici deve quindi ritenersi legittima sempre che faccia riferimento ad una pluralità di fabbricati e sia fondata su previsioni planovolumetriche che evidenzino, cioè, una capacità progettuale tale da definire i rapporti spazio-dimensionali e architettonici delle varie costruzioni considerate come fossero un edificio unitario.

Alla luce delle considerazioni svolte, appare non coerente, rispetto alle indicazioni interpretative offerte dalla giurisprudenza costituzionale e ribadite dal disposto di cui all'art. 2 *bis* t.u. edilizia, il mancato riferimento della norma impugnata a quella tipologia di atti menzionati nel testo del d.m. n. 1444 del 1968, cui va riconosciuta la possibilità di derogare al regime delle altezze e delle distanze.

Inoltre, la stessa giurisprudenza costituzionale ha stabilito, con riferimento alle distanze sebbene con una considerazione che pare potersi estendere anche qui alle altezze stante l'analogia del testo del d.m. e la generalità della previsione letterale dell'art. 2 *bis* (ben più ampia della mera rubrica), che la deroga alle distanze minime potrà essere contenuta, oltre che in piani particolareggiati o di lottizzazione, in ogni strumento urbanistico equivalente sotto il profilo della sostanza e delle finalità, purché caratterizzato da una progettazione dettagliata e definita degli interventi (sentenza n. 6 del 2013). Ne consegue che devono ritenersi ammissibili le deroghe predisposte nel contesto dei piani urbanistici attuativi, in quanto strumenti funzionali a conformare un assetto complessivo e unitario di determinate zone del territorio, secondo quanto richiesto, al fine di attivare le deroghe in esame, dall'art. 2 *bis* t.u. edilizia, in linea con l'interpretazione nel tempo tracciata dal giudice delle leggi (sentenze nn. 231, 189, 185 e 178 del 2016 e n. 134 del 2014).

Tali peculiari elementi presupposti della deroga non si rivengono nell'art. 9, comma 8 *bis*, l. reg. Veneto n. 14 del 2009. Il riferimento agli ampliamenti ed alle ricostruzioni di edifici esistenti situati nelle zone territoriali omogenee di tipo B e C, nell'espressione

utilizzata dal legislatore regionale veneto al comma 9 *bis* in oggetto, appare infatti in contrasto con lo stringente contenuto che dovrebbe assumere una previsione siffatta, risultando destinata a legittimare deroghe al di fuori di una adeguata pianificazione urbanistica.

### **21.2. Concessioni in deroga.**

La sez. IV, con sentenza 12 aprile 2019, n. 2382 ha affermato che il contributo straordinario pari almeno al 50% del maggior valore acquistato dal suolo nel caso di permesso di costruire rilasciato in deroga al piano regolatore regionale (art. 16, comma 4, lett. d) *ter*, T.U. edilizia) va corrisposto anche in caso di varianti in deroga per attività produttive, nonostante le norme sul c.d. procedimento Suap non lo richiamino espressamente.

Ha chiarito la Sezione che la previsione dell'obbligo di contribuzione di cui all'art. 16, comma 4, lett. d-*ter*, d.P.R. n. 380 del 2001, sebbene di carattere straordinario, presenta nella materia edilizia un'applicazione generalizzata; del resto, nella disciplina dell'art. 8, d.P.R. 7 settembre 2010, n. 160 risulta assente una espressa previsione in ordine all'esclusione dell'applicabilità al procedimento Suap del prelievo contributivo, necessaria al fine di ritenere integrato il criterio di specialità; così come, la medesima disciplina, piuttosto che introdurre una normativa derogatoria in materia di obbligo contributivo, non fa che limitarsi a disciplinare una modalità particolare per la presentazione della domanda e per l'espletamento del relativo procedimento di rilascio del titolo edilizio, con previsioni agevolative ai fini dell'implementazione e dello sviluppo delle attività produttive; ad ogni modo, non risulta neppure ipotizzabile una previsione di esonero totale dal contributo straordinario, atteso che la riserva di cui al comma 4-*bis* dell'art. 16, d.P.R. n. 380 del 2001 ("fatte salve le diverse disposizioni"), facendo riferimento solo a "quanto previsto al secondo periodo della lett. d-*ter* del comma 4", riconosce alle legislazioni regionali ed agli strumenti urbanistici generali comunali un ambito di operatività limitato ai contenuti indicati in tale disposizione, individuabili esclusivamente nella percentuale di ripartizione, nelle modalità di versamento del contributo perequativo e nelle finalità di utilizzo.

### **21.3. Oneri di urbanizzazione e oneri di costruzione.**

La sez. IV, con sentenza 31 dicembre 2019, n. 8919 ha affermato che le convenzioni accessive a provvedimenti amministrativi ampliativi in materia edilizia possano consentire lo scomputo degli oneri di urbanizzazione, ma non anche del costo di costruzione. Ha osservato la Sezione che l'istituto della *datio in solutum* consiste nell'accordo negoziale fra creditore e debitore circa l'effettuazione, con effetto estintivo dell'obbligazione, di una prestazione diversa da quella originariamente dedotta in contratto: come tale, l'istituto è espressione della disponibilità del diritto (e del sovrastante rapporto obbligatorio) di cui, viceversa, l'Amministrazione impositrice, per le ragioni sopra enucleate, difetta *ex lege ab origine*.

Di converso, la locuzione "con le modalità e le garanzie stabilite dal Comune" contenuta nell'art. 16, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 non dimostra né sottende un'implicita autorizzazione legislativa a convenire pattiziamente forme solutorie alternative a quella monetaria.

In disparte il rilievo che un'eccezione di tale portata richiederebbe una disciplina espressa ed esplicita, è sufficiente considerare che tale locuzione va letta nell'ambito della generale disciplina apprestata dal comma in discorso, afferente alla realizzazione diretta, da parte del privato, delle opere di urbanizzazione: ne consegue che le "modalità" in questione sono solo quelle strettamente afferenti alla concreta esecuzione delle opere *de quibus* (tempistica, modalità costruttive, qualità dei materiali, *et similia*).

Peraltro, l'ammissione della negoziabilità delle modalità solutorie delle obbligazioni tributarie (o, comunque, disciplinate dal diritto pubblico) cozzerebbe frontalmente con i principi costitutivi su cui si regge il vigente sistema di contabilità pubblica, fondato sulla generale e rigida indisponibilità anche per l'Amministrazione, salve specifiche e puntuali disposizioni legislative, di tutta la disciplina del tributo (o, comunque, della prestazione patrimoniale imposta) per come delineata dalla legge.

La Sezione esclude anche la possibilità di richiamare l'istituto della compensazione.

Invero, la compensazione (che, peraltro, nel settore tributario opera solo in base ad espressa previsione normativa: art. 8, comma 6, l. n. 212 del 2000) valorizza a fini estintivi dell'obbligazione la compresenza, in capo all'Amministrazione ed al contribuente, di individuate ragioni contrapposte di credito/debito, laddove lo scomputo del costo di costruzione derogherebbe, senza alcuna base legislativa, all'ordinaria *regula juris* di natura pubblicistica per cui il pagamento dei tributi (e, più in generale, delle prestazioni di diritto pubblico) si fa in moneta.

Le considerazioni che precedono conducono alla corretta interpretazione da riconoscere alla convenzione accessiva al titolo edilizio: ai sensi dell'art. 1367 c.c., infatti, in situazioni di dubbio esegetico i contratti (e, quindi, anche gli accordi di diritto pubblico: art. 11, l. n. 241 del 1990) devono essere interpretati in modo tale da preservarne la validità.

Nella specie, l'unica esegesi compatibile con la validità della convenzione è quella che ascrive rilievo determinante alla lettera della stessa (che limita lo scomputo ai soli oneri di urbanizzazione), ritenendo, viceversa, recessivo (e, comunque, non significativo) il difforme dato numerico.

## **22. Energia.**

Con sentenza 3 settembre 2019, n. 9 l'Adunanza plenaria è intervenuta sulla natura del procedimento di verifica del rispetto della quota d'obbligo di energia rinnovabile per gli impianti di energia non rinnovabile. La questione le era stata rimessa dalla sez. IV, con ordinanza 25 marzo 2019, n. 1934, che aveva demandato all'Alto Consesso la questione se il procedimento di verifica in ordine al rispetto della quota d'obbligo di energia rinnovabile, regolato dai decreti ministeriali 11 novembre 1999 e 24 ottobre 2005 e attribuito al Gestore dei servizi energetici (GSE) sulla base della previsione legislativa (art. 11, comma 5, d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79), che demanda a direttive dell'autorità di governo l'attuazione della quota d'obbligo, configuri: a) l'esplicarsi di un potere amministrativo che si conclude con un provvedimento autoritativo di accertamento in ordine all'avvenuto rispetto o meno della quota d'obbligo, in ragione della finalità perseguita dalla disciplina in argomento, di tutelare l'interesse pubblico al corretto adempimento dell'obbligo derivante dall'art. 11, d.lgs. n. 79 del 1999, preordinato al perseguimento di

preminenti interessi pubblici anche di portata sovranazionale, in considerazione degli obiettivi europei e internazionali in materia produzione energetica da fonti rinnovabili; con conseguente posizione di interesse legittimo in capo ai destinatari e assoggettamento alle regole delle azioni impugnatorie-annullatorie degli atti amministrativi e ai rispettivi termini di decadenza; b) l'esplicitarsi di una procedura di controllo, affidata al GSE dai d.m., in ordine al rispetto di un obbligo previsto dalla legge con la finalità pubblicistica di favorire la diffusione di energia da fonti non rinnovabili; obbligo delimitato dalla legge nel suo contenuto, posto che si individua (art. 11, comma 2), mediante esclusioni (della cogenerazione, degli autoconsumi di centrale, delle esportazioni entro certi limiti, dell'energia prodotta da impianti di gassificazione a certe condizioni) la base di calcolo dell'energia da fonti non rinnovabili prodotta o importata ai fini della quota d'obbligo di energia da fonti rinnovabili; procedura che, a partire dall'autocertificazione e dai dati sugli impianti in possesso, si svolge, a cura del GSE, con cadenza annuale e valenza ricognitiva di natura tecnica in applicazione dei limiti legislativi vincolanti, si conclude con un accertamento, con la finalità di assicurare il rispetto dell'obbligo imposto e delimitato dalla legge e segnalarne l'inosservanza per le sanzioni previste; con la conseguenza che l'accertamento in ordine al rispetto o meno dell'obbligo *ex lege* di diritto pubblico opera sul piano paritetico del rapporto obbligatorio ed ogni contestazione dello stesso è soggetta al termine di prescrizione decennale.

Con la citata sentenza n. 9 del 2019 l'Adunanza plenaria ha stabilito il principio secondo cui hanno natura provvedimento soltanto gli atti con cui il GSE accerta il mancato assolvimento, da parte degli importatori o produttori di energia da fonte non rinnovabile, dell'obbligo di cui all'art. 11, d.lgs. n. 79 del 1999. Salvo il legittimo esercizio, ricorrendone i presupposti, dell'autotutela amministrativa, tali atti diventano pertanto definitivi ove non impugnati nei termini decadenziali di legge; deve invece riconnettersi natura non provvedimento agli atti con cui il GSE accerta in positivo l'avvenuto puntuale adempimento del suddetto obbligo da parte degli operatori economici di settore.

Ha chiarito l'Alto Consesso che il Gestore dei servizi energetici (già Gestore della rete di trasmissione nazionale, secondo la denominazione contenuta nella legge istitutiva del 1999) è persona giuridica di diritto privato, essendo stato costituito nelle forme della società per azioni.

Tuttavia, le azioni della società sono integralmente riservate alla mano pubblica, stante la partecipazione totalitaria del Ministero dell'Economia e delle Finanze al capitale della società; inoltre, la società è sottoposta al potere di controllo sulla gestione finanziaria da parte della Corte dei Conti, che si esercita ai sensi dell'art. 12, l. 21 marzo 1958, n. 259. Ai sensi dell'art. 4 dello Statuto sociale, allegato all'atto costitutivo del Gestore dei servizi energetici s.p.a., la società ha per oggetto l'esercizio delle funzioni di natura pubblicistica nel settore elettrico e in particolare le attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione relativa al settore dell'energia elettrica di cui all'art. 3, commi 12 e 13, e di cui all'art. 11, comma 3, d.lgs. n. 79 del 1999, nonché le attività correlate di cui al d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 e successive modifiche e integrazioni, in materia di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, comprese le attività di carattere regolamentare e le altre competenze, di-

ritti e poteri ad esse inerenti. Ai sensi dell'art. 8 dello Statuto della società, i diritti dell'azionista sono esercitati d'intesa tra il Ministro dell'economia e delle finanze ed il Ministro dello sviluppo economico, ai sensi dell'art. 3, comma 4, d.lgs. n. 79 del 1999.

Da quanto detto appare chiaro che il Gestore dei servizi energetici rientri nel novero dei soggetti privati svolgenti pubbliche funzioni posto che, pur rivestendo formalmente la veste di società di capitali di diritto privato, è nondimeno soggetto munito dalla legge di funzioni pubbliche correlate – tra l'altro – alla diffusione delle energie da fonte rinnovabile, al controllo ed alla gestione dei flussi energetici di tale provenienza ed all'assolvimento degli obblighi imposti dalla legge agli operatori del settore energetico.

Ha aggiunto l'Alto Consesso che le funzioni svolte dal Gestore consistono in particolare nel verificare se gli importatori o i produttori di energia prodotta da fonti non rinnovabili abbiano o meno rispettato, in rapporto all'annualità chiusa al 31 dicembre dell'anno precedente alla verifica, la c.d. quota d'obbligo, e cioè l'obbligo legale di produrre e immettere in rete (ovvero di acquistare per il tramite dei c.d. certificati verdi) una quota di energia prodotta da fonte rinnovabile.

Ora, poiché il suddetto obbligo è posto nel preminente interesse della collettività alla graduale riduzione della componente di anidride carbonica presente nell'atmosfera e corrisponde al superiore interesse a verificarne la concreta osservanza da parte dello Stato (qui da intendersi sia come Stato-persona, in rapporto ai vincoli internazionali nascenti dalla firma del c.d. Protocollo di Kyoto, sia come Stato-comunità in rappresentanza dell'interesse collettivo al miglioramento della qualità ambientale), ne viene che il compito di verifica affidato al GSE si risolve in una eminente funzione amministrativa di controllo sull'attività economica privata.

Come tale, siffatta attività si caratterizza per la sua significativa rilevanza pubblica, inquadrandosi nell'alveo dei controlli, espressamente previsti dalla Carta costituzionale (art. 41, comma 3, Cost.), che i pubblici poteri esercitano sull'attività economica privata per assicurare che la stessa persegua gli specifici fini sociali previsti dalla legge. In tale contesto, l'adempimento della quota d'obbligo, riguardata dal versante dei soggetti obbligati, si atteggia alla stregua di una prestazione patrimoniale imposta (art. 23 Cost.) la cui previsione a livello di normazione primaria (art. 11, d.lgs. n. 79 del 1999) soddisfa il requisito costituzionale della riserva relativa di legge.

Ciò premesso in linea generale riguardo alla natura giuridica del soggetto agente e della funzione amministrativa affidata in concreto alle sue cure, va ricordato che in base al principio di legalità (e dei suoi corollari in punto di tipicità e nominatività degli atti amministrativi a contenuto provvedimentale) un soggetto, anche privato, può emanare provvedimenti amministrativi solo nei casi previsti dalla legge, pacifico essendo (in base all'art. 1, comma 1-ter, l. 7 agosto 1990, n. 241) che i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative debbano assicurare il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento, e quindi in primis quello all'osservanza della legalità dell'azione amministrativa.

Ha aggiunto l'Adunanza plenaria che nel caso in esame, ad assicurare il rispetto dei richiamati principi della riserva relativa di legge in materia di prestazioni patrimoniali imposte nonché di funzioni amministrative esercitate da soggetti privati, soccorre in via prioritaria ed assorbente la previsione legislativa di cui al richiamato art. 11, d.lgs. n. 79

del 1999, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame. E' tale legge che individua i soggetti obbligati (importatori e i soggetti responsabili degli impianti che, in ciascun anno, importano o producono energia elettrica da fonti non rinnovabili) all'adempimento della quota d'obbligo e che costituisce la fonte dell'obbligo giuridico di natura patrimoniale loro imposto.

E' la stessa legge (art. 11, comma 5) che affida al Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato (corrispondente all'odierno Ministro dello sviluppo economico), di concerto con il Ministro dell'ambiente, il compito di dettare direttive per la concreta attuazione della previsione legislativa inerente alla quota d'obbligo.

In piena aderenza alla descritta fonte giuridica di rango primario, è stata quindi introdotta, in via di normazione secondaria, una dettagliata disciplina delle modalità di esercizio di tale controllo, attraverso un vero e proprio procedimento amministrativo, affidato al titolare del potere di controllo (appunto il GSE, che – come detto - rinviene detto potere nella legge istitutiva e nello statuto sociale), procedimento che si articola nelle sue fasi salienti della iniziativa, della istruttoria e della determinazione conclusiva. Nessun dubbio, pertanto, che la fonte del potere esercitato dal GSE abbia una solida base normativa, che giova qui richiamare nei tratti essenziali.

La legge (art. 11, commi 1, 2 e 3, d.lgs. n. 79 del 1999) obbliga i produttori e gli importatori di energia derivante da fonti non rinnovabili ad immettere nel sistema una quota d'obbligo di energia di fonti rinnovabili o ad acquistare certificati verdi corrispondenti a tale quota.

La stessa legge (art. 11 comma 5) demanda all'autorità governativa l'adozione delle direttive per la sua attuazione. Tali direttive sono state emanate dapprima con il d.m. 11 novembre 1999: ai sensi dell'art. 3 di tale d.m., che disciplina le modalità di quantificazione dell'energia soggetta all'obbligo, i produttori trasmettono un'autocertificazione, riferita all'anno precedente, attestante le importazioni e produzioni di energia non rinnovabile. L'art. 7 delinea la procedura per la "verifica annuale di adempimento all'obbligo", precisando che: entro il 31 marzo di ciascun anno i produttori trasmettono al Gestore "certificati verdi relativi all'anno precedente ed equivalenti, in termini di energia associata, all'obbligo di immissione che compete loro [...]" (comma 1); il Gestore, "sulla base dell'autocertificazione [...] ricevuta l'anno precedente, dei certificati verdi ricevuti, e di ogni altro dato in suo possesso, effettua la verifica, relativamente all'anno precedente, di ottemperanza all'obbligo [...] ed annulla i certificati relativi" (comma 2); l'esito della verifica deve essere "notificato agli interessati entro il 30 aprile di ciascun anno"; la verifica "si intende positiva" se l'energia da fonte rinnovabile associata ai certificati verdi trasmessi "uguaglia o supera il valore della quota in capo al soggetto"; nel caso di esito negativo, il produttore è tenuto a compensare entro trenta giorni "la differenza evidenziata dalla verifica" (tramite acquisto e invio al Gestore di eventuali certificati verdi in esubero relativi all'anno precedente o tramite acquisto e conseguente annullamento di certificati verdi emessi dal gestore); in caso di mancato adempimento, il Gestore segnala la circostanza all'Aeeg, che diffida l'obbligato all'ottemperanza.

Successivamente, le direttive attuative sono state aggiornate dal d.m. 24 ottobre 2005 (adottato in attuazione dell'art. 20, comma 8, d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, e a far

tempo dal novembre 2006) ed il d.m. del 1999 è stato abrogato con salvezza degli “effetti spiegati” e dei “diritti acquisiti”.

Tale ultimo decreto conferma il meccanismo dell'autocertificazione (art. 3) e della verifica annuale (art. 7), prevedendo altresì (art. 7, comma 4) la segnalazione dell'eventuale inottemperanza all'Autorità per l'energia elettrica “ai fini dell'applicazione delle sanzioni” contemplate dall'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 387 del 2003 a partire dal 2004.

Il suddetto art. 4, al comma 3, prevede in particolare che “i soggetti che omettono di presentare l'autocertificazione [...] sono considerati inadempienti per la quantità di certificati correlata al totale di elettricità importata e prodotta nell'anno precedente”; inoltre, l'art. 7, comma. 5, del nuovo decreto introduce a carico del Gestore l'obbligo di comunicare ai Ministeri competenti i soggetti inadempienti e l'entità degli inadempimenti ai fini dell'eventuale adozione di “idonee iniziative che tengano conto dell'entità complessiva delle inadempienze, della congruità delle sanzioni comminate e del grado di raggiungimento degli obiettivi connessi agli impegni di riduzione delle emissioni inquinanti assunti in sede comunitaria ed internazionale in applicazione del protocollo di Kyoto”.

Va soggiunto, per completezza, che anche il d.m. 24 ottobre 2005 è stato successivamente abrogato e sostituito dal d.m. 18 dicembre 2008, il cui art. 13 conferma, peraltro, nei suoi tratti distintivi, la disciplina in materia di verifica annuale di adempimento dell'obbligo già dettata dall'art. 7 del citato d.m. del 2005.

Le disposizioni appena richiamate delineano nel loro complesso un quadro regolatorio nel cui alveo si svolge dunque da parte del GSE un'attività implicante l'esercizio procedimentalizzato di eminenti funzioni amministrative di controllo.

Da tale schema procedimentale emerge infatti che rispetto all'adempimento, da parte dei produttori ed importatori di energia, dell'obbligo di che trattasi, le funzioni di controllo sono riservate in via esclusiva al GSE e che l'esito negativo di detto controllo comporta, tra l'altro, l'effetto di attribuire alla società obbligata la qualifica di soggetto inadempiente, con ogni ulteriore conseguenza sul piano della successiva ingiunzione di pagamento nonché dell'applicazione delle sanzioni pecuniarie da parte dell'Autorità di settore, salvi gli effetti delle comunicazioni ai Ministri competenti per ogni altro eventuale ulteriore provvedimento.

Orbene, alla luce di quanto detto, l'Adunanza plenaria ha concluso che il potere del GSE di accertare unilateralmente e definitivamente (in via amministrativa) lo stato (eventuale) di inadempienza degli operatori economici rispetto al ridetto obbligo di legge non possa che manifestarsi attraverso la forma ed i contenuti propri dell'attività provvedimentale.

Il suddetto potere si iscrive in un rapporto di naturale asimmetria fra le parti, ben rappresentato dalla tradizionale endiadi potestà-soggezione, propria dei rapporti di diritto amministrativo qualificati dalla autoritività dell'azione del soggetto agente.

Ha affermato l'Alto Consesso che, più che sulla forma procedimentalizzata, nei modi dianzi divisati, di esercizio dei poteri amministrativi di controllo in capo al GSE (non incompatibile *ex se* con la individuazione di posizioni di diritto soggettivo dei soggetti privati coinvolti) a far propendere per la connotazione autoritativa degli atti di accertamento negativo adottati dal GSE nell'ambito del procedimento di verifica di che trattasi

deponga la natura di quei poteri, estranea al paradigma dell'atto paritetico di mero accertamento ove si risolve nel produrre, con effetto costitutivo, un nuovo status a carico dell'operatore economico (quello appunto, di soggetto inadempiente), suscettibile di rilevare *ex se* ai fini della applicazione di ulteriori provvedimenti a carattere sanzionatorio.

Con ordinanza 28 gennaio 2019, n. 708 la sez. IV ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue le questioni a) se la Direttiva 2004/8/CE (in particolare, il suo art. 12), osti ad una interpretazione degli artt. 3 e 6, d.lgs. 8 febbraio 2007, n. 20, nel senso di consentire il riconoscimento dei benefici di cui al d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 (in particolare, di cui all'art. 11, e di cui alla Delibera 19 marzo 2002 n. 42/02 dell'Autorità dell'energia elettrica e del gas, delibera che della disposizione precedente costituisce attuazione), anche ad impianti di cogenerazione non ad alto rendimento, anche oltre il 31 dicembre 2010; b) se l'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti ad una interpretazione degli artt. 3 e 6, d.lgs. n. 20 del 2007, nei sensi indicati sub a), nella misura in cui tale disposizione, così come interpretata, possa determinare un "aiuto di Stato", e dunque porsi in contrasto con il principio della libera concorrenza; c) se corrisponda ai principi di eguaglianza e non discriminazione del diritto comunitario una normativa nazionale che consenta la permanenza del riconoscimenti dei regimi di sostegno alla cogenerazione non CAR (cogenerazione ad alto rendimento) fino al 31 dicembre 2015; tale potendo essere l'interpretazione del diritto interno italiano per effetto del n. 1 della lett. c) del comma 11, art. 25, d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, che abroga le norme richiamate dell'art. 1, comma 15, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

Ad avviso della Sezione si impone una pregiudiziale verifica di compatibilità della normativa nazionale nella misura in cui la stessa possa essere interpretata nel senso prospettato dall'appellante, con i principi del Trattato dell'Unione Europea ed, in particolare, con la Direttiva 2004/8/CE. Occorre in particolare verificare se l'interpretazione fornita (applicabilità dei benefici anche ad impianti di cogenerazione non ad alto rendimento oltre il dicembre 2010) possa dar luogo ad un aiuto di Stato, in contrasto con il principio di libera concorrenza e se il diritto interno possa anche interpretarsi nel senso della permanenza del riconoscimento dei regimi di sostegno alla cogenerazione non CAR fino al 31 dicembre 2015 (tale potendo essere la conseguenza che scaturisce dall'art. 25, comma 11, lett. c, n. 1, d.lgs. n. 28 del 2011, che abroga le norme richiamate dell'art. 11, d.lgs. n. 79 del 1999 a far tempo dal 1 gennaio 2016, anzi ora fino al 19 luglio 2014, per effetto dell'art. 10, comma 15, d.lgs. n. 102 del 2014).

La sez. IV, con ordinanza 3 settembre 2019, n. 6078 ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se ad una legge nazionale che imponga agli importatori di elettricità verde un onere pecuniario non applicabile ai produttori nazionali del medesimo prodotto ostino: l'art.18 TFUE, nella parte in cui vieta ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità nel campo di applicazione dei Trattati; gli artt. 28 e 30 TFUE, nonché l'art. 6 dell'accordo di libero scambio CEE – Svizzera, nella parte in cui dispongono l'abolizione dei dazi doganali sulle importazioni e misure aventi effetto equivalente; l'art. 110 TFUE, nella parte in cui vieta imposizioni fiscali sulle importazioni superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali similari;



l'art. 34 TFUE, nonché l'art. 13 dell'accordo di libero scambio CEE – Svizzera, nella parte in cui vietano l'adozione di misure aventi effetto equivalente a restrizioni quantitative sulle importazioni; gli artt. 107 e 108 TFUE, nella parte in cui vietano di dare esecuzione ad una misura di aiuto di Stato non notificata alla Commissione ed incompatibile con il mercato interno; la direttiva 2009/28/CE, nella parte in cui si prefigge di favorire il commercio intra-comunitario di elettricità verde favorendo, altresì, la promozione delle capacità produttive dei singoli Stati membri.

Ha chiarito la Sezione che l'art. 1, l. n. 79 del 1999, vigente sino al 1 gennaio 2016 (ossia sino al momento della definitiva eliminazione dall'ordinamento nazionale del sistema dei certificati verdi), ai commi 1 e 2 poneva a carico dei soggetti che immettono in rete energia prodotta da fonti non rinnovabili l'obbligazione di immettere in rete, nell'anno successivo, anche una predeterminata quota di energia verde (da essi stessi prodotta ovvero acquistata presso altri operatori); tale obbligazione poteva, altresì, essere adempiuta, a scelta del debitore (appare ricorrere, nella specie, l'istituto dell'obbligazione facoltativa), mediante l'acquisto di certificati verdi, il cui onere economico, dunque, gravava interamente sul patrimonio degli operatori privati che optavano per tale modalità solutoria; al comma 3 stabiliva che il Gestore dei Servizi Energetici, “al fine di compensare le fluttuazioni produttive annuali o l'offerta insufficiente, può acquistare e vendere diritti di produzione da fonti rinnovabili, prescindendo dalla effettiva disponibilità, con l'obbligo di compensare su base triennale le eventuali emissioni di diritti in assenza di disponibilità”: tale acquisto era effettuato utilizzando il gettito della componente A3 corrisposta in bolletta dai consumatori di energia, cui, dunque, faceva integralmente carico l'onere economico delle eventuali operazioni di acquisto curate dal Gestore.

Ove, viceversa, si intenda in senso ampio il concetto di aiuto di Stato, riconoscendone la ricorrenza anche in ipotesi di imposizione legislativa di obblighi di acquisto a carico degli operatori del settore ovvero di oneri economici a carico dei consumatori, pur tuttavia la declinazione nazionale degli obiettivi di consumo di energia pulita chiaramente formulata nella direttiva e, specularmente, la natura meramente facoltativa delle “misure di cooperazione tra Stati” potrebbero, unitariamente considerati, condurre a ritenere che, *in subiecta materia*, si debba fare riferimento, al fine di valutare la compatibilità europea della normativa interna dei singoli Stati membri, al solo spazio nazionale, *recte* al solo obiettivo nazionale del singolo Stato membro.

In altre parole, proprio perché la direttiva impone a ciascuno degli Stati membri il conseguimento di sempre maggiori quote di energia verde sul totale consumato, potrebbe apparire conforme a tale direttiva l'adozione, da parte degli Stati, di misure finalizzate ad agevolare esclusivamente i produttori di energia pulita stanziati sul proprio territorio: è evidente, invero, che l'aumento del consumo nazionale di energia verde viene certo facilitato dall'incremento della produzione nazionale di detta energia (cfr. sentenza C-492-14, *Essent Belgium NV*, del 29 settembre 2016, §§ 105 - 110).

Specularmente, posto che l'energia verde è strumento immediato per il conseguimento della finalità mediata di tutela dell'ambiente, può apparire conforme alla *ratio* della normativa europea il fatto che ciascuno Stato membro favorisca, appunto tramite l'agevolazione della produzione nazionale di energia pulita, la salubrità ambientale del proprio

territorio (cfr. sentenza C-573-12, Ålands Vindkraft AB, del 1 luglio 2014, §§ 53 – 54, 94 – 95 e 130).

Una diversa conclusione, invero, sarebbe coerente con un’impostazione europea tesa alla fissazione di obiettivi continentali di produzione e consumo di energia pulita a prescindere dalla puntuale diffusione su tutto lo spazio europeo: di contro, come visto, la direttiva in commento presceglie un approccio nazionale, prescrivendo obiettivi individuali per ogni Stato parametrati in base alle “situazioni di partenza, alle possibilità di sviluppo dell’energia da fonti rinnovabili ed al mix energetico”.

Altrimenti detto, poiché la direttiva stabilisce obiettivi prospettici in punto di energia verde per ciascuno Stato membro e contempla espressamente i regimi di sostegno nazionali alla produzione di energia verde, che anzi dichiara di voler “garantire” (cfr. considerando 25), e poiché i regimi di sostegno nazionali prevedono per definizione un trattamento speciale, in senso tecnico-giuridico, a favore dei produttori di energia verde stanziati nel territorio dello Stato membro, potrebbe allora concludersi che tali regimi, lungi dall’introdurre una deroga al “sistema di riferimento” stabilito in sede europea e, come tali, integrare potenzialmente aiuti di Stato (cfr. osservazioni scritte della Commissione, §§ 20 – 24), di contro ne supportino, favoriscano e consentano l’implementazione concreta.

Ha evidenziato la Sezione che la stessa Commissione, nelle proprie osservazioni scritte, sostiene che l’ascrizione ad una misura nazionale della natura di aiuto di Stato presuppone, tra l’altro, la verifica circa il carattere selettivo della misura; pregiudiziale a tale verifica è l’individuazione del “sistema di riferimento”: solo ove deroghi alle regole di tale “sistema”, infatti, una misura presenta un carattere selettivo.

Orbene, il “sistema di riferimento” dettato *in subiecta materia* dalla direttiva in commento è *ex se* dichiaratamente e volutamente selettivo, in quanto volto a privilegiare, in ciascuno dei Paesi membri, la produzione di energia verde rispetto al ricorso a fonti non rinnovabili (cfr., del resto, art. 194, comma 1, lett. c, TFUE).

Da tale prospettiva concettuale deriverebbero i seguenti corollari: sulla Repubblica Italiana non gravava alcun dovere di previa notifica alla Commissione a seguito dell’emanazione del d.lgs. n. 28 del 2011; la disciplina italiana non configurerebbe né una tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale a danno degli importatori in Italia di energia verde prodotta in altri Stati dell’UE, né una misura equivalente alla restrizione quantitativa all’importazione ed alla libera circolazione dell’energia “verde”.

L’enucleazione di un regime di sostegno a favore dei soli produttori nazionali ed a carico di quanti immettano in rete energia non prodotta in Italia da fonti rinnovabili, infatti, sarebbe la mera declinazione pratica delle finalità generali, stabilite dalla direttiva, di incentivazione della produzione di energia pulita in forma per così dire “diffusa” e capillare nel territorio dell’Unione.

Tale regime, dunque, - oltre a non integrare un aiuto di Stato - non avrebbe né lo scopo di introdurre una tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale ai danni dell’importatore di energia verde da altro Stato membro (che, peraltro, ben potrebbe aver beneficiato dei regimi di sostegno eventualmente previsti in tale Paese - cfr., sul punto, l’art. 15, paragrafo 2, direttiva 2009/28/CE), né la finalità di introdurre una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all’importazione da altro Stato membro di

tale tipo di energia: semplicemente, indirizzerebbe ai soli soggetti nazionali (recte, operativi in Italia) le provvidenze di un regime di sostegno nazionale istituito al fine di conseguire un obiettivo nazionale imposto dal diritto europeo, senza introdurre alcun vincolo od ostacolo (sia esso normativo, tributario, amministrativo o materiale) all'importazione di energia pulita prodotta in altro Stato membro.

In tale ottica, invero, l'obbligo di acquisto di certificati verdi a carico dell'importatore di energia prodotta all'estero sarebbe funzionale al disegno complessivo del regime di sostegno divisato dalla legge italiana, teso ad incentivare la produzione nel territorio nazionale di energia verde con oneri a carico sia dei consumatori (sui quali grava l'onere economico della facoltà di acquisto, in capo al GSE, dei certificati eventualmente inventuti), sia degli operatori che, in qualunque forma, immettano nella rete nazionale energia non prodotta in Italia da fonti rinnovabili.

Tale regime, nell'ottica in commento, sarebbe altresì in linea con gli artt. 18 e 110, comma 1, TFUE, poiché riserverebbe lo stesso trattamento a tutti gli operatori del settore elettrico, siano essi italiani o stranieri, che comunque immettano in rete energia non derivante da fonte rinnovabile italiana.

Ancora la sez. V, con ordinanza 27 dicembre 2019, n. 8822 ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 953, l. 30 dicembre 2018, n. 145 – in relazione agli artt. 3, 24, 111, 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. 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 – nella parte in cui prevede una generalizzata sanatoria rispetto ad accordi che abbiano imposto ai titolari di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili oneri di carattere meramente economico, e di cui è stata dichiarata la nullità in sede giurisdizionale.

La Sezione ha ricordato che l'art. 1, comma 953, l. n. 145 del 2018 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021), prevede che “Ferma restando la natura giuridica di libera attività d'impresa dell'attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica, i proventi economici liberamente pattuiti dagli operatori del settore con gli enti locali, nel cui territorio insistono impianti alimentati da fonti rinnovabili, sulla base di accordi bilaterali sottoscritti prima del 3 ottobre 2010, data di entrata in vigore delle linee guida nazionali in materia, restano acquisiti nei bilanci degli enti locali, mantenendo detti accordi piena efficacia. Dalla data di entrata in vigore della presente legge, fatta salva la libertà negoziale delle parti, gli accordi medesimi sono rivisti alla luce del decreto del Ministro dello sviluppo economico 10 settembre 2010, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 219 del 18 settembre 2010, e segnatamente dei criteri contenuti nell'allegato 2 al medesimo decreto. Gli importi già erogati e da erogare in favore degli enti locali concorrono alla formazione del reddito d'impresa del titolare dell'impianto alimentato da fonti rinnovabili”.

La Sezione ha quindi affermato che l'art. 1, comma 953, l. n. 145 del 2018 ha 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 meramente economico, e di cui è stata dichiarata la nullità in sede giurisdizionale, che non ne consente un'interpretazione conforme alla Costituzione. Ha aggiunto che il legislatore ha inteso impedire che l'orientamento del giudice amministrativo possa essere confermato e che le amministrazioni locali si trovino pertanto a dovere restituire le somme ricevute in esecuzione di accordi con i gestori di impianti energetici da fonti rinnovabili costituenti mere compensazioni pecuniarie, come nel caso di specie laddove la sentenza di primo grado fosse confermata. Ulteriore effetto derivante dalla norma è quello per cui la sanatoria degli accordi, attraverso la conservazione della loro efficacia, si estenderebbe anche alle somme ancora da versare da parte dei gestori degli impianti. Ciò si ricava dalla sua formulazione, secondo cui "i versamenti restano acquisiti nei bilanci degli enti locali, mantenendo detti accordi piena efficacia". Dalla piena efficacia degli accordi così prevista deriva quindi 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 cod. civ.).

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 cod. civ. e seguenti, 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 decreto legislativo 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 l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1, del 1° 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).

Analoghe questioni sono state rimesse alla Corte costituzionale dalla Sezione quinta con ordinanze 27 gennaio 2020, nn. 677, 678 e 679

## **23. Agricoltura.**

### **23.1. Quote latte.**

Diverse le questioni che la Sezione terza ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue in materia di quote latte.

Con ordinanza 5 aprile 2019, n. 2241 (ma analoga rimessione era stata fatta dalla sez. III con ord. 27 dicembre 2017, n. 6117) la sez. III la rimesso al Giudice europeo le questioni: a) se il diritto dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso che il contrasto di una disposizione legislativa di uno Stato membro con l'art. 2, paragrafo 2, comma 3, del Regolamento (CEE) n. 3950/92 comporti, quale conseguenza, l'insussistenza dell'obbligazione dei produttori di latte di corrispondere il prelievo supplementare al ricorso delle condizioni stabilite dal medesimo Regolamento; b) se il diritto dell'Unione europea e, in particolare il principio generale di tutela dell'affidamento, debba essere interpretato nel senso che non possa essere tutelato l'affidamento di soggetti che abbiano rispettato un obbligo previsto da uno Stato membro e che abbiano beneficiato degli effetti connessi al rispetto di detto obbligo, ancorché tale obbligo sia risultato contrario al diritto dell'Unione europea; c) se l'art. 9 del Regolamento (CE) 9 luglio 2001, n. 1392/2001 e la nozione unionale di "categoria prioritaria" ostino a una disposizione di uno Stato membro, come l'art. 2, comma 3, d.l. 24 giugno 2004, n. 157 approvato dalla Repubblica Italiana, che stabilisca modalità differenziate di restituzione del prelievo supplementare di latte imputato in eccesso, distinguendo, ai fini delle tempistiche e delle modalità di restituzione, i produttori che abbiano fatto affidamento sul doveroso rispetto di una disposizione nazionale risultata in contrasto con il diritto dell'Unione dai produttori che tale disposizione non abbiano rispettato.

Ha chiarito la Sezione che un primo dubbio esegetico concerne la valutazione della compatibilità con il diritto dell'Unione di una previsione nazionale che accordi un trattamento differenziato a soggetti, nello specifico a produttori di latte vaccino, i quali abbiano rispettato un obbligo contrario al diritto dell'Unione europea. In altri termini, la Sezione si è interrogata sulla sussistenza, o meno, di un nesso di necessaria invalidità derivata (e, quindi, di disapplicazione) dell'art. 2, comma 3, d.l. n. 157 del 2004 (nella versione originaria, vigente al 25 giugno 2004, secondo cui "Ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 28 marzo 2003, n. 49, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 maggio 2003, n. 119, il prelievo versato mensilmente in eccesso dai produttori in regola con i versamenti è restituito ai produttori medesimi. Al termine di tale operazione, qualora il restante totale delle imputazioni di prelievo da eseguire risulti superiore al prelievo do-

vuto all'Unione europea aumentato del 5 per cento, l'Agea procede ad annullare il prelievo imputato in eccesso ai produttori che non hanno ancora eseguito i versamenti mensili, applicando i criteri di priorità previsti dai commi 3 e 4 del medesimo articolo 9, ferme restando le sanzioni di cui all'articolo 5, comma 5, del medesimo decreto-legge”) in conseguenza della invalidità dell'art. 5, l. 30 maggio 2003, n. 119, che ha convertito in legge il d.l. 28 marzo 2003, n. 49, recante riforma della normativa in tema di applicazione del prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari.

Al riguardo la Sezione ha chiarito che la l. n. 119 del 2003 fu approvata dal Legislatore italiano anche al fine di contrastare la diffusa inosservanza del sistema delle c.d. “quote latte” in alcune regioni del Nord Italia e, quindi, in questa prospettiva si optò per l'introduzione di obblighi a carico dei soggetti coinvolti nella filiera del latte, come l'obbligo qui contestato (si è trattato in realtà di una anticipazione, posto che l'introduzione di detto obbligo da parte degli Stati membri fu, difatti, ammessa in seguito anche dal diritto dell'Unione), volti ad arginare tale pernicioso fenomeno e a garantire, in tal modo, l'effetto utile del diritto sovranazionale.

La Sezione ha affermato di non ignorare che la primazia del diritto dell'Unione non giustifica di per sé violazioni dello stesso ordinamento da parte della legislazione degli Stati membri, ancorché ispirate dalla finalità di assicurare un maggiore rispetto della normativa sovranazionale.

Senonché appartiene al diritto dell'Unione anche il principio generale di tutela dell'affidamento che, nel caso descritto, sembrerebbe consentire la protezione degli interessi di quei produttori e di quegli acquirenti che abbiano comunque rispettato una prescrizione stabilita dalla legge nazionale rispetto a coloro che non l'abbiano rispettata, interessi che – aderendo alla tesi seguita dagli appellanti – verrebbero pregiudicati, posto che la Repubblica Italiana dovrebbe recuperare quanto ad essi restituito in base al predetto art. 2, d.l. n. 157 del 2004.

Sotto un distinto profilo, la Sezione si è interrogata sull'effettivo contrasto dell'art. 2, comma 3, d.l. n. 157 del 2004 con l'art. 9 del Regolamento (CE) 9 luglio 2001, n. 1392/2001.

Difatti è opinione della Sezione che, fermo restando quanto osservato circa la contrarietà dell'art. 5, l. n. 119 del 2003, l'art. 2, comma 3, non configuri l'insieme dei produttori che abbiano rispettato l'obbligo di versamento mensile come una “categoria prioritaria” ai sensi del diritto dell'Unione europea.

La Sezione ha ritenuto, per contro, che l'art. 2, comma 3, stabilisca modalità differenziate per la restituzione del prelievo imputato in eccesso, distinguendo tra i produttori che abbiano osservato l'obbligo del versamento mensile da quelli che non l'abbiano rispettato.

Occorrendo, però, conoscere l'esatta interpretazione del diritto dell'Unione in ordine al concetto e alla configurabilità di una “categoria privilegiata” si impone anche in questo caso il rinvio pregiudiziale

Con successiva ordinanza 15 aprile 2019, n. 2437 la stessa Sezione terza ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se l'art. 16 del regolamento CEE n. 595/2004 osti ad una previsione nazionale, quale quella di cui all'art. 9, d.l. n. 49 del 2003, in combinato



disposto con l'art. 2, comma 3, d.l. 24 giugno 2004, n. 157, che ha previsto quale criterio per l'individuazione della categoria prioritaria cui restituire il prelievo nel settore lattiero - caseario indebitamente imputato, quello del regolare versamento mensile da parte dell'acquirente.

Ha ricordato la Sezione che nel 1984, al fine di superare le eccedenze strutturali, l'allora legislatore della CEE aveva introdotto un regime di quote per la produzione del latte e dei prodotti lattiero-caseari collegato a un prelievo supplementare sulle consegne e sulle vendite dirette eccedenti la quota. L'operatività di tale regime, originariamente prevista per un periodo di 5 anni, è stata più volte prorogata, prima di concludersi definitivamente il 31 marzo 2015.

Il periodo in questo caso interessato dal contenzioso è quello governato dal regolamento (CE) n. 1788/2003 del Consiglio, del 29 settembre 2003, che ha stabilito un prelievo nel settore del latte dei prodotti lattiero-caseari per 11 periodi consecutivi di dodici mesi a decorrere dal 1° aprile 2004, un prelievo sui quantitativi di latte vaccino o di altri prodotti lattiero-caseari commercializzati, sostituendo il regolamento n. 3950/92 (relativo ai sette periodi progressivi).

Il contenzioso riguarda in particolare, per quanto qui rileva, il meccanismo di ripartizione e restituzione dei prelievi rivelatisi non dovuti a seguito delle operazioni di compensazione fra i quantitativi dei produttori eccedentari, rispetto alla propria quota di riferimento individuale, ed i minor quantitativi dei produttori che non hanno sfruttato la quota di riferimento assegnata.

Non si è qui nella fase (logicamente antecedente) della riassegnazione dei quantitativi di riferimento ai produttori (con metodo proporzionale o secondo criterio predefiniti) disciplinata dall'art. 10 par. 3 del Regolamento n. 1788/2003, ai fini della determinazione del contributo dei produttori al pagamento delle somme dovute dallo Stato. Si è invece nella fase successiva, in cui le somme riscosse dai produttori si sono rilevate superiori a quelle dovute dallo Stato al Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia: in tale ipotesi lo Stato ha, secondo il regolamento n. 1788/2003, due opzioni: a) destinare in tutto o in parte l'eccedenza riscossa al finanziamento delle misure di cui all'art. 18, paragrafo 1, lettera a) (accordare un'indennità ai produttori che si impegnano ad abbandonare definitivamente una parte o la totalità della loro produzione lattiera); b) ridistribuirlo in tutto o in parte ai produttori che rientrano in categorie prioritarie stabilite dallo Stato membro in base a criteri obiettivi.

I criteri obiettivi appena citati sono stati declinati dal Reg. (CE) 30 marzo 2004, n. 595. Lo Stato italiano ha previsto l'individuazione di una categoria prioritaria (ossia avente precedenza rispetto alle altre categorie) individuando quale criterio oggettivo l'appartenenza a "quelli per i quali tutto o parte del prelievo loro applicato risulti indebitamente riscosso o comunque non più dovuto" (art. 9, d.l. 28 marzo 2003, n. 49).

Così provvedendo il legislatore italiano sembrerebbe aver creato un categoria prioritaria che ricomprende non già quella dei produttori per i quali "la totalità o una parte del prelievo è stata indebitamente imputata", come consentito dall'art. 16, lett. a, del regolamento n. 595/2004, ma dei produttori che, oltre a trovarsi nella condizione appena descritta, hanno altresì versato regolarmente il prelievo (virtuale) su base mensile.

Il produttore, superato il quantitativo individuale di riferimento, consegna il latte all'acquirente ad un prezzo al netto del prelievo, con ciò rendendosi consapevolmente autore di una produzione eccedentaria, ma non risponde poi, né potrebbe, del concreto versamento delle somme oggetto di prelievo alla fonte, obbligazione quest'ultima dell'acquirente.

Il d.l. n. 157 del 2004 ha legato la fase del versamento (come detto nel controllo e disponibilità dell'acquirente) a quella della restituzione del prelievo indebito al produttore (virtualmente) eccedentario, attribuendo un "diritto" prioritario nell'ambito delle restituzioni ai produttori nei cui confronti l'acquirente, oltre ad avere riscosso, ha anche effettivamente versato mensilmente il prelievo ad Agea.

Va valutato, pertanto, se siffatto mutamento di impostazione e il collegamento operato tra le restituzioni e il meccanismo di prelievo alla fonte tramite l'acquirente sembra sia in linea o in contrasto con il criterio oggettivo di priorità indicato dall'art. 16, lett. a, del regolamento n. 595/2004 che, facendo riferimento alla sola indebita imputazione, non scontatamente può estendersi anche alla fase successiva del regolare versamento da parte dell'acquirente. Esso ha del resto, a livello nazionale, generato disparità di trattamento nell'ambito della categoria dei produttori eccedentari, in ragione del comportamento di un terzo - l'acquirente - non controllabile o orientabile dal produttore.

Sempre in tema di quote latte, con sentenza 13 agosto 2019, n. 5692 la Sezione seconda ha affermato

Che l'intesa sancita in data 14 dicembre 2006 tra il Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali e le Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano in materia di compensazione degli aiuti comunitari con i debiti delle aziende per prelievi supplementari, previsti nel complesso sistema delle "quote latte", non viola il principio di legalità, potendo per sua natura indicare regole per omogeneizzare le scelte operative degli Enti territoriali, senza che le stesse debbano poi essere riversate in una fonte primaria.

La Sezione ha affrontato il problema della legittimità dell'Intesa sancita tra Governo e Regioni per affrontare in maniera omogenea le criticità emerse in sede di riscossione coattiva del prelievo supplementare non versato, dopo l'attribuzione della relativa funzione a tali Enti territoriali attuata dalla l. 30 maggio 2003, n. 119, di conversione del d.l. 28 marzo 2003, n. 49.

Ha chiarito che l'Intesa costituisce la sede naturale nella quale trova espressione il principio di leale collaborazione richiamato dall'art. 120, comma 2, Cost. "in un sistema di più largo decentramento di funzioni quale quello delineato dalla riforma, la possibilità di tutelare, anche al di là degli specifici ambiti delle materie coinvolte e del riparto costituzionale delle attribuzioni amministrative, taluni interessi essenziali che il sistema costituzionale attribuisce alla responsabilità dello Stato e di altri interessi quali l'unità giuridica e l'unità economica della Repubblica, naturalmente facenti capo allo Stato, come ultimo responsabile del mantenimento della unità e indivisibilità della Repubblica garantita dall'art. 5 Cost.". Essa pertanto non necessita di essere trasfusa in un atto normativo primario, avendo lo scopo di omogeneizzare le condotte gestionali per prioritarie esigenze di unitarietà, peraltro nel caso di specie sollevate dalle stesse Regioni.

La Sezione ha aggiunto che la legittimità dell'Intesa non si pone neppure in contrasto con la normativa primaria, che vieta la compensazione dei crediti non pignorabili (combinato disposto degli artt. 1246, comma 1, n. 3, cod. civ. e 2, d.P.R. 24 dicembre 1974, n. 727), in quanto deriva la sua legittimazione dal primariato del diritto europeo: nell'ambito del rapporto unitario in materia di politica agricola comune (Pac) l'individuazione di qualsivoglia metodica funzionale ad ottimizzare l'attuazione delle misure adottate allo scopo, tra le quali va sicuramente ricompreso il complesso regime delle quote latte, è legittima ed auspicabile. Ciò in quanto l'art. 17 del regolamento n. 595/2004/CE pone a carico dei singoli Stati membri il dovere di adottare "tutte le misure necessarie affinché l'imposizione del prelievo venga effettuata correttamente e si ripercuota sui produttori che hanno contribuito al superamento". La compensazione che si colloca in tale rapporto unitario, può definirsi "impropria" e si caratterizza come mera partita contabile fra voci di dare e avere tra gli stessi soggetti.

Ha infine ricordato la Sezione che la possibilità di estinguere il debito da prelievo supplementare non versato, che precede la fase della riscossione affidata alle Regioni dalla l. n. 119 del 2003 solo a far data dall'annata lattiera 2003-2004, mediante compensazione con aiuti sia nazionali che comunitari, tuttavia, non può prescindere dalla certezza, liquidità ed esigibilità delle partite di dare ed avere messe in comparazione. Ciò rende illegittimi gli atti con i quali sono stati compensati prelievi supplementari il cui importo sia stato oggetto di contenzioso amministrativo, con aiuti comunitari a loro volta indicati avendo riguardo genericamente a disposizioni di erogazioni non comunicate né note alla controparte né per entità né per causale. Un credito contestato in un separato giudizio non è suscettibile infatti nemmeno di cosiddetta compensazione "impropria" o atecnica, che diversamente diverrebbe una sorta di compensazione di fatto, non solo sganciata da ogni limite previsto dalla disciplina codicistica, ma di fatto avverrebbe in dispregio di qualsivoglia forma di tutela preventiva del debitore che intenda contestare l'*an* o il *quantum* dell'obbligazione ascrittagli. L'eventuale sentenza di merito o provvedimento di condanna, anche se immediatamente esecutivi, emessi in un giudizio ancora pendente, non consentono cioè di ravvisare il necessario requisito della "definitività", e dunque della "certezza" del controcredito richiesta per operare la compensazione, trattandosi di titoli di accertamento del credito pur sempre connotati dalla provvisorietà, in quanto suscettibili di riforma o revoca nel corso dei successivi gradi del giudizio.

### **23.2. Attività connesse riconducibili all'ambito agricolo.**

La sez. III, con sentenza 4 settembre 2019, n. 6093 ha affermato che le attività connesse, per essere riconducibili all'ambito agricolo, devono essere svolte dallo stesso imprenditore agricolo e devono riguardare prevalentemente prodotti propri.

Ha ricordato la Sezione che l'art. 2135 cod. civ. esclude che possano qualificarsi come connesse attività ausiliare dell'agricoltura svolte da chi già non eserciti un'attività qualificabile come essenzialmente agricola ai sensi dei commi 1 e 2 dello stesso art. 2135 cod. civ..

Il comma 423 dell'articolo unico della legge finanziaria 2006 (23 dicembre 2005, n. 266) ha ampliato le categorie delle attività agricole connesse di cui al comma 3 dell'art. 2135

cod. civ., riconducendovi anche la produzione di energia elettrica o calorica derivante da fonti rinnovabili agroforestali (biomasse) e fotovoltaiche.

L'art. 1, comma 369, della legge finanziaria 2007 ha sostituito il comma 423 della legge finanziaria 2006, riformulandolo nel senso di sottolineare che, sebbene la connessione sia stabilita *ex lege*, devono essere rispettate le condizioni di prevalenza e di esercizio da parte dello stesso imprenditore agricolo.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 66 del 24 aprile 2015 ha evidenziato che il legislatore ha delineato la categoria delle attività connesse utilizzando il concetto della prevalenza dell'attività propriamente agricola nell'economia complessiva dell'impresa; nello stesso senso dispone l'art. 32, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 ai fini dell'Irpef.

La *ratio* dell'art. 52 comma 2 *bis*, d.l. 22 giugno 2012, n. 83 è quella di concentrare nello stesso imprenditore agricolo lo svolgimento dell'attività primaria diretta alla produzione agricola e quella accessoria di utilizzazione di un biodigestore, alimentato con i prodotti della propria azienda o di quella di altre aziende a lui collegate.

Nel concetto di agroindustria, da intendersi come l'insieme dei processi produttivi dedicati alla raccolta, al trattamento e alla trasformazione dei prodotti agricoli, non può rientrare, quindi, l'attività industriale di produzione di carburanti svolta dalla società appellata.

Ha aggiunto la Sezione che il tema dei sottoprodotti è particolarmente delicato perché incide sulla materia ambientale e sulla salute umana.

Sebbene la normativa europea (direttiva 2008/98/CE) promuova il riciclaggio dei rifiuti, ed incentivi le fonti rinnovabili per la produzione di energia elettrica (direttiva 2001/77/CE, direttiva 2009/28/CE), sollecitando il massimo sfruttamento delle risorse, la riduzione dei rifiuti ed il loro recupero/riciclaggio, nondimeno la qualificazione come sottoprodotto di un residuo necessita particolare cautela e presuppone la verifica della sussistenza delle condizioni caso per caso. Nella specie l'Amministrazione, facendo applicazione del principio di precauzione e prevenzione, nel disciplinare il digestato per usi agronomici, ha ritenuto di ammettere i soli materiali per i quali l'impiego doveva ritenersi sicuramente privo di rischi sotto il profilo ambientale e sanitario e, dunque, presuntivamente innocuo per l'ambiente e per la salute umana.

## **24. Commercio.**

### **24.1. Made in Italy.**

La sez. III, con sentenza 4 febbraio 2019, n. 865 è intervenuta sul contributo promozionale per diffondere in U.S.A. il *brand* vinicolo.

In punto di fatto, il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, con decreto ministeriale n. 32072 del 18 aprile 2016, recante il titolo "OCM Vino – Modalità attuative della misura "Promozione sui mercati dei Paesi terzi", ha disciplinato in dettaglio le modalità attuative della misura "promozione" prevista dall'art. 45, paragrafo 1, lett. b), del Regolamento Ue n. 1308 del 17 dicembre 2013 e riferita all'informazione e promozione dei vini dell'Unione sia negli Stati membri che nei paesi terzi.

Il predetto atto generale, all'art. 6, paragrafo 3, individua i requisiti di ammissibilità dei soggetti proponenti, prevedendo, tra l'altro, che "Il beneficiario non ottiene il sostegno a più di un progetto per lo stesso mercato del paese terzo nella stessa annualità". Tale

preclusione è valida anche ...in caso di partecipazione del beneficiario a progetti presentati da raggruppamenti temporanei”.

La definizione dell'accezione “beneficiario” è contenuta, in termini più generali, all'art. 2 del medesimo decreto a mente del quale deve intendersi beneficiario “il soggetto che presenta il progetto e sottoscrive il contratto” ovvero, nel caso di soggetto plurisoggettivo, “ogni singolo partecipante ad un raggruppamento”. Di poi il medesimo testo, all'art. 11, indica, altresì, i criteri di priorità alla stregua dei quali graduare l'assegnazione di punteggi di premialità ai progetti ammessi, tra i quali quelli di: “nuovo Paese terzo o nuovo mercato del paese terzo”; “nuovo beneficiario” da intendersi quale “uno dei soggetti indicato [...] all'art. 3 che non ha beneficiato dell'aiuto sulla Misura Promozione nel corso dell'attuale periodo di programmazione 2014-2018. Nel caso di raggruppamenti, il requisito deve essere posseduto da tutti i partecipanti al raggruppamento medesimo”.

A fronte di tale disciplina la Sezione ha affermato che ai sensi dell'art. 6, comma 1, d.m. n. 32072 del 2016, la preclusione ad ottenere il sostegno a più di un progetto per lo stesso mercato del paese terzo nella stessa annualità si estende anche al caso di partecipazione del beneficiario a progetti presentati da raggruppamenti temporanei ma non anche da consorzi stabili.

Ha chiarito la Sezione che il riferimento, contenuto nel d.m. n. 32072 del 2016, ai raggruppamenti temporanei evoca, in ragione del chiaro valore semantico della proposizione utilizzata, aggregazioni non stabili e durevoli ma occasionate da scopi contingenti e mirati. Vengono cioè in rilievo quelle associazioni temporanee e di scopo espressamente contemplate alla lett. g) dell'art. 3 del medesimo decreto, che reca l'elenco completo dei soggetti beneficiari e che colloca i consorzi stabili nella distinta previsione di cui alla lettera h.

Ha ricordato ancora la Sezione che l'elemento essenziale per poter attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile è il c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le presentazioni previste nel contratto (ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate).

Il riferimento aggiuntivo del Codice dei contratti pubblici alla “comune struttura di impresa” induce a concludere nel senso che costituisce un predicato indefettibile di tali soggetti l'esistenza di un'azienda consortile, intesa nel senso civilistico di “complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa”.

L'alterità che connota tali soggetti rispetto ai propri componenti (e che vale a differenziarli sia rispetto ai raggruppamenti temporanei che ai consorzi ordinari) trova indiretta conferma nel fatto della possibilità, a determinate condizioni, di una partecipazione congiunta alla medesima gara.

Sul punto, si registra, invero, un diverso regime tra i raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari, da un lato, ed i consorzi stabili dall'altro: l'art. 48, comma 7, del Codice dei contratti prevede infatti che “E' fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti,

ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lett. b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato.”.

Anche in ambito comunitario (Corte di Giustizia Ue, sez. IV, 23 dicembre 2009, n. 376) si è affermato che viola i principi del Trattato la normativa nazionale che stabilisce l'esclusione automatica dei consorzi stabili, e delle imprese che lo compongono, che abbiano partecipato in concorrenza alla stessa procedura di affidamento di un pubblico appalto. Siffatta disposizione nazionale pone una presunzione assoluta d'interferenza reciproca tra i suddetti soggetti, anche nel caso in cui il consorzio non sia intervenuto nel procedimento per conto e nell'interesse di dette imprese; né è consentito ai suddetti operatori di dimostrare che le loro offerte sono state formulate in modo pienamente indipendente e che non vi è un rischio d'influenza sulla concorrenza fra gli offerenti.

#### **24.2. Disciplina regionale delle grandi strutture di vendita.**

Con sentenza 27 agosto 2019, n. 5902 la Sezione quarta ha affermato che la disciplina regionale in tema di grande distribuzione deve essere interpretata in maniera coerente con la sovra-ordinata normativa statale, posta a presidio della concorrenza; in particolare, la normativa regionale deve essere interpretata in maniera tale da non determinare l'ascrizione del carattere di “grande struttura di vendita” o, comunque, di struttura *lato sensu* “complessa” a strutture che, secondo la legge dello Stato, non lo sarebbero.

Ha chiarito la Sezione che pur ove si ammetta, infatti, che lo spazio regionale di regolamentazione delle attività commerciali possa spingersi sino alla generale perimetrazione categoriale delle strutture a ciò deputate, comunque tale *potestas* deve essere interpretata in maniera coerente con la cornice scolpita a monte dalla disciplina statale.

Invero, giacché da un lato la “tutela della concorrenza” si svolge anche mediante l'individuazione del livello massimo di adempimenti amministrativi necessari, su tutto il territorio nazionale, per l'apertura di nuove strutture (ossia per l'esercizio della libera iniziativa economica privata) e giacché, dall'altro lato, l'introduzione da parte della disciplina regionale di classificazioni tipologiche ulteriori rispetto a quelle statali può potenzialmente comportare un appesantimento degli oneri burocratico-amministrativi (cosiddetto *red tape*, nell'accezione anglosassone), ergo la normativa regionale deve essere interpretata in maniera tale da non determinare l'ascrizione del carattere di “grande struttura di vendita” o, comunque, di struttura *lato sensu* “complessa” a strutture che, secondo la legge dello Stato, non lo sarebbero.

Sulla scorta di tale premessa si evince, in una visione sintetica e d'insieme, che la considerazione giuridica unitaria di due o più “medie strutture di vendita”, quale che ne sia la categoria di sussunzione, richiede due convergenti e contestuali requisiti: uno materiale (la ricorrenza di un legame fisico) ed uno funzionale (la comunanza della gestione).

E', anzitutto, necessario che le strutture siano direttamente collegate fra loro: i consumatori, in sostanza, debbono poter accedere dall'una all'altra con facilità, disponendo di appositi percorsi pedonali appositamente studiati per la peculiare modalità di fruizione

di siffatte strutture, ove spesso le persone portano con sé da una struttura all'altra, a mezzo di carrelli od altri strumenti, gli acquisti precedentemente operati.

Tali percorsi devono collegare direttamente le strutture, non il più ampio lotto ove queste insistono, e devono correre su suolo privato; se su suolo pubblico, devono consentire un passaggio ben segnalato, dedicato specificamente ai consumatori, sufficientemente ampio e sicuro.

Tali percorsi possono essere indifferentemente al chiuso o all'aperto ma, in tale ultimo caso, devono differire dalla semplice transitabilità pubblica ordinariamente assicurata all'indistinta collettività a mezzo di marciapiedi od altre vie di transito pedonale: la considerazione giuridica unitaria di più strutture, invero, può darsi solo in presenza di elementi fattuali che ne differenzino e qualificano la conformazione in maniera precisa, trovandosi altrimenti di fronte alla mera contiguità di strutture distinte.

La necessità del collegamento fisico è, peraltro, implicita nella natura unitaria della struttura: non può, invero, darsi un unitario insediamento commerciale ove le varie componenti non siano direttamente ed efficacemente collegate fra loro.

In caso contrario, del resto, non vi sarebbe alcuna effettiva e concreta "organizzazione"; non sarebbe possibile utilizzare il sostantivo "aggregazione", che richiama un concetto di congenita unitarietà; non sarebbe predicabile la ricorrenza di un "unico complesso", ma una semplice (ed occasionale) vicinanza di distinte strutture, prive di alcun elemento in "comune" diverso dalla mera ubicazione nella medesima area.

## 25. Cave.

La sez. II, con sentenza 10 settembre 2019, n. 6121 ha affermato che nella Regione Campania la prosecuzione dell'attività di cava avvenuta *ope legis* in virtù dell'art. 36, l. reg. 13 dicembre 1985, n. 54, non avrebbe potuto di certo continuare, in assenza di un provvedimento formale, a tempo indeterminato ed oltre il termine massimo dei venti anni stabilito, invece, dalla legge per le ditte regolarmente autorizzate.

Ha chiarito la Sezione che la l. reg. Campania n. 54 del 1985, in materia di coltivazione di cave e torbiere, nel subordinare ad autorizzazione o concessione regionale la coltivazione dei giacimenti, ha previsto, all'art. 36, in via transitoria, la possibilità di proseguire le coltivazioni in atto alla data della sua entrata in vigore, previa presentazione di apposita domanda debitamente documentata, purché dette coltivazioni fossero state a suo tempo denunciate ai sensi dell'art. 28, d.P.R. 9 aprile 1959, n. 128, e sul presupposto della continuità soggettiva ed oggettiva del soggetto imprenditore e del giacimento.

Si è rilevato in giurisprudenza che "[s]econdo l'esegesi letterale e logica del comma 1 dell'art. 36, non sembra dubbio che unico titolo di legittimazione alla prosecuzione è la presentazione tempestiva della relativa domanda: tanto che solo nel caso in cui la domanda non sia presentata nel termine prescritto la coltivazione deve cessare e, se prosegue, è soggetta a una sanzione amministrativa pecuniaria, nonché — qualora vi sia alterazione dell'ambiente — all'obbligo di ripristino o di ricomposizione ambientale (comma 2 dell'art. 36, che richiama l'art. 28)" (Cass. pen., SS.UU., 17 dicembre 2001, n. 30).

L'articolo difetta di una previsione sugli effetti del silenzio serbato dall'amministrazione sulla domanda e, in ogni caso, sulla durata del regime transitorio, alimentando l'ipotesi

suggestiva che la coltivazione delle cave legittimamente in esercizio alla data di entrata in vigore della legge possa proseguire anche sine die, almeno sino a che l'autorità regionale non neghi l'autorizzazione richiesta.

Si tratterebbe, tuttavia, di un esito paradossale, contrario alla natura sicuramente transeunte del regime in questione (qualificato transitorio già nella rubrica della norma) ed irrazionale nell'implicare, col fatto che per le coltivazioni in regime transitorio non vi sarebbe alcuna autorizzazione che potrebbe scadere, che solo i nuovi autorizzati sarebbero sottoposti sicuramente all'ordinario termine massimo ventennale; oltre che in contrasto coi superiori principi di rango comunitario e costituzionale.

E per vero un tale, abnorme, esito è avversato, sul piano sistematico, dal richiamo operato dal medesimo art. 36, per la presentazione della domanda di proseguimento della coltivazione delle cave in atto alla data dell'8 gennaio 1986, all'articolo che disciplina la procedura ordinaria per l'autorizzazione di nuove cave (cfr. art. 36, comma 1: «La coltivazione delle cave in atto alla data dell'8 gennaio 1986, per le quali, a norma dell'art. 28, d.P.R. n. 128 del 1959, è stata presentata denuncia al Comune e alla Regione Campania, potrà essere proseguita, purché, entro sei mesi dalla stessa data, l'esercente abbia presentato domanda di proseguimento, con la procedura e documentazione prevista dall'art. 8 della presente legge ed adempia agli obblighi previsti dagli artt. 6 e 18 della presente legge»).

Quest'ultimo, infatti, impone che nella domanda sia indicato il periodo di tempo per il quale viene richiesta l'autorizzazione (art. 8, comma 1, lett. f), di modo che non può dubitarsi che, in definitiva, anche le coltivazioni in atto (per le quali è prescritta identica domanda) devono essere soggette ad un termine - il quale, in difetto di diversa previsione, non può essere che quello massimo ordinario, comune a tutte le altre - e che la mancata definizione della domanda di autorizzazione non può costituire una causa od un espediente tale da vanificare tale imprescindibile regola.

A chiarire definitivamente la volontà del legislatore regionale è, comunque, l'art. 16, l. reg. Campania 11 agosto 2005, n. 15 (legge finanziaria regionale per l'anno 2005). La disposizione stabilisce che «[n]elle more dell'approvazione del Piano regionale attività estrattive le attività estrattive in regime transitorio e regolarmente autorizzate di cui alla legge regionale n. 54 del 1985, e successive modificazioni, sono prorogate al 30 giugno 2006. La proroga è applicabile alle attività autorizzate e legittimamente esercitate e la prosecuzione deve avvenire nel rispetto delle leggi e dei progetti approvati, sussistendo le condizioni di fattibilità, attuabilità e legittimità dei progetti stessi».

Essa riguarda indistintamente tutte le attività estrattive legittimamente proseguite in regime transitorio ai sensi della l. reg. Campania n. 54 del 1985 e, prorogandole *ex lege* fino alla data del 30 giugno 2006 (sei mesi oltre il ventennio dall'entrata in vigore della l. reg. n. 54 del 1985), altrettanto indistintamente ne presuppone la scadenza anteriore, confermando la tesi dell'applicabilità (anche) ad esse del termine ventennale e, comunque, manifestando la inequivoca volontà legislativa di chiudere quell'esperienza transitoria alla data del 30 giugno 2006.

## **26. Contributi e finanziamenti.**



Con ordinanza 31 luglio 2019, n. 5447 la Sezione terza ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue le questioni se le regole in materia di concessione degli aiuti fissate dagli artt. 3 e 6 del Regolamento n. 1407/2013 debbano essere interpretate nel senso che per l'impresa richiedente, che incorra nel superamento del tetto massimo concedibile in virtù del cumulo con pregressi contributi, sia possibile - sino alla effettiva erogazione del contributo richiesto - optare per la riduzione del finanziamento (mediante modifica o variante al progetto) o per la rinuncia (totale o parziale) a pregressi contributi, eventualmente già percepiti, al fine di rientrare nel limite massimo erogabile; e se le stesse disposizioni debbano essere interpretate nel senso che le diverse prospettate opzioni (variante o rinuncia) valgono anche se non previste espressamente dalla normativa nazionale e/o dall'avviso pubblico relativo alla concessione dell'aiuto.

Ha chiarito la Sezione che le questioni attengono all'“interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione” e la loro risoluzione ad opera del giudice sovranazionale appare “necessaria”, rispettivamente ai sensi dell'art. 267, parr. 1, lett. b), e 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Ha ancora premesso la Sezione che la disciplina comunitaria dei c.d. “aiuti di importanza minore” (c.d. “*de minimis*” in quanto ritenuti, per la loro modesta entità, non capaci di incidere sugli scambi o di provocare significativi effetti distorsivi della concorrenza - come chiarito nel considerando 3 del Regolamento) è contenuta nel Regolamento n. 1407/2013 (sostitutivo del precedente Regolamento n. 1998/2006).

La *ratio* del regime *de minimis* risiede nella possibilità, per gli Stati membri, di sostenere alcuni settori merceologici o alcune tipologie di imprese attraverso la concessione di contributi di importo limitato, erogabili in tempi rapidi essendo essi sottratti all'ordinario obbligo di notifica alla Commissione previsto dall'art. 108, comma 3 del Trattato.

Le prescrizioni contenute nell'avviso pubblico quadro 2013 che regola la procedura non forniscono, d'altra parte, indicazioni di impatto decisivo in quanto, pur gravando i richiedenti il contributo di un onere di verifica, al momento della domanda, del rispetto delle condizioni poste dal regolamento *de minimis* (art. 4, comma 4), rinviando la presentazione della necessaria dichiarazione alla fase della rendicontazione (art. 4, comma 5) e collocano l'ammissione al contributo e la conseguente erogazione dell'aiuto a valle del procedimento e della verifica dei dati inoltrati dall'impresa.

Dunque, le disposizioni del bando si prestano a plurime interpretazioni, il che ne rende opportuna - in difetto di un quadro normativo nazionale di riferimento - una lettura “comunitariamente” orientata.

Ha aggiunto la Sezione che la gestione di eventuali rimodulazioni dell'istanza (conseguenti alla rinuncia a precedenti aiuti o al ridimensionamento del progetto e del contributo oggetto di richiesta) risulta di attuazione più problematica se rimessa alla fase della verifica istruttoria delle domande ammesse, perché destinata ad incidere sull'ordine di graduatoria che si è determinato sino a quel momento.

Quanto, poi, alla previsione del Regolamento del 2013 secondo la quale sono da considerarsi “concessi” gli aiuti nel momento in cui all'impresa è “accordato.. il diritto di riceverli).. indipendentemente dalla data di erogazione” (art. 3, comma 4), essa non pare inconciliabile con uno schema procedimentale nel quale, ad una prima fase di “ammissione” faccia seguito un più articolato approfondimento istruttorio - sempre interno al

procedimento e finalizzato al riscontro della documentazione attestante il rispetto dei requisiti del regime *de minimis* - solo alla conclusione del quale può dirsi conclusivamente “accordato” il diritto al contributo.

In questi stessi termini sembra potersi interpretare il complesso delle disposizioni contenute nell’avviso pubblico quadro 2013.

Sempre la fonte regolamentare pospone l'erogazione dell'aiuto al preventivo accertamento del non superamento del tetto (art. 6, comma 3), il che può indurre a ritenere che solo all'esito di tale verifica può dirsi definitivamente “accordato” il diritto alla percezione del contributo.

D'altra parte, è la stessa fonte regolamentare a precisare che l'ipotesi dell'aiuto “concesso” - ovvero del quale sia “accordato” il “diritto di riceverlo” - va intesa “a norma del regime giuridico nazionale applicabile”, il che lascia intendere che essa può corrispondere a schemi procedurali variabili e non predeterminati.

Infine, la formulazione dell'art. 6, comma 1, ultimo periodo, del Regolamento 1407/2013 (“Prima di concedere l'aiuto, lo Stato membro richiede inoltre una dichiarazione all'impresa interessata, in forma scritta o elettronica, relativa a qualsiasi altro aiuto *de minimis* ricevuto a norma del presente regolamento o di altri regolamenti *de minimis* durante i due esercizi finanziari precedenti e l'esercizio finanziario in corso”) ed, in particolare, il riferimento a “qualsiasi altro aiuto *de minimis* ricevuto”, sembra fare intendere che la dichiarazione debba riportare l'insieme degli aiuti percepiti: donde la necessità di comprendere se la scelta della rinuncia ad un precedente contributo debba necessariamente consumarsi prima che lo stesso sia materialmente erogato e se possa intervenire anche successivamente (pendente la nuova istanza di aiuto). Anche questo aspetto della disciplina assume rilevanza nella presente controversia, venendo in essa in rilievo aiuti pregressi già erogati e poi fatti oggetto di rinuncia.

## **26. Aiuti di Stato.**

La sez. V, con sentenza 15 luglio 2019, n. 4962, ha giudicato illegittimo un aiuto di Stato e delle relative misure di attuazione per violazione degli obblighi di notifica preventiva e sospensione non può, in nessun caso, essere sanata con effetto retroattivo *ex tunc* da un'eventuale successiva decisione della Commissione che dichiari tale atto compatibile con il diritto comunitario.

La Sezione ha preliminarmente ricordato che disciplina eurounitaria di cui gli artt. 87 e 88 del Trattato CE (e, attualmente, alle corrispondenti norme del TFUE) è preordinata ad un regime di libera concorrenza, al fine di evitare che il sostegno finanziario pubblico si traduca (o possa tradursi) nell'alterazione della par condicio tra le imprese operanti all'interno del mercato comune (in pregiudizio degli altri operatori del settore con stabilimento in Stati privi degli ausili in parola): a ciò consegue che, per un verso, la sopravvivenza nei diversi ordinamenti degli aiuti di Stato è consentita solo in presenza di determinati presupposti (risultando altrimenti le disposizioni interne contrastanti incompatibili con l'ordinamento comunitario sì da dover essere disapplicate da parte del giudice dello Stato membro), per altro verso che gli aiuti incompatibili con l'ordinamento comunitario (in quanto potenzialmente idonei ad alterare la par condicio nel libero mercato) devono essere necessariamente sottoposti ad un sistema obbligatorio di

autorizzazione preventiva da parte delle istituzioni comunitarie competenti; in particolare, gli aiuti sono sottoposti al controllo della Commissione che li autorizza quando rientrano in una delle deroghe previste dal Trattato, godendo al riguardo di un ampio potere discrezionale, salvo l'obbligo di motivazione.

Salvo che per gli aiuti *de minimis* (ovvero per quelle agevolazioni di importanza minore e ritenuti non in grado per il loro importo ridotto di alterare la libera concorrenza) e per le misure specificamente esentate, per gli aiuti di stato l'art. 88, comma 3, TCE (oggi art. 108, par. 3, del TFUE) prevede un generale obbligo di notifica preliminare alla Commissione (in tempo utile perché questa presenti le sue osservazioni) di tutti i progetti diretti a istituire aiuti o a modificare aiuti esistenti.

La Sezione ha quindi affermato che la valutazione di compatibilità espressa dalla Commissione europea a sanatoria in un periodo successivo può comportare effetti nei rapporti tra lo Stato e la Comunità europea, la quale eventualmente può rinunciare alla comminatoria di ulteriori sanzioni nei confronti dello Stato inadempiente, ma non vale a sanare, con effetto retroattivo *ex tunc*, l'illegittimità del beneficio attribuito in base ad una normativa e ad atti non preventivamente notificati alla Commissione stessa.

La decisione della Commissione che accerti la compatibilità dell'aiuto con il mercato comune ha natura e carattere costitutivo e viene emessa all'esito di una valutazione ampiamente discrezionale rimessa a tale istituzione.

Peraltro, la correttezza di tali assunti è avvalorata anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia puntualmente richiamata dal giudice di prime cure (sentenze 21 novembre 1991 in causa C-354/90, FNCE c. Stato francese e 5 ottobre 2006, in causa C-368/04, Transalpine Olletung in Osterreich GmbH e altri c. Finanzlandesdirektion fur Tirol e altri), secondo cui l'illegittimità di un aiuto e delle misure di attuazione di esso per omessa notifica non può essere sanata con effetto retroattivo da una eventuale successiva decisione della Commissione che dichiari tale atto compatibile con il diritto comunitario: ciò in quanto la decisione della Commissione che dichiara un aiuto non notificato compatibile con il mercato comune non ha la conseguenza di regolarizzare a posteriori gli atti di esecuzione che erano invalidi in quanto adottati nell'inosservanza del divieto di esecuzione degli aiuti prima dell'adozione della decisione stessa, non rilevando neppure la data di proposizione della domanda, se anteriore o successiva, rispetto alla decisione, poiché tale domanda riguarda la situazione illegittima che deriva dalla mancata notifica preventiva. Anche le predette pronunce confermano, del resto, che qualsiasi altra interpretazione condurrebbe a favorire l'inosservanza, da parte dello Stato membro interessato, della disposizione suddetta, svuotando quest'ultima del suo effetto utile.

La Corte di Giustizia, Grande Sezione, 12 febbraio 2008, C-199/06, Centre d'exportation du livre français e Ministre de la Culture et de la communication c. Société internationale de diffusion et d'édition), relativa proprio ad un caso analogo, di aiuto non preventivamente notificato alla Commissione ed eseguito prima della decisione da parte di quest'ultima sulla sua compatibilità, poi dichiarata solo in via successiva, ha chiarito che l'art. 88, n. 3, CE istituisce un controllo preventivo sui regimi di aiuto di nuova istituzione e che la decisione finale della Commissione non può avere l'effetto di sanare a posteriori gli atti di esecuzione invalidi perché adottati in violazione del divieto sancito

da tale articolo, sì che i giudici nazionali devono assicurare che ne saranno tratte le debite conseguenze, conformemente al loro diritto interno, sia per quanto concerne la validità degli atti di attuazione, sia per quanto attiene all'eventuale recupero degli aiuti concessi in violazione della norma o agli altri rimedi attivabili a tutela dei diritti delle parti (nei casi eccezionali nei quali va esclusa la ripetibilità dell'aiuto, anche a tutela dell'affidamento del beneficiario), quali il pagamento degli interessi sull'aiuto per il periodo di illegalità (id est: durante il quale l'aiuto è stato pagato prematuramente) ovvero il risarcimento dei danni eventualmente subiti da terzi in conseguenza del pagamento anticipato (contravvenendo all'obbligo di *stand still*) dell'aiuto.

## **27. Telecomunicazioni.**

La sez. VI, con ordinanza 27 marzo 2019, n. 2033 ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se il diritto dell'Unione europea osti a una normativa nazionale, come quella di cui all'art. 8, comma 6, l. 22 febbraio 2001, n. 36, intesa ed applicata nel senso di consentire alle singole amministrazioni locali criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile, anche espressi sotto forma di divieto, quali il divieto di collocare antenne in determinate aree ovvero ad una determinata distanza da edifici appartenenti ad una data tipologia.

Ha chiarito la Sezione che la disciplina europea ha contribuito a far emergere un duplice elemento che, seppur già ricavabile dalle norme interne (a partire dagli artt. 15 e 21 Cost.), appare di fondamentale importanza nel predetto bilanciamento: il diritto all'informazione dei cittadini e quello del cittadino di effettuare e ricevere chiamate telefoniche (e comunicazioni di dati) in ogni luogo, senza, quindi, limitazioni di carattere spaziale-territoriale (cfr. altresì art. 4 direttiva servizio universale). In tale diritto è ricompresa, anche se come contenuto accessorio, la facoltà di poter chiamare gratuitamente i numeri d'emergenza e in particolare il numero d'emergenza unico europeo a partire da qualsiasi apparecchio telefonico (cfr. Direttiva servizio universale, considerando 12) e di essere localizzati, anche senza comunicare, in situazioni in cui fosse necessario per la tutela della propria vita o della sicurezza anche altrui (considerando 36).

Per rendere effettivo tale diritto la disciplina europea ha imposto specifici obblighi a coloro i quali gestiscono i servizi, prevedendo che gli operatori del servizio universale mantengano l'integrità della rete, come pure la continuità e la qualità del servizio (considerando 14), in modo tale da assicurare l'effettività del diritto in capo a tutti gli utenti omogeneamente su tutto il territorio dell'Unione europea.

Sotto questo profilo, secondo una impostazione dottrinale di origine europea, il diritto dell'utente a poter chiamare, essere chiamato e trasmettere dati sempre e dovunque costituisce un diritto a soddisfazione necessaria che non può essere compresso o limitato arbitrariamente né da normazioni di livello statale né tantomeno da normazioni di livello inferiore

Tali diritti possono peraltro all'evidenza porsi in conflitto con quelli alla tutela dell'ambiente, della salute e del corretto assetto del territorio. Quelli appena richiamati danno vita ad interessi che, in materia, si muovono nella medesima direzione: la massimizzazione della tutela dell'ambiente esigerebbe che non vi fosse alcuna emissione elettroma-

gnetica artificiale e pertanto nessun apparato/antenna idonea a produrlo; quella del corretto assetto del territorio che non vi fossero pali, tralicci o altre strutture più o meno impattanti; quella della salute imporrebbe, sulla scorta del principio di precauzione, di evitare qualsiasi tipo di emissione elettromagnetica in quanto potenzialmente dannosa. In via astratta l'*iter* conflittuale in esame, oggetto di attenta ricostruzione a livello nazionale di riparto di competenza fra enti nella giurisprudenza costituzionale (nei termini con chiarezza espressi dalla Corte costituzionale, in specie a partire dalla sentenza 307 del 2003), è stato così efficacemente riassunto anche a livello dottrinale: posto che i dati scientifici attualmente a disposizione non dimostrano in modo certo che le emissioni elettromagnetiche siano dannose per la salute; posto che il principio di precauzione impone comunque di adottare ogni cautela in vista di danni ipoteticamente possibili, allora occorre definire i limiti oltre i quali, precauzionalmente, non sono legittime le emissioni. Tali limiti segnano la misura dell'incomprimibilità del diritto alla salute. La massimizzazione del diritto alla comunicazione troverebbe quindi in essi un primo confine invalicabile: le emissioni delle antenne dovranno essere sempre inferiori ai limiti cautelativi posti sulla base delle risultanze scientifiche anzidette. D'altra parte, dato che il diritto alla comunicazione non può essere arbitrariamente e ingiustificatamente compresso o limitato, le amministrazioni preposte al corretto governo del territorio dovranno trovare le soluzioni che di volta in volta meglio consentano il minor sacrificio dello stesso e, allo stesso tempo, la massima tutela del diritto alla comunicazione.

Sorge quindi, a quest'ultimo proposito, la necessità di individuare un bilanciamento; in tale ottica la condivisa interpretazione della disciplina nazionale in materia di cui agli orientamenti di questo Consiglio sopra richiamati, va sottoposta alla verifica della compatibilità con la disciplina europea vigente.

## **28. Fermo amministrativo.**

La sez. II, con sentenza 18 novembre 2019, n. 7858 ha affermato che il provvedimento che dispone, *ex art.* 69, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, il fermo amministrativo dei crediti vantati dal privato nei confronti dell'Amministrazione - stante la sua natura cautelare e intrinsecamente provvisoria e atteso che suo presupposto normativo è non già la provata esistenza del credito, bensì la mera ragione di credito - può essere adottato anche se, nei confronti del privato medesimo, sia stata unicamente esercitata l'azione penale attraverso la richiesta di rinvio a giudizio per reati commessi contro l'Amministrazione e che abbiano cagionato un danno patrimoniale alla stessa.

Ha chiarito la Sezione che non può considerarsi illegittimo un fermo amministrativo soltanto in quanto emesso dopo una richiesta di rinvio a giudizio e senza un vaglio dell'azione penale da parte di un'autorità giudicante.

Sul punto va rammentato che la richiesta di rinvio a giudizio è atto con cui si esercita l'azione penale, la quale, pertanto, è già integrata a prescindere dal futuro svolgimento dell'udienza penale e dal suo esito. Il fermo amministrativo, dunque, può essere attivato anche all'inizio di un procedimento penale a carico del creditore e in cui l'amministrazione statale sia parte lesa, il che è legittimamente avvenuto nel caso di specie.

E d'altro canto, la giurisprudenza civile prima citata (Cass. civ., sez. I, 4 maggio 2004, n. 8417), sia pur non espressamente soffermandosi sulla questione, fa riferimento alla mera

sussistenza di una “imputazione” ed all’“inizio di un procedimento penale” (“Il fermo amministrativo di cui all’art. 69, r.d. n. 2440 del 1923 – che consente ad un’amministrazione dello Stato che abbia, a qualsiasi titolo, ragioni di credito verso aventi diritto a somme dovute da essa o da altre amministrazioni, di sospendere, in via interinale, il pagamento – può essere adottato – stante la sua natura cautelare e intrinsecamente provvisoria, collegata per definizione a motivi di urgenza – anche quando il credito dell’amministrazione sia contestato, ma sia ragionevole ritenerne l’esistenza, posto che suo presupposto normativo è, non già la provata esistenza del credito, ma la mera ragione di credito, la quale può derivare anche dall’inizio di un procedimento penale a carico del creditore che veda l’amministrazione stessa come parte lesa”); nella specie era stato promosso un procedimento penale con l’imputazione, mossa a carico del legale rappresentante della società creditrice, di truffa ai danni dell’amministrazione).

La Sezione osserva altresì che, essendovi reati per cui il vigente codice di procedura penale prevede la citazione diretta a giudizio e reati con udienza preliminare, se ci accedesse alla tesi per cui una richiesta di rinvio a giudizio non sarebbe sufficiente per fondare l’emanazione di un fermo *ex art. 69, r.d. n. 2440 del 1923*, si creerebbe un paradossale doppio binario, in cui soltanto per i reati più gravi (quelli per cui è prevista l’udienza preliminare) non sarebbe sufficiente l’esercizio dell’azione penale da parte del pubblico ministero ai fini dell’adozione di un fermo amministrativo, mentre lo sarebbe nell’ipotesi in cui siffatto esercizio fosse effettuato tramite la citazione diretta, che instaura *ex se* un giudizio penale (*id est*: per i reati puntiti a pena edittale minore, in quanto di minore gravità).

## **29. Professioni e mestieri.**

### **29.1. Notaio.**

Con ordinanza 28 novembre 2019, n. 8154 la Sezione quarta ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se l’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, l’art. 10 TFUE e l’art. 6 della Direttiva del Consiglio 2000/7/CE del 27 novembre 2000, nella parte in cui vietano discriminazioni in base all’età nell’accesso all’occupazione, ostino a che uno Stato membro possa imporre un limite di età all’accesso alla professione di notaio.

Ha chiarito la Sezione che l’art. 1, comma 3, lett. b), l. 6 agosto 1926, n. 1365, come sostituito dall’art. 13, d.lgs. 24 aprile 2006, n. 166, prevede che per l’ammissione al concorso notarile gli aspiranti non devono avere compiuto gli anni cinquanta alla data del bando di concorso.

Non è possibile, ad avviso della Sezione, la disapplicazione della norma interna, in quanto le ragioni dell’eventuale contrasto con il diritto dell’Unione non sono immediate, né sufficientemente chiare, precise ed incondizionate.

In primo luogo, la direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005, sul riconoscimento delle qualifiche professionali, stabilisce all’art. 2 che essa si applica a tutti i cittadini di uno Stato membro che vogliono esercitare, come lavoratori subordinati o autonomi, compresi i liberi professionisti, una professione re-

golamentata in uno Stato membro diverso da quello in cui hanno acquisito le loro qualifiche professionali (comma 1), mentre non si applica ai notai nominati con atto ufficiale della pubblica amministrazione (comma 4).

Pertanto, occorre innanzitutto accertare se la disciplina sull'accesso all'esercizio della funzione notarile in uno Stato membro debba essere necessariamente oggetto di armonizzazione tra il diritto nazionale di quello Stato ed il diritto europeo.

Inoltre, il richiamato art. 6 della direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, rubricato "giustificazione delle disparità di trattamento collegate all'età", stabilisce che gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari.

Tuttavia, la Sezione è dell'avviso che sussistono dubbi sulla compatibilità dell'art. 1, comma 3, lett. b), l. n. 1365 del 1926, come sostituito dall'art. 13, d.lgs. n. 166 del 2006, con il diritto dell'Unione europea rilevante in tema di disparità di trattamento collegate all'età.

Infatti, si potrebbe ritenere che la disposizione del diritto interno, nell'ammettere al concorso per il conferimento dei posti notarili i soli aspiranti che non hanno compiuto cinquanta anni alla data del bando di concorso, non si basi su alcuna oggettiva e ragionevole giustificazione ispirata da una finalità legittima.

In altri termini, si potrebbe ritenere che la norma di legge dello Stato italiano ponga una discriminazione relativa all'età per il possibile conseguimento delle funzioni notarili, in assenza di una finalità legittima, comportando una disparità non consentita della direttiva Ue in materia.

## **29.2. Medico palliativista.**

La sez. III, con sentenza 25 marzo 2019, n. 1966 ha chiarito che l'attività del tirocinio formativo è finalizzata all'acquisizione delle competenze necessarie a svolgere l'attività di medico palliativista in piena autonomia e responsabilità, ma non può essere considerata essa stessa attività di medico palliativista, con conseguente sua computabilità in un triennio.

Ha ricordato la Sezione che la l. 15 marzo 2010, n. 38 ha inteso garantire ai pazienti l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore, con una innovazione normativa di straordinaria importanza, per il nostro ordinamento, nell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza sanitaria, poiché, con tale legge, lo Stato si è assunto l'impegno solidaristico, inteso a tutelare nel modo più profondo il valore della persona umana, di porre il malato terminale nella condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza, senza lasciarlo all'abbandono di una condizione priva di rimedi anche solo lenitivi della sua sofferenza, come del resto ha ben chiarito anche la stessa Corte costituzionale nella recentissima ordinanza n. 307 del 16 novembre 2018.

Fondamentale, per l'attuazione della legge, è la figura e l'opera del medico c.d. palliativista.

L'Accordo Stato-Regioni, previsto dall'art. 5, comma 2, l. n. 38 del 2010, è intervenuto solo a quattro anni di distanza dall'entrata in vigore della legge, il 10 luglio 2014, e ha elencato tutte le specializzazioni mediche, il cui conseguimento avrebbe rappresentato titolo di idoneità alla prestazione delle cure palliative in strutture mediche pubbliche o private accreditate, ma ha fatto propria anche la previsione "transitoria" dell'art. 1, comma 425, l. 27 dicembre 2013, n. 147.

La l. n. 147 del 2013 – legge di stabilità per il 2014 – si è preoccupata di intervenire a sanare la posizione di quanti già lavorassero nelle reti per le cure palliative e che, proprio mediante tale attività lavorativa, avessero già di fatto dimostrato di avere raggiunto un livello di formazione professionale equivalente a quello universitario richiesto ora dalla legge e ciò, come stabilisce l'art. 1, comma 425, della stessa legge, al fine di garantire la compiuta attuazione della l. n. 38 del 2010.

In attuazione di queste previsioni, quindi, il d.m. Salute 4 giugno 2015 ha stabilito, nell'art. 1, comma 2, che il medico deve aver svolto, alla data di entrata in vigore della l. n. 147 del 2013, attività nel campo delle cure palliative per almeno tre anni, anche non continuativi, presso le strutture delle reti dedicate alle cure palliative pubbliche o private accreditate e, nel successivo art. 3, comma 4, che l'esperienza professionale di cui al comma 2 dell'art. 1 è attestata dal direttore sanitario di ogni struttura pubblica o privata accreditata della rete stessa nella quale il medico ha svolto la propria attività.

Si deve trattare, dunque, di una esperienza professionale, certificata dal direttore della struttura della rete nella quale, testualmente, «il medico ha svolto la propria attività» ed è quindi chiaro, già dalla lettera della legge, che questa attività non può essere quella del medico tirocinante.

L'attività del tirocinio formativo è, infatti, finalizzata all'acquisizione delle competenze necessarie a svolgere l'attività di medico palliativista in piena autonomia e responsabilità, ma non può essere considerata essa stessa, ai fini che qui rilevano, attività di medico palliativista, con conseguente sua computabilità nel triennio, posto che l'attività costituente il nucleo dell'esperienza maturata nel triennio presuppone l'acquisizione delle competenze, durante il tirocinio, e non può ricomprendere, dunque, il tirocinio stesso finalizzato all'acquisizione di tali competenze.

### **29.3. Giornalisti.**

La sez. III, con sentenza 26 luglio 2019, n. 5290 si è occupata del contributo di solidarietà a carico delle pensioni in essere dei giornalisti, di importo pari o superiore a € 38.000 annuali.

La Sezione ha giudicato legittima la delibera adottata dall'Istituto Nazionale per la Previdenza dei giornalisti Italiani (INPGI) che prevede, a carico delle pensioni in essere dei giornalisti, di importo pari o superiore a 38.000 euro annuali, un contributo di solidarietà con scaglioni progressivi e durata di 3 anni (2017/2020), allo scopo di perseguire il riequilibrio della gestione finanziaria dell'Ente previdenziale.

Ha premesso che il contributo, che viene trattenuto all'interno della propria gestione dall'INPGI, con specifico scopo solidaristico endo-previdenziale, ha la finalità di contribuire agli oneri finanziari del sistema previdenziale, in un contesto di crisi del sistema



stesso particolarmente grave, a cui l'Istituto intende, con un'azione di riforma ben più generale, porre rimedio.

La misura straordinaria, sebbene imponga indubbiamente un sacrificio economico ai pensionati incisi (ed un sacrificio ulteriore a quelle pensioni di importo superiore a 91.250,32 euro già incise dal contributo straordinario imposto con la legge di stabilità del 2014) si pone a salvaguardia, in definitiva, della stessa aspettativa di questi pensionati di poter godere in futuro del trattamento pensionistico, pur contemperando tale aspettativa col principio di responsabile redistribuzione delle risorse in funzione equitativa, nell'ottica di un "patto intergenerazionale" che è stato anche alla base della stessa privatizzazione dell'Istituto di previdenza e assistenza dei giornalisti negli anni 90.

In ragione della sua temporaneità (2017/2020) e straordinarietà (trovando giustificazione nel periodo di grave crisi economica e del mercato del lavoro con ripercussioni sulla complessiva stabilità finanziaria del sistema pensionistico dell'istituto) il contributo può dirsi "eccezionale", secondo i parametri dettati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 173 del 13 luglio 2016, e non si palesa di per sé insostenibile, pur innegabilmente comportando un sacrificio.

Il contributo viene, in buona sostanza, utilizzato come misura una tantum, imposto in un'ottica di mutualità intergenerazionale, in un momento di grave crisi contingente del sistema; il che giustifica l'accettabilità della deroga al principio di affidamento in ordine al mantenimento del trattamento pensionistico già maturato, in armonia con la ratio dell'art. 3, comma 12, l. 8 agosto 1995, n. 335, come modificata dall'art. 1, comma 763, l. n. 296 del 27 dicembre 2006.

Ha poi chiarito la Sezione che il contributo straordinario imposto con la delibera n. 63 del 2016 impugnata rientra nel concetto di "determinazione del trattamento pensionistico" di cui all'art. 3, comma 12, l. n. 335 del 1995 e, quindi, rientra nei limiti della delegificazione operata da tale ultima disposizione in favore dell'autonomia regolamentare degli enti previdenziali privatizzati.

Con riferimento ai limiti di contenuto, deve osservarsi che il citato comma 13 dell'art. 3, l. n. 335 del 1995, come modificata dall'art. 1, comma 763, l. n. 296 del 2006 ha previsto che, in esito alle risultanze e in attuazione di quanto disposto dall'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 509 del 1994, gli enti adottano i "provvedimenti necessari per la salvaguardia dell'equilibrio finanziario di lungo termine, avendo presente il principio del pro rata in relazione alle anzianità già maturate rispetto alla introduzione delle modifiche derivanti dai provvedimenti suddetti e comunque tenuto conto dei criteri di gradualità e di equità fra generazioni."

Il principio del "pro rata", che attiene all'affidamento degli assicurati in ordine alle loro aspettative sulle prestazioni pensionistiche teoricamente maturate in relazione alla quantità di contributi versati, di cui i ricorrenti denunciano la violazione, è stato sostituito con un concetto meno rigido dall'art. 1, comma 763, l. n. 296 del 2006.

Tale norma ha introdotto una disposizione innovativa, secondo cui le Casse privatizzate nell'esercizio del loro potere regolamentare sono tenute non più al rispetto del principio del "pro rata" (vecchia formulazione), ma a tenere presente il principio del "pro rata" contemperato con "i criteri di gradualità e di equità fra generazioni" (nuova formulazione), a partire dal 1° gennaio 2007, data di entrata in vigore della l. n. 296. Con ciò il

criterio del “pro rata” è stato reso flessibile e posto in bilanciamento con i criteri di gradualità e di equità fra generazioni, consentendo alla Cassa, dalla data di entrata in vigore della norma, di adottare delibere in cui il principio del “pro rata” venga temperato rispetto ai criteri originali di cui alla l. n. 335 del 1995 (Cass. civ., sez. lav., 7 gennaio 2019, n. 133).

Dalla lettura delle premesse della delibera impugnata, emerge chiaramente che l’INPIGI ha voluto ripartire gli oneri conseguenti alle misure volte al contenimento della spesa previdenziale mediante l’applicazione del criterio di equità tra diverse generazioni di iscritti in contemperamento col principio del pro rata, ovvero tenendo conto legittimamente, in applicazione dell’art. 3, comma 12, l. n. 335 del 1995, della improponibilità di porre esclusivamente a carico delle generazioni di futuri pensionati il peso economico delle necessarie riforme.

La Sezione ha aggiunto che il contributo in questione non si sovrappone a quello di cui di cui all’art. 1, comma 486, l. 27 dicembre 2013, n. 147.

Infatti, in primo luogo, il “contributo di solidarietà” di cui qui si discute non colpisce le pensioni erogate negli anni 2014-2016, incise dal precedente contributo; colpisce, invece, pensioni, di più basso importo (pari o superiore a 38.000 euro annui), nel successivo periodo di tre anni, a partire dall’1 gennaio 2017, e comporta un sacrificio temporaneo e quantitativamente modesto a carico dei pensionati, con aliquote percentuali crescenti secondo il principio di proporzionalità.

Non può parlarsi di sovrapposizione, dunque, neppure rispetto a quella fascia di pensionati che (godendo di pensione di importo superiore ai 91.250,32 euro) fu assoggettata al contributo straordinario di solidarietà, di cui alla legge finanziaria del 2014, fino al 31 dicembre 2016.

#### **29.4. Gestore di agenzia immobiliare.**

Con ordinanza 18 settembre 2019, n. 6219 la Sezione quarta ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue le questioni: a) se le disposizioni ed i principi del diritto euro-unitario, fra cui gli artt. 4, 5 ss. della direttiva 1535/2015/UE, l’art. 8 della direttiva 98/34/CE e l’art. 56 TFUE ostino ad una normativa nazionale che, senza previa notifica alla Commissione europea, imponga al gestore di un portale telematico di intermediazione immobiliare “regole tecniche per la prestazione di un servizio della società dell’informazione” consistenti in obblighi informativi (trasmissione all’Agenzia delle Entrate dei dati relativi ai contratti conclusi tramite il portale telematico) e fiscali (effettuazione della ritenuta sui pagamenti operati in relazione ai contratti conclusi tramite il portale telematico e successivo versamento all’Erario); b) se le disposizioni e i principi del diritto euro-unitario, fra cui gli artt. 3, 18, 32, 44, 49, 56, 101 ss., 116, 120, 127 ss. del TFUE e le direttive 2000/31/CE e 2006/123/CE, ostino ad una normativa nazionale che: - introduce, con riferimento ai gestori di un portale telematico per la ricerca di immobili da locare, obblighi di raccolta e trasmissione di dati relativi ai contratti; - introduce, con riferimento ai medesimi gestori di portali telematici che intervengano nel pagamento del corrispettivo di contratti di locazione breve, l’obbligo di operare quale sostituto di imposta, ovvero di responsabile di imposta; - introduce, con riferimento ai gestori di portali telema-

tici non residenti e riconosciuti privi di stabile organizzazione in Italia, l'obbligo di nominare un rappresentante fiscale; - introduce, anche con riguardo a soggetti non residenti e privi di stabile organizzazione in Italia, l'obbligo di operare quali responsabili d'imposta in relazione all'imposta di soggiorno; c) se i principi fondamentali del diritto euro-unitario ostino, in termini generali, ad una disciplina nazionale che, di fatto, riversi su un'impresa le inefficienze dello Stato nell'accertamento e riscossione delle imposte. Ha osservato la Sezione che l'esegesi delle disposizioni nazionali e, soprattutto, euro-unitarie propugnata da parte ricorrente, secondo cui vi è un insanabile contrasto delle prime con le seconde, non è invero l'unica che può trarsi dal complesso normativo rilevante ai fini di causa: la contrapposta esegesi coltivata dal Tar e condivisa dalle odierne parti resistenti, invero, non presenta chiari tratti di patente irragionevolezza. Tale considerazione è di per sé sufficiente – impregiudicato ogni altro profilo – a rendere necessario il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, in considerazione del monopolio interpretativo del diritto euro-unitario che i Trattati assegnano alla Corte di Giustizia, della natura di Giudice di ultima istanza rivestita dal Consiglio di Stato e della specifica richiesta in tal senso svolta, sia pure in subordine, da parte ricorrente.

Come è noto, in presenza della richiesta di una parte processuale di ottenere dalla Corte l'esatta interpretazione del diritto euro-unitario (originario o derivato) rilevante ai fini di causa, il Giudice di ultima istanza è di regola tenuto a disporre la rimessione alla Corte, fatte salve puntuali e tassative ipotesi. In particolare, 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; inerisca ad punto di diritto già affrontato e risolto dalla Corte, sia pure nell'ambito di una controversia non strettamente identica; pur non ancora affrontata dalla Corte, sia comunque tale da non lasciare alcun ragionevole dubbio sull'esatta interpretazione da riconoscere al diritto euro-unitario.

Ciò premesso la Sezione ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia, non essendosi ancora il giudice europeo occupato della questione oggetto di causa ed essendo nell'attuale assetto ordinamentale la rimessione alla Corte un dovere per il Giudice di ultima istanza, sì che l'omissione di tale adempimento (che può determinare la responsabilità dello Stato ed 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 inconferenza o patente superfluità.

### **30. Concorso.**

#### **30.1. Concorso per la dirigenza di struttura operativa complessa riservato agli psichiatri.**

Con sentenza 29 aprile 2019, n. 2735 la Sezione terza si è occupata del concorso per la dirigenza di struttura operativa complessa riservato agli psichiatri e ha dichiarato illegittima l'esclusione degli psicologi dalle procedure concorsuali per l'accesso alla dirigenza di struttura operativa complessa al cui interno vengono effettuati sia servizi di natura

medica, che psicologica (Direttore di U.O.C. Tutela salute mentale e riabilitazione nell'età evolutiva del Distretto XI dell'Azienda Sanitaria locale Roma C nel primo caso e Direttore medico di struttura complessa Salute mentale I Distretto e Salute mentale II Distretto dell'Azienda Sanitaria Locale Roma A nel secondo), riservando le stesse solo a personale medico, salvo siano stato preventivamente esplicitate le ragioni che inducevano a ritenere meglio soddisfatto l'interesse aziendale e meglio garantita la funzionalità del servizio con la previsione di un medico quale responsabile; l'art. 4, d.P.R. 10 dicembre 1997, n. 484, che disciplina i requisiti per l'accesso alla direzione sanitaria aziendale, si limita ad elencare le discipline (solo) all'interno delle quali devono essere scelte le professionalità a cui affidare gli incarichi dirigenziali, ma non prescrive in alcun modo che la selezione di un incarico di direzione di una struttura che interessa più discipline debba essere limitata ad una sola categoria professionale.

La Sezione ha chiarito che la contrattazione collettiva nazionale dell'Area medica e non medica demanda al d.P.R. n. 484 del 1997 l'individuazione delle procedure per il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa, nel limite massimo stabilito dall'atto aziendale, che non pone, limitandosi ad indicare le figure professionali corrispondenti alle varie discipline, tra le quali figurano anche gli psicologi.

Le strutture complesse per la tutela della salute mentale svolgono sia prestazioni strettamente mediche e psichiatriche, che terapie psicologiche, quali quelle afferenti alla diagnosi e alla cura, non farmacologica, del disturbo psichico. Non è pertanto legittimo riservarne la direzione al solo personale sanitario appartenente al profilo professionale medico, salvo la scelta organizzativa presupposta risponda a motivate esigenze aziendali e di miglior funzionalità del servizio. Ciò del resto è quanto affermato dal Giudice delle leggi in relazione ai "SerT" (Servizi per le tossicodipendenze), in quanto istituiti per erogare terapie idonee sia alla disintossicazione e alla riabilitazione psico-fisica dei soggetti dediti al consumo di sostanze stupefacenti, sia, del pari, alla loro riabilitazione psicologica, funzionale ad un pieno reinserimento sociale (v. Corte cost. 25 novembre 2011, n. 321, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 5, 11 e 13, l. reg. Puglia 6 settembre 1997, n. 27, proprio in quanto precludeva agli psicologi l'accesso alla direzione). La diversa tipologia dei servizi erogati, al pari di quanto riconosciuto dalla Corte costituzionale per i Sert, unitamente al ruolo di coordinamento e gestionale, non consente di operare discriminazioni tra dirigenti medici e dirigenti psicologi, in quanto entrambi appartenenti al ruolo del personale sanitario del S.S.N. L'accesso pluricategoriale è privilegiato anche nel caso di ambiti pluridisciplinari, quali la psicoterapia, cui possono accedere sia psicologi che laureati in medicina e chirurgia, come indicato nelle circolari regionali, che comunque non incidono sulle diverse e motivate scelte organizzative quanto la struttura si caratterizza per la diversa tipologia dei servizi erogati.

D'altro canto le competenze manageriali richieste a chi è chiamato a sovrintendere strutture ove operino professionalità diverse, appartenendo necessariamente ad una sola di esse, rende irragionevole escludere da esse gli psicologi, sia perché la professionalità di questi ultimi resta implicata dall'esercizio dei compiti attribuiti alla direzione, sia perché le funzioni direttive non comportano l'erogazione diretta di prestazioni mediche psichiatriche, ma solo l'organizzazione e il coordinamento della sottostante struttura.

### **30.2. Utilizzo dell'algoritmo nelle procedure concorsuali.**

Con sentenze 8 aprile 2019, n. 2270 e 13 dicembre 2019, n. 8472 la Sezione sesta si è soffermata sull'utilizzabilità dell'algoritmo nelle procedure concorsuali.

La Sezione ha premesso che anche la Pubblica amministrazione deve poter sfruttare le rilevanti potenzialità della c.d. rivoluzione digitale.

In tale contesto, il ricorso ad algoritmi informatici per l'assunzione di decisioni che riguardano la sfera pubblica e privata si fonda sui paventati guadagni in termini di efficienza e neutralità.

In molti campi gli algoritmi promettono di diventare lo strumento attraverso il quale correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani, messi in luce soprattutto negli ultimi anni da un'imponente letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva. In tale contesto, le decisioni prese dall'algoritmo assumono così un'aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati.

Peraltro, già in tale ottica è emersa altresì una lettura critica del fenomeno, in quanto l'impiego di tali strumenti comporta in realtà una serie di scelte e di assunzioni tutt'altro che neutre: l'adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori, consapevoli o inconsapevoli; da ciò ne consegue che tali strumenti sono chiamati ad operare una serie di scelte, le quali dipendono in gran parte dai criteri utilizzati e dai dati di riferimento utilizzati, in merito ai quali è apparso spesso difficile ottenere la necessaria trasparenza.

La Sezione ha quindi richiamato l'elemento positivo derivante dal nuovo contesto di digitalizzazione; in proposito, non può infatti essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti.

In tale ottica lo stesso Codice dell'amministrazione digitale rappresenta un approdo decisivo in questa direzione. I diversi interventi di riforma dell'amministrazione susseguitisi nel corso degli ultimi decenni, fino alla l. 7 agosto 2015, n. 124, sono indirizzati a tal fine; nella medesima direzione sono diretti gli impulsi che provengono dall'ordinamento comunitario.

Ha aggiunto la Sezione che non si tratta, infatti, di sperimentare forme diverse di esternazione della volontà dell'amministrazione, come nel caso dell'atto amministrativo informatico, ovvero di individuare nuovi metodi di comunicazione tra amministrazione e privati, come nel caso della partecipazione dei cittadini alle decisioni amministrative attraverso social network o piattaforme digitali, ovvero di ragionare sulle modalità di scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni.

Nel caso dell'utilizzo di tali strumenti digitali, ci si trova dinanzi ad una situazione che, in sede dottrina, è stata efficacemente qualificata con l'espressione di rivoluzione 4.0 la quale, riferita all'amministrazione pubblica e alla sua attività, descrive la possibilità che il procedimento di formazione della decisione amministrativa sia affidato a un software, nel quale vengono immessi una serie di dati così da giungere, attraverso l'automazione della procedura, alla decisione finale.

L'utilità di tale modalità operativa di gestione dell'interesse pubblico è particolarmente evidente con riferimento a procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale.

La piena ammissibilità di tali strumenti risponde ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1, l. n. 241 del 1990), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'Amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'*iter* procedimentale.

Ha ancora chiarito la Sezione che l'utilizzo di procedure informatizzate non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa.

In tale contesto, infatti, il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il *modus operandi* della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta delle legislazioni attributive del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere.

Né vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse.

In disparte la stessa sostenibilità a monte dell'attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità.

Piuttosto, se nel caso dell'attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l'esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi. Ha ancora chiarito la Sezione che sul versante della piena conoscibilità, rilievo preminente ha il principio della trasparenza, da intendersi sia per la stessa p.a. titolare del potere per il cui esercizio viene previsto il ricorso allo strumento dell'algoritmo, sia per i soggetti incisi e coinvolti dal potere stesso.

Il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) deve essere "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico.

Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano

chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato.

In proposito, va ribadito che, la “caratterizzazione multidisciplinare” dell’algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la “formula tecnica”, che di fatto rappresenta l’algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola giuridica” ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile.

Occorre cioè poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato. In altri termini, la “caratterizzazione multidisciplinare” dell’algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la “formula tecnica”, che di fatto rappresenta l’algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola giuridica” ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice.

La regola algoritmica deve essere non solo conoscibile in sé, ma anche soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo.

La suddetta esigenza risponde infatti all’irrinunciabile necessità di poter sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato, ponendosi in ultima analisi come declinazione diretta del diritto di difesa del cittadino, al quale non può essere precluso di conoscere le modalità (anche se automatizzate) con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica.

Solo in questo modo è possibile svolgere, anche in sede giurisdizionale, una valutazione piena della legittimità della decisione; valutazione che, anche se si è al cospetto di una scelta assunta attraverso una procedura informatica, non può che essere effettiva e di portata analoga a quella che il giudice esercita sull’esercizio del potere con modalità tradizionali.

In questo senso, la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all’inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione. Da qui, come si è detto, si conferma la necessità di assicurare che quel processo, a livello amministrativo, avvenga in maniera trasparente, attraverso la conoscibilità dei dati immessi e dell’algoritmo medesimo.

In secondo luogo, conseguente al primo, il giudice deve poter sindacare la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della “regola” che governa l’algoritmo

In senso contrario non può assumere rilievo la riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati i quali, ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all’evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza.

In relazione ai soggetti coinvolti si pone anche un problema di gestione dei relativi dati. Ad oggi nelle attività di trattamento dei dati personali possono essere individuate due differenti tipologie di processi decisionali automatizzati: quelli che contemplano un

coinvolgimento umano e quelli che, al contrario, affidano al solo algoritmo l'intero procedimento.

Il più recente Regolamento europeo in materia (2016/679), concentrandosi su tali modalità di elaborazione dei dati, integra la disciplina già contenuta nella Direttiva 95/46/CE con l'intento di arginare il rischio di trattamenti discriminatori per l'individuo che trovino la propria origine in una cieca fiducia nell'utilizzo degli algoritmi.

In particolare, in maniera innovativa rispetto al passato, gli artt. 13 e 14 del Regolamento stabiliscono che nell'informativa rivolta all'interessato venga data notizia dell'eventuale esecuzione di un processo decisionale automatizzato, sia che la raccolta dei dati venga effettuata direttamente presso l'interessato sia che venga compiuta in via indiretta.

Una garanzia di particolare rilievo viene riconosciuta allorché il processo sia interamente automatizzato essendo richiesto, almeno in simili ipotesi, che il titolare debba fornire "informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato". In questo senso, in dottrina è stato fatto notare come il legislatore europeo abbia inteso rafforzare il principio di trasparenza che trova centrale importanza all'interno del Regolamento.

L'interesse conoscitivo della persona è ulteriormente tutelato dal diritto di accesso riconosciuto dall'art. 15 del Regolamento che contempla, a sua volta, la possibilità di ricevere informazioni relative all'esistenza di eventuali processi decisionali automatizzati.

Incidentalmente, è stato evidenziato come l'art. 15, diversamente dagli artt. 13 e 14, abbia il pregio di prevedere un diritto azionabile dall'interessato e non un obbligo rivolto al titolare del trattamento, e permette inoltre di superare i limiti temporali posti dagli artt. 13 e 14, consentendo al soggetto di acquisire informazioni anche qualora il trattamento abbia avuto inizio, stia trovando esecuzione o abbia addirittura già prodotto una decisione. Ciò, ai fini in esame, conferma ulteriormente la rilevanza della trasparenza per i soggetti coinvolti dall'attività amministrativa informatizzata in termini istruttori e decisori.

Sul versante della verifica degli esiti e della relativa imputabilità, deve essere garantita la verifica a valle, in termini di logicità e di correttezza degli esiti. Ciò a garanzia dell'imputabilità della scelta al titolare del potere autoritativo, individuato in base al principio di legalità, nonché della verifica circa la conseguente individuazione del soggetto responsabile, sia nell'interesse della stessa p.a. che dei soggetti coinvolti ed incisi dall'azione amministrativa affidata all'algoritmo.

In tale contesto, lo stesso Regolamento predetto affianca alle garanzie conoscitive assicurate attraverso l'informativa e il diritto di accesso, un espresso limite allo svolgimento di processi decisionali interamente automatizzati. L'art. 22, paragrafo 1, riconosce alla persona il diritto di non essere sottoposta a decisioni automatizzate prive di un coinvolgimento umano e che, allo stesso tempo, producano effetti giuridici o incidano in modo analogo sull'individuo. Quindi occorre sempre l'individuazione di un centro di imputazione e di responsabilità, che sia in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall'algoritmo.

In tema di imputabilità occorre richiamare, quale elemento rilevante di inquadramento del tema, la Carta della Robotica, approvata nel febbraio del 2017 dal Parlamento Eu-



ropeo. Tale atto esprime in maniera efficace questi passaggi, laddove afferma che “l’autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un’influenza esterna; (...) tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l’interazione di un robot con l’ambiente; (...) nell’ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati”. Quindi, anche al fine di applicare le norme generali e tradizionali in tema di imputabilità e responsabilità, occorre garantire la riferibilità della decisione finale all’autorità ed all’organo competente in base alla legge attributiva del potere.

A conferma di quanto sin qui rilevato, in termini generali dal diritto sovranazionale emergono tre principi, da tenere in debita considerazione nell’esame e nell’utilizzo degli strumenti informatici.

In primo luogo, il principio di conoscibilità, per cui ognuno ha diritto a conoscere l’esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano ed in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata.

Il principio, in esame è formulato in maniera generale e, perciò, applicabile sia a decisioni prese da soggetti privati che da soggetti pubblici, anche se, nel caso in cui la decisione sia presa da una p.a., la norma del Regolamento costituisce diretta applicazione specifica dell’art. 42 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali (“*Right to a good administration*”), laddove afferma che quando la Pubblica Amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l’obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l’accesso ai suoi archivi e documenti, ed, infine, ha l’obbligo di “dare le ragioni della propria decisione”.

Tale diritto alla conoscenza dell’esistenza di decisioni che ci riguardino prese da algoritmi e, correlativamente, come dovere da parte di chi tratta i dati in maniera automatizzata, di porre l’interessato a conoscenza, va accompagnato da meccanismi in grado di decifrarne la logica. In tale ottica, il principio di conoscibilità si completa con il principio di comprensibilità, ovvero sia la possibilità, per riprendere l’espressione del Regolamento, di ricevere “informazioni significative sulla logica utilizzata”.

In secondo luogo, l’altro principio del diritto europeo rilevante in materia (ma di rilievo anche globale in quanto ad esempio utilizzato nella nota decisione *Loomis vs. Wisconsin*), è definibile come il principio di non esclusività della decisione algoritmica.

Nel caso in cui una decisione automatizzata “produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona”, questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente

su tale processo automatizzato (art. 22 Reg.). In proposito, deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informativo il modello viene definito come HITL (*human in the loop*), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l’essere umano.

In terzo luogo, dal considerando n. 71 del Regolamento n. 679 del 2016 il diritto europeo trae un ulteriore principio fondamentale, di non discriminazione algoritmica, secondo cui è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti.

In tale contesto, pur dinanzi ad un algoritmo conoscibile e comprensibile, non costituente l'unica motivazione della decisione, occorre che lo stesso non assuma carattere discriminatorio.

In questi casi, come afferma il considerando, occorrerebbe rettificare i dati in “ingresso” per evitare effetti discriminatori nell'output decisionale; operazione questa che richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni.

### **31. Impiego pubblico e privatizzato.**

Sulla procedura di stabilizzazione si è soffermata la sez. III con la sentenza 18 ottobre 2019, n. 7070, che ha chiarito che essa consiste in una procedura selettiva di conferma, nelle funzioni già svolte, di personale precario che quella stessa qualifica ha conseguito tramite pubblico concorso, deve attribuirsi carattere “concorsuale”.

Ha chiarito la Sezione che l'amministrazione (nella specie, l'Istituto superiore della sanità), al fine di colmare le proprie scoperture di organico, ben può percorrere la scelta discrezionale di procedere alla stabilizzazione di personale precario, a condizione che tale soluzione si appalesi ragionevole, funzionale al principio di buon andamento, quindi giustificata da peculiari esigenze di interesse pubblico e, sulla base di queste, adeguatamente motivata.

Più precisamente, la stabilizzazione del precariato costituisce soluzione praticabile - in un quadro ordinamentale improntato al criterio assiale dell'accesso al pubblico impiego mediante concorso aperto anche a concorrenti esterni - a patto che: a) siano stabilite preventivamente le condizioni per l'esercizio del potere di assunzione; b) la costituzione del rapporto a tempo indeterminato sia subordinata all'accertamento di specifiche necessità funzionali dell'amministrazione; c) si prevedano procedure di verifica dell'attività svolta; d) i soggetti da assumere abbiano maturato tale esperienza all'interno della pubblica amministrazione e non alle dipendenze di datori di lavoro esterni (Corte cost. n. 215 del 2009); e) la deroga al predetto principio sia contenuta entro limiti tali da non precludere in modo assoluto la possibilità di accesso della generalità dei cittadini al pubblico impiego (Corte cost. n. 108 del 2011).

### **31.1. Rimborso spese legali sostenute dal pubblico dipendente per la difesa in giudizio per fatti attinenti il proprio lavoro.**

Con sentenza 28 novembre 2019, n. 8137 la Sezione quarta ha affermato che presupposti per il rimborso delle spese legali sostenute dal pubblico dipendente per la difesa in giudizio per fatti attinenti il proprio lavoro sono la pronuncia di una sentenza o di un provvedimento definitivo del giudice, che abbia escluso definitivamente la responsabilità del dipendente e la sussistenza di una connessione tra i fatti e gli atti oggetto del giudizio e l'espletamento del servizio e l'assolvimento degli obblighi istituzionali.

Ha ricordato la Sezione che l'art. 18, d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito dalla l. 23 maggio 1997, n. 135, attribuisce un peculiare potere valutativo all'Amministrazione con riferimento all'*an* ed al *quantum*, poiché essa deve verificare se sussistano in concreto i presupposti per disporre il rimborso delle spese di giudizio sostenute dal dipendente, nonché – quando sussistano tali presupposti - se siano congrue le spese di cui sia chiesto il rimborso – con l'ausilio della Avvocatura dello Stato, il cui parere di congruità ha natura obbligatoria e vincolante.

Di per sé il parere – per la sua natura tecnico-discrezionale – non deve attenersi all'importo preteso dal difensore, o a quello liquidato dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati per quanto rileva nei rapporti tra il difensore e l'assistito, ma deve valutare quali siano state le effettive necessità difensive ed è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità per errore di fatto, illogicità, carenza di motivazione, incoerenza, irrazionalità o per violazione delle norme di settore.

Qualora il diniego (totale o parziale) di rimborso risulti illegittimo, il suo annullamento non comporta di per sé l'accertamento della spettanza del beneficio, dovendosi comunque pronunciare sulla questione l'Amministrazione, in sede di emanazione degli atti ulteriori.

Presupposti per il rimborso sono: a) la pronuncia di una sentenza o di un provvedimento definitivo del giudice, che abbia escluso definitivamente la responsabilità del dipendente; b) la sussistenza di una connessione tra i fatti e gli atti oggetto del giudizio e l'espletamento del servizio e l'assolvimento degli obblighi istituzionali.

Quanto alla pronuncia definitiva sull'esclusione della responsabilità del dipendente, qualora si tratti di una sentenza penale si deve trattare di un accertamento della assenza di responsabilità, anche quando – in assenza di ulteriori specificazioni contenute nell'art. 18, d.l. n. 67 del 1997 - sia stato applicato l'art. 530, comma 2, cod. proc. pen..

L'art. 18, invece, non può essere invocato quando il proscioglimento sia dipeso da una ragione diversa dalla assenza della responsabilità, cioè quando sia stato disposto a seguito dell'estinzione del reato, ad esempio per prescrizione, o quando vi sia stato un proscioglimento per ragioni processuali, quali la mancanza delle condizioni di promovibilità o di procedibilità dell'azione.

Oltre alla pronuncia del giudice che espressamente abbia escluso la responsabilità del dipendente, l'art. 18, d.l. n. 67 del 1997 ha disciplinato un ulteriore presupposto per la spettanza del beneficio, e cioè la sussistenza di una connessione tra i fatti e gli atti oggetto del giudizio e l'espletamento del servizio e l'assolvimento degli obblighi istituzionali: l'art. 18, d.l. n. 67 del 1997 si applica a favore del dipendente che abbia agito in

nome e per conto, oltre che nell'interesse della Amministrazione (e cioè quando per la condotta oggetto del giudizio sia ravvisabile il 'nesso di immedesimazione organica'). Tale connessione sussiste – sia pure in modo peculiare - qualora sia stata contestata al dipendente la violazione dei doveri di istituto e, all'esito del procedimento, il giudice abbia constatato non solo l'assenza della responsabilità, ma che esso sia sorto in esclusiva conseguenza di condotte illecite di terzi, di natura diffamatoria o calunniosa, oppure qualificabili come un millantato credito (si pensi al funzionario, al dirigente o al magistrato accusato di corruzione, ma in realtà del tutto estraneo ai fatti, perché vittima di una orchestrata attività calunniosa o di un millantato credito emerso dopo l'attivazione del procedimento penale).

Sotto tale profilo, l'art. 18, d.l. n. 67 del 1997 tutela senz'altro – col rimborso delle spese sostenute - il dipendente statale che sia stato costretto a difendersi, pur innocente, nel corso del procedimento penale nel quale – esclusivamente in ragione del suo status e non per l'aver posto in essere specifici atti - sia stato coinvolto nel procedimento penale perché sostanzialmente vittima di illecite condotte altrui, che per un qualsiasi motivo illecito hanno coinvolto il dipendente, a maggior ragione se è stato designato come vittima proprio quale appartenente alle Istituzioni e per il servizio prestato.

Qualora in tali casi il giudice penale disponga il proscioglimento del dipendente statale, non rileva pertanto la natura attiva od omissiva della condotta oggetto della contestazione, perché ciò che conta è l'accertamento da parte del giudice penale dell'estraneità del dipendente ai fatti contestati, nonché il carattere diffamatorio o calunnioso delle dichiarazioni altrui.

### **31.2. Competenza dell'Anac in merito alla vigilanza e all'accertamento delle fattispecie di *pantouflage*.**

La sentenza n. 7411 del 29 ottobre 2019 della Sezione quinta ha affermato la competenza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione in merito alla vigilanza e all'accertamento delle fattispecie di *pantouflage* previste dall'art. 53, comma 16 *ter*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che disciplina una fattispecie qualificabile nei termini di "incompatibilità successiva", espressamente richiamata nel testo del d.lgs. n. 39 del 2013, prevedendo che "I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti".

La Sezione ha inoltre stabilito che spettano all'Autorità Nazionale Anticorruzione i previsti poteri sanzionatori. Il nesso finalistico fra la norma assistita dalla sanzione amministrativa e le funzioni attribuite all'Autorità individuano nell'Anac il soggetto che ha il compito di assicurare, all'esito dell'accertamento di una situazione di *pantouflage*, la nullità

dei contratti sottoscritti dalle parti nonché l'adozione delle conseguenti misure sanzionatorie.

### **32. Turismo.**

La sez. III, con la sentenza 14 maggio 2019, n. 3130 ha giudicato illegittimo il regolamento che, nella Regione Toscana, deroga agli *standards* di servizi e di sicurezza (dispositivi antincendi) fissati, in linea generale, con riferimento all'ospitalità di camper in aziende di agriturismo, sulla base di un criterio discrezionale che si esaurisce nella breve durata (fino a 24 ore) della sosta.

Ha chiarito la Sezione che i servizi che, ai sensi dell'impugnata novella, in caso di sosta in un agriturismo del camper non superiore a 24 ore non devono essere assicurati non sono legati alla durata della sosta stessa: la necessità che la piazzola sia a prova di acqua e di polvere (tramite inerbimento del terreno e l'uso di autobloccanti e comunque in modo permeabile) si avverte sia che la fermata sia di poche ore che di più giorni, così come l'esigenza che ci sia l'acqua potabile e soprattutto, per evidenti motivi di sicurezza, l'energia elettrica o, ancora, che sia presente un pozzetto agibile per le acque di scarico e uno scarico idoneo per i wc chimici.

Portato alle estreme conseguenze la conclusione contraria, si arriverebbe a dover ammettere (pena un evidente profilo di irrazionalità) l'esonero dai predetti standard di servizi e di sicurezza anche per un periodo di sosta più lunga se la stessa è gratuita e quindi alcun servizio deve essere offerto. Se è vero, infatti, che il camper è autosufficiente lo è per 24 ore come per 48 ore.

Né rileva il richiamo alla disciplina della sosta dei carovan dettata dall'art. 185 del Codice della strada. Evidente è infatti la differenza tra la sosta lungo la strada e quella in un privato agriturismo; quest'ultimo può ospitare molti camper contemporaneamente e ad ognuno di questi è connessa una attività, più o meno impegnativa, quale, ad es., la "registrazione" del campeggiatore a titolo gratuito e la trasmissione delle sue generalità alla Questura. Non si tratta, dunque, di una mera "tolleranza" alla sosta sui terreni di proprietà dell'agriturismo visto che in ogni caso alcuni obblighi incombono sulla struttura, peraltro importanti quali quelli di pubblica sicurezza, ai sensi del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (r.d. 18 giugno 1931, n.773).

L'esonero ingiustificato dal rispetto di detti standard, infatti, finisce per violare la concorrenza perché una categoria di soggetti, quelli esercenti attività di agriturismo, per una parte di attività, peraltro aggiuntiva a quella propria dell'agriturismo (vendita di prodotti propri), non sono tenuti ad affrontare spese per assicurare luce, acqua potabile, impianti antincendi, ecc. agli "ospiti", mentre proprio detta ospitalità garantisce loro un ritorno economico dalla vendita dei propri prodotti e dalla somministrazione di alimenti e bevande (colazioni, pranzi, cene con prodotti dell'agriturismo).

### **33. Sport.**

Con ordinanza n. 1006 del 12 febbraio 2019, la Sezione quinta ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue le questioni se sulla base delle caratteristiche della normativa interna relativa all'ordinamento sportivo la Federazione calcistica italiana (e, in generale, qualsiasi Federazione sportiva nazionale) sia qualificabile come organismo di diritto pubblico, in

quanto istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; se in particolare ricorra il requisito teleologico dell'organismo nei confronti della Federazione pur in assenza di un formale atto istitutivo di una pubblica amministrazione e malgrado la sua base associativa, in ragione del suo inserimento in un ordinamento di settore (sportivo) organizzato secondo modelli di stampo pubblicistico e del vincolo al rispetto dei principi e delle regole elaborate dal Comitato olimpico nazionale italiano e dagli organismi sportivi internazionali, attraverso il riconoscimento a fini sportivi dell'ente pubblico nazionale; se inoltre tale requisito possa configurarsi nei confronti di una Federazione sportiva quale la Federazione italiana giuoco calcio, dotata di capacità di autofinanziamento, rispetto ad un'attività non a valenza pubblicistica quale quella oggetto di causa, o se invece debba considerarsi prevalente l'esigenza di assicurare in ogni caso l'applicazione delle norme di evidenza pubblica nell'affidamento a terzi di qualsiasi tipologia di contratto di tale ente.

Con la stessa ordinanza la Sezione quinta ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se sulla base dei rapporti giuridici tra il C.O.N.I. e la F.I.G.C.- Federazione Italiana Giuoco Calcio il primo disponga nei confronti della seconda di un'influenza dominante alla luce dei poteri legali di riconoscimento ai fini sportivi della società, di approvazione dei bilanci annuali e di vigilanza sulla gestione e il corretto funzionamento degli organi e di commissariamento dell'ente; se per contro tali poteri non siano sufficienti a configurare il requisito dell'influenza pubblica dominante propria dell'organismo di diritto pubblico, in ragione della qualificata partecipazione dei presidenti e dei rappresentanti delle Federazioni sportive negli organi fondamentali del Comitato olimpico. Ha osservato la Sezione che è pacifico il possesso del requisito della personalità giuridica *ex* art. 4, par. 1, n. 4), lett. b), della direttiva n. 2014/24/UE [e 3, comma 1, lett. d), n. 2), del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50], è invece controverso se ricorrano nei confronti della Federazione calcistica gli altri due requisiti dell'organismo di diritto pubblico, e cioè: - il c.d. elemento teleologico, consistente nell'essere la stessa Federazione istituita «per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale» [artt. 4, par. 1, n. 4), lett. a), della citata direttiva n. 2014/24/UE, e 3, comma 1, lett. d), n. 1), d.lgs. n. 50 del 2016]; - il requisito dell'«influenza pubblica dominante», declinato nei confronti della F.I.G.C. nell'essere la «gestione» di quest'ultima «posta sotto la vigilanza» del Comitato olimpico [artt. 4, par. 1, n. 4), lett. c), della citata direttiva n. 2014/24/UE, e 3, comma 1, lett. d), n. 3), d.lgs. n. 50 del 2016].

A quest'ultimo riguardo va infatti precisato che è pacifico in base ai fatti di causa che la Federazione calcistica italiana non beneficia di un finanziamento maggioritario da parte del C.O.N.I. – a differenza di altre Federazioni espressive di movimenti sportivi non in grado di mobilitare le risorse economiche che gravitano nel mondo del calcio, primo sport nazionale per diffusione presso il pubblico – né tanto meno i suoi organi sono nominati per «più della metà» dal Comitato olimpico nazionale italiano.

Sul requisito teleologico l'impiego del concetto di istituzione specifica e il vincolo funzionale ad interessi di carattere generale rimanda ad un atto autoritativo dei pubblici poteri (legge o sentenza) che nel caso delle Federazioni sportive non sembra ravvisabile, nella misura in cui in base alla legge di riordino del C.O.N.I. a tali enti è attribuita la

natura di enti a base associativa, con personalità giuridica di diritto privato, soggetti in via residuale alle norme del codice civile (art. 15, comma 2, d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242). La scelta così operata in sede legislativa, antitetica a quella invece espressa in sede di istituzione del Comitato olimpico (con l'art. 5, l. 16 febbraio 1942, n. 426), sembra muovere dal postulato per cui l'organizzazione delle singole discipline sportive, dei praticanti e delle competizioni ad essere relative è espressione propria della società civile, di cui lo Stato si limita a riconoscere le strutture appositamente costituite, secondo gli schemi procedurali del riconoscimento della persone giuridiche private (di cui al citato d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361), sulla base di requisiti interamente predefiniti dalla legge, il cui riscontro da parte dell'autorità competente sia limitato ad un'attività di stretta ricognizione ed accertamento, senza ponderazione di interessi orientata al perseguimento delle finalità di interesse generale.

Nella sua massima applicazione, elemento sintomatico di quest'impostazione è ricavabile dall'enunciato secondo cui la "valenza pubblicistica" delle attività svolte dalle Federazioni sportive, ai sensi del sopra citato art. 23 dello statuto del C.O.N.I., per la cura di interessi di carattere generale propri del mondo sportivo ed attribuiti in via istituzionale al C.O.N.I. (*ex art. 1, d.lgs. n. 242 del 1999*) "non modifica l'ordinario regime di diritto privato dei singoli atti e delle situazioni giuridiche soggettive connesse" (art. 23, comma 1-*bis*, dello statuto).

Questa previsione statutaria richiamata è da collegare all'ambito della generale autonomia degli enti istituiti dalla legge ed è conseguenza immediata della loro distinta esistenza rispetto allo Stato.

Ma qui si inserisce un primo elemento di incertezza. Anche in quest'autonomia, l'ente resta dalla legge tenuto al perseguimento di fini di pubblico interesse indicati dalla legge stessa, che sono alla base della sua istituzione e causa dei suoi poteri autoritativi.

Dunque la qualificazione formale *ex lege* resta in realtà non determinante per davvero attribuire o negare la natura pubblica al soggetto che è dalla legge stessa istituito. E tanto meno lo è dal punto di vista dell'applicazione degli istituti di diritto sovranazionale, *in primis* l'organismo di diritto pubblico, che infatti per le esigenze di uniforme applicazione nell'Unione Europea del diritto dei contratti pubblici prescinde dall'eventuale carattere privato del soggetto affidante, ed attraverso il requisito teleologico in esame impone il riguardo alla sostanza effettiva delle sue attribuzioni.

Sotto il profilo in esame deve allora sottolinearsi che le attività di «valenza pubblicistica» demandate ai sensi dell'art. 23 dello statuto del C.O.N.I. alle Federazioni sportive nazionali - ammissione e affiliazione di società, associazioni sportive e singoli tesserati; controllo sul regolare svolgimento delle competizioni e dei campionati sportivi professionistici; utilizzo dei contributi pubblici e gestione degli impianti sportivi; contrasto al *doping*; preparazione olimpica e formazione dei tecnici - al là della loro formale qualificazione, hanno rilevanza di carattere generale, connessa con l'organizzazione dello sport a livello nazionale istituzionalmente attribuita al Comitato olimpico nazionale (*ex art. 1 della legge di riordino n. 242 del 1999*).

Si tratta inoltre di compiti che sembrano esaurire l'intero ambito di operatività delle Federazioni e le ragioni stesse della loro costituzione. Ogni ulteriore attività, ivi compreso il servizio di facchinaggio per le selezioni calcistiche nazionali oggetto del presente

giudizio, appare in rapporto di strumentalità rispetto ai compiti di “valenza pubblicistica” definiti dallo statuto del Comitato olimpico nazionale, fino ad esservi attratta.

In questo senso può essere pertinente il principio affermato dalla Corte di giustizia dell’Unione Europea nella sentenza 15 gennaio 1998, C-44/96 (Mannesmann), per cui va considerato organismo di diritto pubblico un’impresa titolare di diritti speciali ed esclusivi cui la legislazione nazionale attribuiva compiti di interesse generale anche se costituivano solo una parte delle attività dell’impresa, a sua volta già operante per la restante parte sul mercato.

Deve ancora sottolinearsi che, nello svolgimento di tali compiti, le Federazioni sono tenute a conformarsi alle «deliberazioni e gli indirizzi del CIO, delle Federazioni internazionali e del CONI» e che, prima ancora, esse sono soggette al riconoscimento “a fini sportivi” del Comitato olimpico, pregiudiziale rispetto a quello di associazioni di diritto privato (art. 15, commi 1, 5 e 6, d.lgs. n. 242 del 1999, citati). Il riconoscimento a fini sportivi potrebbe dunque essere assimilato all’istituzione prevista nell’ambito del requisito teleologico dell’organismo di diritto pubblico.

Nella prospettiva finora descritta, va poi evidenziato che nello svolgimento delle attività di “valenza pubblicistica” le Federazioni debbono a conformarsi “agli indirizzi e ai controlli del CONI”; ed in modo immanente sono vincolate al rispetto dei principi - di tipico ordine pubblicistico - della «imparzialità e trasparenza» (art. 23, comma 1-*bis*, dello statuto del Comitato olimpico), i quali manifestano rivolti a finalità di carattere generale che trascendono l’interesse corporativo dell’ente nel complesso della sua operatività, in linea con quanto espresso dalla Corte di giustizia nel precedente poc’anzi richiamato.

Come inoltre emerso dalla ricognizione normativa sopra svolta, nella veste di ente pubblico preposto al settore il C.O.N.I. dispone di poteri di vigilanza nei confronti delle Federazioni sportive che sono in realtà assimilabili a quelli delle relazioni interorganiche interne alla persona giuridica di diritto pubblico, estrinsecantesi principalmente nell’approvazione del bilancio annuale e nel controllo sulla gestione e sul rispetto dell’ordinamento sportivo, fino al commissariamento dell’ente federale (artt. 15, comma 3, d.lgs. n. 242 del 1999 e 23, comma 3, dello statuto del C.O.N.I., parimenti sopra richiamati). Dal complesso di tali previsioni si ricava che a dispetto della loro qualificazione *ex lege* come associazioni di diritto privato e del sottostante modello di organizzazione corporativa incentrato sulla libera disponibilità del fine perseguito dall’ente collettivo, nel caso delle Federazioni sportive sembra difettare quest’ultimo elemento caratteristico, a favore del carattere in realtà istituzionale ed eterodeterminato, per legge o atto dell’autorità (o degli organismi sportivi internazionali), non solo dei profili strutturali essenziali, ma anche degli ambiti principali di azione e delle modalità con cui questa deve essere svolta: con simmetrica eliminazione o riduzione degli spazi e della libertà organizzativa che sono propri dell’autonomia privata, la quale invece caratterizza per sua natura le effettive persone giuridiche private.

Nondimeno, potrebbe porsi il dubbio che le norme in esame siano nel complesso strettamente funzionali ad assicurare il buon svolgimento dei compiti di valenza pubblicistica affidati alle Federazioni sportive sulla base di un’elencazione tassativa, e che per le restanti attività, tra cui quella strumentale di affidamento del servizio di facchinaggio



(come nel caso oggetto del presente giudizio), si riespanda una generale capacità di diritto privato, senza vincoli di perseguire esigenze di interesse generale e pertanto senza vincolo al rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza enunciati nello statuto del C.O.N.I. Questa considerazione potrebbe a fortiori essere predicabile nei confronti della Federazione calcistica italiana in virtù della (incontestata) sua capacità di autofinanziamento, tale da indurre a ritenere che nei suoi confronti non si pongano le esigenze del rispetto delle norme di evidenza pubblica, finalizzate a garantire l'imparziale contrattazione con il mercato di soggetti pubblici operanti secondo logiche non concorrenziali.

Torna a quest'ultimo riguardo in rilievo il precedente di cui alla sentenza del 15 gennaio 1998, C-44/96 (Mannesmann) della Corte di Giustizia, in cui è stata invece negata la qualità di organismo di diritto pubblico ad una società partecipata da quella cui erano stati attribuiti diritti speciali o esclusivi, sulla base del rilievo che gli interessi di carattere generale realizzati attraverso tale società partecipata avevano carattere commerciale.

Trasposti i principi al caso di specie, occorre verificare se la peculiare relazione tra il C.O.N.I. e le Federazioni sportive nazionali – relazione definita dalla legge, anziché sulla base di un rapporto di controllo societario o simile – attragga alla sfera istituzionale pubblicistica del primo l'intero complesso delle attività svolte dalle seconde; e se ciò possa in particolare valere per la F.I.G.C., data la prevalenza di risorse proprie rispetto alla quota di finanziamento del C.O.N.I..

#### **34. Caccia.**

Con la sentenza 19 giugno 2019, n. 4183 la Sezione terza si è occupata di rappresentatività delle organizzazioni aspiranti alla nomina di propri rappresentanti nei Comitati di Gestione degli Ambiti Territoriali Caccia.

Ha affermato che ai fini dell'individuazione della reale rappresentatività delle organizzazioni aspiranti alla nomina di propri rappresentanti nei Comitati di Gestione degli Ambiti Territoriali Caccia la “maggiore rappresentatività” deve essere declinata non alla stregua di un mero dato numerico basato sulla residenza anagrafica degli iscritti, potendo un siffatto criterio, e specialmente se usato quale unico criterio, rivelarsi fuorviante nella selezione, bensì debba esser riferito a più criteri, oculatamente articolati, che rendano il dato della effettiva e reale rappresentatività dell'organizzazione.

La Sezione ha ritenuto non condivisibilità della scelta del solo criterio del numero di associati residenti nell'ambito di riferimento, stante la innegabile ed altrettanto evidente alterazione del confronto selettivo tra le organizzazioni partecipanti, che ha portato alla pressoché totale esclusione dalle rappresentanze dell'appellante (maggiormente rappresentativa della categoria degli agricoltori, ma con meno iscritti residenti nel territorio locale di riferimento), a vantaggio della controinteressata (meno rappresentativa della categoria degli agricoltori, a causa della varietà della sua base associativa, ma con un maggiore “peso” numerico degli iscritti residenti nell'ambito). Una simile svalutazione di un'associazione che persegue in via non solo prioritaria, ma esclusiva, gli interessi degli operatori attivi nel settore agricolo, e la correlata eccessiva valorizzazione di un'associazione che appare dedita a numerose altre attività e che si rivolge statutariamente a soggetti inattivi, pensionati, o addirittura estranei al mondo dell'agricoltura, appare priva

di ragionevole fondamento e sostanzialmente finisce per tradire la ratio sottesa alla normativa di riferimento prima richiamata: in essa, infatti, non si trovano riferimenti ad elementi che non siano chiaramente legati al mondo agricolo ed alla relativa attività lavorativa, a partire dai frequenti richiami, anche con termini tecnici, alle colture, per finire con il riferimento all'erogazione di indennizzi per i danni arrecati alle produzioni agricole dall'esercizio dell'attività venatoria. È indubbio ed innegabile che un'attività istruttoria più accorta ed approfondita, da parte dell'Amministrazione regionale, avrebbe agevolmente portato la stessa ad accordare la propria preferenza ad un criterio diverso da quello usato o, come sembra preferibile, ad una pluralità di criteri.

### **35. Pesca.**

La sez. III, con sentenza 12 novembre 2019, n. 7759, ha affermato che sono illegittimi i provvedimenti ministeriali che hanno fissato un contingente indiviso a tutti gli operatori economici che gestiscono le tonnare fisse per la pesca del tonno rosso, a differenza degli altri operatori economici che praticano la pesca secondo il sistema a circuizione o a palangaro.

La Sezione, anche all'esito dell'istruttoria svolta nel giudizio, non ha ravvisato ragioni tecniche o scientifiche che, secondo un plausibile margine di apprezzamento, giustifichino l'irragionevole attribuzione di una quota indivisa al solo settore della tonnara fissa, diversamente dai sistemi a circuizione e a palangaro, e la presunta minore selettività delle tonnare fisse, che si adduce a sostegno di tale scelta, è stata ritenuta una circostanza smentita dallo stesso funzionamento delle tonnare fisse, tradizionalmente riconosciuto come il più selettivo e, peraltro, più ecologico.

L'assegnazione della quota indivisa, non sorretta da apprezzabili ragioni giuridiche e/o tecniche, costringe gli operatori del settore ad una corsa alla prenotazione, nella quale ogni impianto cerca di comunicare l'inizio delle operazioni di mattanza per primo al fine di evitare di rimanere bloccato dal contingentamento indiviso di settore e di vedersi sottrarre l'intera quota di pescato.

Ciò, peraltro, può comportare una illegittima restrizione dell'attività economica di tutti gli operatori per effetto della sovrastima del pescato effettivo da parte dell'operatore primo notificante, sicché l'esercizio dell'attività economica, da parte dei singoli operatori, è limitato non solo dall'assegnazione di un rigido contingente del settore, conforme alle previsioni sovranazionali a tutela del tonno rosso, ma anche dall'attività degli altri, eventualmente sovrastimata, con obbligo di rilasciare il pescato in eccesso, rispetto alla quota di settore, anche quando poi si dimostri che la stima del singolo operatore era stata eccessiva.

Un simile meccanismo, irragionevole e, comunque, immotivato, mortifica l'attività economica degli operatori, senza che ciò corrisponda alla tutela effettiva e proporzionata dell'interesse pubblico alla tutela dei tonni rossi, con un evidente *vulnus* dell'art. 41 Cost., e con una palese disparità di trattamento, in violazione degli artt. 3 e 97 Cost., rispetto anche agli operatori dei sistemi a circuizione e a palangaro.

Riprova dell'irragionevolezza e dell'iniquità, insite in detto sistema, è del resto data dal fatto che lo stesso Ministero, per l'annualità del 2019, ha previsto il sistema delle quote individuali anche per le tonnare fisse.

### 36. Giochi.

Con ordinanza 5 settembre 2019, n. 6101 la Sezione quarta ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue le questioni: a) se il diritto dell'Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (artt. 49 ss. e 56 ss. TFUE), nonché i principi euro unitari di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché – laddove ritenuti applicabili - gli artt. 3 e 43 della Direttiva 2014/23/UE, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, del tipo di quella contenuta nell'art. 20, comma 1, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, e nei conseguenti atti attuativi, che dispone che "1. In applicazione dell'art. 21, commi 3 e 4, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli provvede ad autorizzare la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, relativo alla raccolta, anche a distanza, delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea, sino al termine ultimo previsto dall'art. 4, par. 1, dell'atto di concessione, in modo da assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018", in una situazione in cui l'art. 21, comma 1, d.l. n. 78 del 2009, convertito con modificazioni dalla l. n. 102 del 2009, ha previsto il rilascio delle concessioni in esame di norma ad una pluralità di soggetti scelti mediante procedure aperte, competitive e non discriminatorie; l'art. 21, comma 4, del menzionato decreto, ha previsto che le concessioni di cui al comma 1, sono eventualmente rinnovabili, per non più di una volta; alla gara indetta nel 2010, non hanno partecipato le società ricorrenti; lo specifico rapporto in essere è stato instaurato ab origine con un unico concessionario, all'esito di una gara ad evidenza pubblica, nella quale è stata presentata un'unica offerta; la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, comporterebbe, in concreto, che siffatto rapporto sarebbe proseguito esclusivamente con tale unico concessionario, anziché con rinnovi ad una pluralità di soggetti, senza ulteriore gara; b) se il diritto dell'Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (artt. 49 ss. e 56 ss. TFUE), nonché i principi euro unitari di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché – laddove ritenuti applicabili - gli artt. 3 e 43 della Direttiva 2014/23/UE, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, come quella contenuta nel citato art. 20, comma 1, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, ciò prevedendo: attraverso la prosecuzione temporale dell'unico rapporto concessorio in essere, in luogo degli eventuali rinnovi delle plurime concessioni di cui all'art. 21, comma 4, d.l. n. 78 del 2009 e senza l'indizione di una nuova gara; in un momento anteriore rispetto alla scadenza della concessione: il d.l. n. 148 del 2017 è entrato in vigore il 16 ottobre 2017, ossia lo stesso giorno della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale italiana, mentre la concessione sarebbe scaduta il successivo 30 settembre 2019; in modo da assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018, così modificando alcuni aspetti afferenti alle modalità e al termine del pagamento del corrispettivo della concessione, nonché, potenzialmente, all'importo complessivo del pagamento dovuto sotto il profilo della sua onerosità, in particolare con il cambiamento

dei termini di pagamento, anticipandoli rispetto a quanto previsto dalla originaria concessione, in considerazione –secondo la prospettazione dei ricorrenti - del fatto oggettivo e notorio del valore finanziario del tempo; 3) se il diritto dell’Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (artt. 49 ss. e 56 ss. TFUE), nonché i principi euro unitari di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché – laddove ritenuti applicabili - gli artt. 3 e 43 della Direttiva 2014/23/UE, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, come quella contenuta negli atti attuativi del predetto decreto, ed in particolare nella comunicazione dell’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli prot. 0133677 del 1° dicembre 2017, che, in dichiarata esecuzione di quanto previsto dall’art. 20, comma 1 d.l. n. 148 del 2017, ed in base a quanto previsto dall’art. 4, primo capoverso della convenzione di concessione per la gestione delle lotterie ad estrazione istantanea, che prevede la rinnovabilità della stessa per non più di una volta, ridetermina il termine ultimo del rapporto concessorio al 30 settembre 2028; fa salvo, in ogni caso, quanto previsto dallo stesso art. 4 in merito alla suddivisione della durata della concessione in due periodi rispettivamente di 5 e 4 anni (pertanto, decorso il primo periodo di 5 anni dal 1° ottobre 2019, la prosecuzione per l’ulteriore quadriennio fino alla scadenza del 30 settembre 2028 è subordinata alla positiva valutazione, da parte dell’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, dell’andamento della gestione che verrà espressa entro il 30 marzo 2024); dispone che la società provvede a versare un importo pari a 50 milioni di euro entro il 15 dicembre 2017; un importo pari a 300 milioni di euro entro il 30 aprile 2018; ed un importo pari a 450 milioni di euro entro il 31 ottobre 2018; ciò prevedendo, prima che fosse maturato il termine della originaria scadenza della concessione medesima (la comunicazione dell’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli prot. 0133677, è stata emanata il 1° dicembre 2017, mentre il contratto di concessione sarebbe scaduto il successivo 30 settembre 2019); con ciò assicurando, il pagamento anticipato di 800 milioni di Euro entro termini anteriori (50 milioni di euro entro il 15 dicembre 2017; 300 milioni di euro entro il 30 aprile 2018; 450 milioni di euro entro il 31 ottobre 2018) rispetto a tale scadenza (30 settembre 2019); con ciò determinando, la potenziale modificazione dell’importo complessivo del pagamento dovuto, sotto il profilo della sua onerosità, in considerazione del fatto oggettivo e notorio del valore finanziario del tempo; d) se il diritto dell’Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (artt. 49 ss. e 56 ss. TFUE), nonché i principi euro unitari di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché – laddove ritenuti applicabili - gli artt. 3 e 43 della Direttiva 2014/23/UE, deve essere interpretato nel senso che osta a una tale normativa, anche nell’ipotesi in cui gli operatori del settore attualmente interessati ad entrare nel mercato, non abbiano partecipato alla gara originariamente indetta per l’aggiudicazione della concessione in scadenza e proseguita con il concessionario uscente, alle descritte nuove condizioni contrattuali, ovvero se, l’eventuale restrizione all’accesso al mercato, si verifichi solo nell’ipotesi della loro effettiva partecipazione alla gara originaria.

La Sezione, con sentenza parziale 3 settembre 2019, n. 6080, ha affermato che il d.l. n. 78 del 2009 (c.d. Decreto Anticrisi), ha introdotto una disciplina organica del settore,

prevedendo, all'art. 21 (“Rilascio di concessioni in materia di giochi”), che: “1. Per garantire la tutela di preminenti interessi pubblici nelle attività di raccolta del gioco, qualora attribuite a soggetti estranei alla pubblica amministrazione, la gestione di queste attività è sempre affidata in concessione attribuita, nel rispetto dei principi e delle regole comunitarie e nazionali, di norma ad una pluralità di soggetti scelti mediante procedure aperte, competitive e non discriminatorie. Conseguentemente, per assicurare altresì la maggiore concorrenzialità, economicità e capillarità distributiva della raccolta delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea e differita, in previsione della prossima scadenza della vigente concessione per l'esercizio di tale forma di gioco, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Ministero dell'economia e delle finanze-Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato avvia le procedure occorrenti per conseguire tempestivamente l'aggiudicazione della concessione, relativa anche alla raccolta a distanza delle predette lotterie, ai più qualificati operatori di gioco, nazionali e comunitari, individuati in numero comunque non superiore a quattro e muniti di idonei requisiti di affidabilità morale, tecnica ed economica”; ... “4. Le concessioni di cui al comma 1, eventualmente rinnovabili per non più di una volta, hanno la durata massima di nove anni, suddivisi in due periodi rispettivamente di cinque e quattro anni. La prosecuzione della concessione per il secondo periodo è subordinata alla positiva valutazione dell'andamento della gestione da parte dell'Amministrazione concedente, da esprimere entro il primo semestre del quinto anno di concessione”.

Ha aggiunto, con riferimento al caso di specie, che alla gara bandita nel 2010, in attuazione della menzionata normativa, non ha partecipato l'odierna società appellante. Malgrado ciò, quest'ultima potrebbe avere riposto un ragionevole e legittimo affidamento in ordine alla perduranza della vigenza del su descritto sistema, autodeterminandosi a non partecipare a quella specifica gara, sul presupposto della mera “eventualità” del rinnovo di quella concessione. All'approssimarsi della scadenza della concessione, infatti, l'Ente pubblico concedente avrebbe potuto, previa istruttoria, procedere ad una valutazione discrezionale, optando per la scelta dell'indizione della nuova gara per l'affidamento di una nuova concessione, ovvero per quella del rinnovo della concessione, alle medesime condizioni di cui alla convenzione-contratto, con il concessionario uscente; Siffatta facoltà discrezionale, ove si accedesse alla tesi esegetica proposta dalle parti appellanti, potrebbe, in effetti, essere venuta meno per effetto dell'entrata in vigore del d.l. 16 ottobre 2017, n. 148 (recante “Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili”, convertito dalla l. 4 dicembre 2017, n. 172 (c.d. “Decreto Fiscale”), il quale all'art. 20, comma 1 (“Disposizioni finanziarie”), ha così disposto: “1. In applicazione dell'art. 21, commi 3 e 4, d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli provvede ad autorizzare la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, relativo alla raccolta, anche a distanza, delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea, sino al termine ultimo previsto dall'art. 4, par. 1, dell'atto di concessione, in modo da assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018”;

L'invito previsto *ex lege* è stato rivolto al concessionario uscente, da parte dell'Ente pubblico concedente, prima del maturare della naturale scadenza della concessione (prevista

il prossimo 30 settembre 2019), mentre il decreto n. 148 del 2017 è entrato in vigore il 16 ottobre 2017 (quindi, due anni prima della scadenza); la prosecuzione del rapporto ha conservato il medesimo titolo giuridico (*causa petendi*) ed il medesimo oggetto negoziale (*petitum*), ma ha comportato, prima della naturale scadenza, ed in mancanza di previsione nella legge di gara, il mutamento di alcune delle condizioni economiche di pagamento: tre *tranches* di pagamento, ossia 50 milioni di Euro entro il 15 dicembre 2017, 300 milioni di Euro entro il 30 aprile 2018 e 450 milioni di Euro entro il 31.10.2018, anziché due; il termine di pagamento (fissato a date anteriori alla scadenza della concessione); e, potenzialmente, l'importo del pagamento sotto il profilo della sua onerosità (pagamento del medesimo importo nominale di 800 milioni di Euro, ma anticipato); La contestazione della società appellante avverso l'atto con cui ADM ha disposto la prosecuzione del rapporto concessorio con Lotterie Nazionali, non ha riguardato, in astratto, il modello di affidamento (mono o multi *providing*) della gestione delle lotterie istantanee, come originariamente disciplinato dal Legislatore del 2009, ma la circostanza che, in concreto, per effetto di siffatta prosecuzione, prima della naturale scadenza ed a nuove condizioni contrattuali, sostanzialmente assimilabili ad un rinnovo o ad una proroga con rinegoziazione e novazione del rapporto, il sistema di affidamento ideato dal Legislatore del 2009, che poggiava sul principio della gara e sulla mera eventualità del rinnovo della concessione aggiudicata, sarebbe stato superato, dal Legislatore del 2017, con previsioni che potrebbero, in effetti, suscitare dei dubbi circa l'introduzione di una restrizione dell'accesso al mercato da parte di altri operatori del settore (in questo senso, dunque, il ritorno al sistema mono *providing*), concorrenti rispetto al concessionario uscente, rappresentando in tesi – la prosecuzione del rapporto - l'oggetto di un preciso ed incondizionato obbligo di legge, introdotto (*rectius*, re-introdotto) per la prima volta nel 2017.

Ha ancora rilevato la Sezione che la ragione dell'incompatibilità europea risiederebbe, dunque, nella circostanza che il Legislatore del 2017, con un atto normativo, innovando rispetto alla disciplina del 2009, secondo la parte ricorrente ha eliso ogni discrezionalità amministrativa in ordine alla scelta se proseguire il rapporto concessorio o se indire la nuova gara, obbligando l'Ente pubblico concedente, prima del maturare della naturale scadenza della concessione (ciò significherebbe, secondo l'appellante, che gli ultimi 20 mesi sono stati sottratti alla verifica contrattuale prevista per l'ultimo periodo di concessione), ed a condizioni economiche differenti, non previste dall'originaria legge di gara, ad offrire al concessionario uscente la prosecuzione del rapporto, al dichiarato fine di "assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018", e dunque soltanto per esigenze di finanza pubblica. Ciò, anche a prescindere dall'effettiva partecipazione dell'attuale operatore appellante alla gara del 2010 (è pacifico che lo stesso non vi ha partecipato), perché questo potrebbe vantare, all'attualità, non un legittimo interesse al rinnovo della gara (facoltà, questa, prevista dalla legge del 2009, dalla legge di gara e dal contratto), quanto, invece, il legittimo interesse all'esercizio della discrezionalità da parte dell'Amministrazione concedente, all'atto della naturale scadenza della concessione.

Ha ancora chiarito la Sezione che il comportamento tenuto dall'odierna appellante all'epoca dell'indizione della gara del 2010 potrebbe, infatti, essere stato ragionevolmente assunto in base al tenore formale dell'espressione utilizzata dal Legislatore del 2009 (concessioni "eventualmente rinnovabili"), sicché si potrebbe ravvisare la lesione del principio del legittimo affidamento, sotto il profilo della prevedibilità, in ordine alla sussistenza del potere discrezionale in capo all'Ente pubblico concedente, sulle future determinazioni da assumere (ovverossia, la eventuale indizione della gara, in luogo dell'automatica ed incondizionata prosecuzione contrattuale), laddove la proroga e il rinnovo contrattuale soggiacciono, per il diritto dell'Unione, ai medesimi principi per il nuovo affidamento.

A maggior ragione, nell'ipotesi in cui, come nel caso di specie, sono state modificate sotto alcuni profili le condizioni contrattuali di pagamento.

La Sezione, con la menzionata sentenza parziale n. 6080 del 2019, ha invece escluso che siffatti rilievi conducano alla possibilità della diretta disapplicazione della norma interna ad opera del giudice adito, perché le ragioni dell'eventuale contrasto con il diritto dell'Unione, non sono immediate, né sufficientemente chiare, precise ed incondizionate, in base alla Direttiva Concessioni, ai principi generali dei Trattati e alla giurisprudenza della CGUE.

Ha reputato sussistenti, invece, i presupposti per fare luogo al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267, comma 3, del TFUE, perché: 1) la società appellante ha invocato la protezione di situazioni soggettive riconosciute in via diretta dal diritto dell'Unione ed hanno dedotto la violazione di principi e diritti dell'Unione, ed in particolare gli artt. 49 ss. e 56 ss. TFUE, i principi di non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e libertà di concorrenza, e gli artt. 3 e 43 della Direttiva 2014/23/UE; 2) la Corte di Giustizia detiene il monopolio interpretativo in ordine alla interpretazione dei trattati e alla validità e interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell'Unione e, conseguentemente, alla compatibilità delle norme interne ai singoli Stati membri, rispetto al diritto dell'Unione; 3) nella fattispecie in esame non potrebbe utilmente invocarsi l'orientamento della Corte costituzionale secondo cui - quando una legge sia oggetto di dubbi di legittimità, tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria -, può essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto comunque salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE (in argomento, Corte costituzionale n. 269 del 2017, n. 20 e n. 63 del 2019); nel caso in esame, infatti, non ricorre l'ipotesi della protezione di una situazione soggettiva tutelata in via esclusiva dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, perché anzi le questioni prospettate dalle parti involgono una questione di interpretazione del diritto dell'Unione, *ex art.* 267 del TFUE (fermo restando che anche nell'ipotesi di allegato contrasto con la suddetta Carta, comunque, la previa sollevazione dell'incidente di costituzionalità dovrebbe essere intesa come una possibilità, e non come un obbligo, per il giudice *a quo*); 4) in disparte la fattispecie dell'eventuale incostituzionalità della norma contenuta nell'art. 20, comma 1, d.l. n. 148 del 2017, sotto il profilo esclusivamente

interno della c.d. legge-provvedimento (profilo che è autonomo, rispetto a quello europeo), per la parte in cui, invece, sussiste la c.d. “doppia pregiudizialità”, in conseguenza della doppia protezione (interna ed europea) delle situazioni soggettive, resta comunque prioritario il rinvio pregiudiziale europeo, in base al sistema processuale interno.

Sul piano processuale, infatti, l’eventuale sollevazione dell’incidente di costituzionalità, postula il positivo apprezzamento della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione.

Nella logica di un’eventuale ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, infatti, il giudice interno ha l’onere di delibare la questione europea, per valutare l’applicabilità della legge interna nel giudizio posto al suo esame, motivando sulla rilevanza della questione, la quale è sempre ancorata ad un giudizio, prognostico, di applicabilità della norma al caso concreto.

La Sezione, nel mentre ha escluso di potere procedere alla diretta disapplicazione della norma del 2017, ha invece espresso seri dubbi sulla compatibilità europea della medesima, sicché, il presupposto della rilevanza (che verrebbe a mancare in ipotesi di vaglio sfavorevole da parte della Corte di Giustizia, ostandovi l’obbligo di disapplicazione nel caso concreto), sussisterebbe solo nell’evenienza opposta (ovverossia, il vaglio favorevole della Corte sulla compatibilità europea).

## **37. Giurisdizione.**

### **37.1. Rinegoziazione del contratto di appalto senza accordo tra le parti.**

Con sentenza 25 marzo 2019, n. 1937 la Sezione III ha affermato che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la seconda riduzione dell’importo contrattuale, disposta da una amministrazione in fase di rinegoziazione *ex art. 9 ter*, d.l. 19 giugno 2015, n. 78, convertito con l. 6 agosto 2015, n. 125, e ciò in quanto essa non dispone di un potere autoritativo di modifica unilaterale dell’oggetto del contratto, ma solo di un diritto potestativo di recesso in caso di mancato accordo tra le parti sulla riduzione del prezzo o delle prestazioni (controbilanciato da analoga potestà dell’appaltatore di sciogliersi dal vincolo), con la conseguenza che neppure la pretesa dell’Amministrazione di procedere ad una seconda riduzione dell’importo contrattuale può ascrivere all’esercizio di una potestà pubblica, in relazione al quale possa predicarsi un cattivo uso del potere.

Ha ricordato la Sezione che l’art. 9 *ter*, d.l. n. 78 del 2015 ha previsto che l’Amministrazione propone alla controparte negoziale una rinegoziazione del contratto che, attraverso la riduzione dei prezzi unitari di fornitura o dei volumi di acquisto pattuiti in origine, realizzi l’obiettivo della riduzione del cinque per cento, su base annua, del suo valore complessivo e riconosce alle stesse parti, qualora non si trovi l’accordo sulla modifica del contratto, un reciproco diritto di recesso. Come rilevato dalla Corte costituzionale, in questo sistema la volontà dell’affidatario del contratto rimane determinante per l’esito definitivo della procedura di rinegoziazione, poiché “l’alterazione dell’originario sinallagma non viene automaticamente determinata dalla norma, ma esige un esplicito consenso di entrambe le parti. Ove tale consenso non venga raggiunto, soccorrono ... le ipotesi alternative ... del recesso, della nuova gara e della adesione transitoria a contratti più vantaggiosi” (Corte cost. 12 luglio 2017, n. 167).



L'Amministrazione non dispone, dunque, di un potere autoritativo di modifica unilaterale dell'oggetto del contratto, ma solo di un diritto potestativo di recesso in caso di mancato accordo tra le parti sulla riduzione del prezzo o delle prestazioni, controbilanciato da analoga potestà dell'appaltatore di sciogliersi dal vincolo.

La Sezione ha altresì escluso che la giurisdizione amministrativa sulla controversia in esame non può neppure radicarsi nell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a., che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solamente le controversie "... relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'art. 115, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'art. 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto".

Queste attengono all'applicazione della clausola di revisione periodica del prezzo (all'epoca obbligatoria) che genera un procedimento nel quale il privato contraente è titolare di un interesse legittimo con riferimento all'*an* della pretesa (a fronte qualificazione in termini autoritativi del potere di verifica della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale) ed eventualmente di una situazione di diritto soggettivo con riguardo al *quantum*, se ed in quanto intervenga il riconoscimento della spettanza di un compenso revisionale; ovvero all'applicazione del meccanismo di adeguamento del prezzo chiuso su istanza dell'appaltatore, che è una forma di revisione del compenso, propria del sistema del prezzo chiuso, che si differenzia dal primo caso solo per la mancanza di una clausola contrattuale (Cass., SS.UU., 26 settembre 2011, n. 19567).

Si tratta, dunque, di strumenti di tutela dell'originario equilibrio fra le concordate prestazioni contrattuali che assolvono alla duplice finalità di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, e di evitare, al contempo, che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati, tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto.

Diversa è la finalità delle disposizioni di razionalizzazione della spesa per beni e servizi, dispositivi medici e farmaci contenute dall'art. 9 ter, d.l. n. 78 del 2015 e diverso è lo strumentario all'uopo fornito.

### **37.2. Vendita ramo di azienda di cui è titolare l'Associazione Nazionale Combattenti e Reduci.**

La sez. IV, con sentenza 4 aprile 2019, n. 2217 ha affermato che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la procedura di vendita di un ramo d'azienda (nella specie: Istituto di Vigilanza) di cui è titolare l'Associazione Nazionale Combattenti e Reduci atteso che né la nozione tradizionale, c.d. statica o formale, né la nozione "dinamica o funzionale" di Pubblica amministrazione consentono di attribuire a tale Associazione natura di ente pubblico.

Ha chiarito la Sezione che il nostro ordinamento prevede, in forza della disciplina dettata dalla l. 20 marzo 1975, n. 70, che la costituzione e il riconoscimento di enti pubblici

possono avvenire esclusivamente in forza di legge. Ha aggiunto che alla stregua dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, la volontà legislativa di connotare in termini pubblicistici una persona giuridica può essere esplicitata, oltre che con una qualificazione espressa, anche con la previsione di indici sintomatici rivelatori della matrice pubblicistica dell'ente. Si deve poi sottolineare che, in virtù di una parimenti pacifica elaborazione pretoria, il mero requisito teleologico della finalizzazione dell'ente al perseguimento di scopi di interesse pubblico, non è condizione sufficiente per la sussunzione del soggetto nel novero degli enti pubblici, essendo all'uopo indispensabile la previsione legale di un regime giuridico di spessore pubblicistico.

Applicando le coordinate ermeneutiche al caso di specie la Sezione ha concluso nel senso che gli indici di carattere formale, per quanto non dirimenti, sono tutti nel senso della natura privata della Associazione Nazionale Combattenti e Reduci.

### **37.3. Nomina di Direttore generale delle Aziende sanitarie locali dopo la riforma del 2016.**

La sez. III, con sentenza 27 maggio 2019, n. 3438 ha declinato la propria giurisdizione, per affermare quella del giudice ordinario, nella controversia avente ad oggetto la mancata inclusione nell'elenco presso il Ministero della salute degli idonei alla nomina di Direttore generale delle Aziende sanitarie locali, delle Aziende ospedaliere e degli altri Enti del Servizio sanitario nazionale, disciplinata dal d.lgs. 4 agosto 2016, n. 171.

Ha chiarito la Sezione che la procedura nella vigenza dell'analoga procedura, dettata dall'art. 3 bis, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, la giurisprudenza sia della Corte di cassazione (sez. un., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26631), alla quale aveva aderito quella del giudice amministrativo, aveva chiarito che la controversia relativa alla mancata ammissione nell'elenco dei candidati ad un posto che si renderà vacante di direttore generale di azienda sanitaria non ha ad oggetto il procedimento di nomina, entro il quale si attua l'esercizio del potere della Regione, ampiamente discrezionale, di scegliere tra gli aspiranti il soggetto cui conferire l'incarico. Concerne, invece, una fase del tutto autonoma, all'esito della quale è formato un Elenco dei soggetti che, avendo manifestato disponibilità a ricoprire l'incarico mediante presentazione, a seguito di avviso pubblico, di apposita domanda con i contenuti previsti dalle disposizioni di legge, risultino altresì in possesso dei requisiti inderogabilmente richiesti.

L'autonomia di questo procedimento rispetto a quello di nomina trova il suo punto di emersione evidente nella circostanza che l'avviso pubblico non è preordinato alla copertura di determinate vacanze, e dunque preparatorio del procedimento di nomina, ma alla formazione di un elenco di soggetti professionalmente idonei.

Ne consegue che esiste in capo al richiedente un interesse concreto ed attuale all'inserimento nell'Elenco, inserimento che attesta il possesso dell'idoneità professionale designata dalla legge.

Questo interesse ha la consistenza del diritto soggettivo perchè la legge obbliga l'amministrazione competente ad attuarlo, inserendo nell'Elenco tutti coloro che ne hanno i titoli, restando escluso l'esercizio di poteri discrezionali. Come si è già detto, infatti, l'amministrazione è chiamata esclusivamente a verificare i presupposti (regolare e tem-

pesteriva domanda) e la sussistenza dei requisiti normativamente previsti (diploma di laurea ed esperienza dirigenziale), nello svolgimento di attività vincolata, di carattere meramente ricognitiva, della cui natura partecipa anche il giudizio tecnico, quale è quello concernente la verifica dell'esperienza dirigenziale.

Il riparto delle giurisdizione, pertanto, deve operarsi sulla base della regola generale secondo cui, allorchè sono controversi beni della vita non investiti dal potere amministrativo, la tutela è affidata al giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi (Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204).

Tali conclusioni sono ben estensibili anche al procedimento disegnato dalla riforma del 2016 (attuata con d.lgs. n. 171 del 2016), che prevede l'istituzione presso il Ministero della salute – e non più presso le Regioni – di un Elenco nazionale (e, dunque, non più regionale) di soggetti idonei alla nomina a direttore generale delle Aziende sanitarie locali, delle Aziende ospedaliere e degli altri enti del Servizio sanitario nazionale.

La procedura introdotta nel 2016 manca di qualsiasi connotato proprio del pubblico concorso, non essendo prevista una comparazione tra candidati né un numero massimo di ammessi all'iscrizione, tanto che non si forma alcuna graduatoria tra gli inclusi. Il comma 7 dell'art. 1, d.lgs. n. 171 del 2016 precisa, infatti, che elenco nazionale è pubblicato secondo l'ordine alfabetico dei candidati senza l'indicazione del punteggio conseguito nella selezione.

#### **37.4. Diritto all'elettorato attivo.**

Con sentenza 19 luglio 2019, n. 5102 la Sezione terza ha affermato che La tutela del diritto fondamentale di elettorato attivo deve essere esercitata dinanzi al giudice ordinario quale giudice naturale dei diritti fondamentali e, tra questi, dei diritti politici.

Ha chiarito la Sezione che la controversia promossa da soggetti che si ritengono lesi nel proprio diritto ad esercitare il diritto di voto (nella specie, si trattava di degenti ai quali non era stato consentito di votare in un c.d. seggio volante, che avrebbe dovuto essere costituito all'interno del nosocomio) non ricade nell'ambito della giurisdizione amministrativa sul contenzioso elettorale, di cui agli artt. 126, 129 e 130 c.p.a..

Infatti, la giurisdizione che tali disposizioni assegnano al giudice amministrativo ha ad oggetto le sole “operazioni elettorali”, ossia la regolarità delle forme procedurali di svolgimento delle elezioni, alle quali fanno capo nei singoli posizioni che hanno la consistenza dell'interesse legittimo, non del diritto soggettivo.

E benché tali operazioni non si esauriscano nelle attività di votazione, ma si estendano al procedimento elettorale preparatorio per le elezioni regionali e comprendano tutti gli atti del complesso procedimento, dall'emanazione dei comizi elettorali sino alla proclamazione degli eletti, resta tuttavia attribuita all'autorità giudiziaria ordinaria la cognizione delle controversie nelle quali si fanno valere posizioni di diritto soggettivo, quali quelle che si riconnettono al diritto di elettorato attivo (Cass. civ., S.U., ord., 20 ottobre 2016, n. 21262).

#### **38. Risarcimento danni.**

##### **38.1. Risarcimento danni per illegittima esclusione da gara pubblica.**

Con sentenza 2 aprile 2019, n. 2181 la Sezione terza ha affermato il principio secondo cui danno risarcibile connesso ad una procedura di gara dalla quale la concorrente stata esclusa non è mai commisurato alle utilità che sarebbero derivate dal contratto sfumato, ma al c.d. interesse negativo, *id est* l'interesse appunto a non subire indebite interferenze nell'esercizio della libertà negoziale.

Ha chiarito la Sezione che mentre i danni da mancata aggiudicazione sono parametrati al c.d. interesse positivo e consistono nell'utile netto ritraibile dal contratto, oltre che nei pregiudizi di tipo curriculare e all'immagine commerciale della società, ingiustamente privata di una commessa pubblica, nel caso di responsabilità precontrattuale i danni sono limitati al solo interesse negativo, ravvisabile nel caso delle procedure ad evidenza pubblica nelle spese inutilmente sopportate per parteciparvi e nella perdita di occasioni di guadagno alternative. La Sezione ha, dunque, ritenuto che è stato correttamente escluso, in primo grado, il danno curriculare dal novero delle voci risarcibili.

Del pari, condivisibile e meritevole di conferma deve ritenersi l'approdo decisorio cui è giunto il giudice di prime cure nella parte in cui ha rilevato la mancanza di conferenti elementi di prova a sostegno della lamentata perdita di chances.

Era, invero, onere della parte deducente comprovare, quantomeno con un principio di prova, le possibili, alternative occasioni di guadagno cui l'operatore leso avrebbe potuto attingere in assenza del contegno dannoso dell'amministrazione, indicandole e comprovandone la concreta praticabilità, essendo di tutta evidenza come siffatte evenienze, ricadendo comunque nella sfera di signoria dell'interessato, avrebbero dovuto essere alligate e circostanziate onde renderne obiettiva evidenza in vista del conseguimento del rivendicato ristoro sostitutivo.

### **38.2. Responsabilità solidale tra enti esproprianti.**

Con sentenza 26 febbraio 2019, n. n. 1332 la Sezione quarta ha affermato che per l'illecito consistente nell'occupazione di immobile *sine titulo* sussiste la responsabilità solidale per il risarcimento del danno tra l'amministrazione pubblica committente dell'opera ed il soggetto (pubblico o privato) al quale, unitamente alla realizzazione dell'opera, sia stata affidata, in virtù di delega anche il potere di gestire, in nome e per conto del delegante, il procedimento espropriativo e di emanare il decreto di espropriazione.

Ha chiarito la Sezione che nel caso sottoposto al suo esame, in cui ricorre un illecito consistente in occupazione *sine titulo* di un immobile per mancata emanazione del decreto di espropriazione, non può esservi alcun dubbio, alla luce dei principi enunciati dalla giurisprudenza, in ordine alla sussistenza della responsabilità dei soggetti pubblici (Anas e Ministero); e ciò, in concreto, perché: per un verso, hanno certamente conservato il potere di vigilanza e controllo sull'operato del proprio delegato Autostrade Centro Padane, di modo che rispondono, *ex artt.* 2043 c.c. e 40 c.p., (anche) per il comportamento omissivo di questo in quanto causativo di danno; per altro verso, stante la cessazione di efficacia della concessione, Anas in particolare ha riassunto su di sé l'esercizio del potere espropriativo, in tal modo tenendo direttamente il comportamento omissivo fonte di responsabilità.

A ciò va ulteriormente aggiunto che, anche in presenza di un rapporto concessorio (pur se previsto per legge), resta sempre fermo il potere/dovere di vigilanza dell'amministrazione concedente sull'attività del concessionario, con particolare riguardo all'esercizio di poteri pubblici da parte di questi. E ciò in quanto l'amministrazione è pur sempre il soggetto cui è attribuita la titolarità del potere espropriativo in ragione del principio di legalità, di modo che restano sempre fermi (essendo irrilevanti in tal senso disposizioni convenzionali di segno diverso) i suoi poteri di vigilanza e controllo, i quali possono spingersi fino alla revoca (sanzionatoria) della concessione. Il che comporta, anche in queste ipotesi, una necessaria verifica della eventuale sussistenza della responsabilità per colpa in vigilando.

### **38.3. Danno *in re ipsa* per temporanea perdita della facoltà di godimento inerente al diritto di proprietà di un bene illegittimamente occupato.**

La sez. IV, con sentenza 27 maggio 2019, n. 3428 ha ritenuto che nel caso di occupazione illegittima il danno è *in re ipsa*, poiché esso coincide con la temporanea perdita della facoltà di godimento inerente al diritto di proprietà (danno "conseguente"), *id est* con l'incisione sul contenuto proprio del diritto di proprietà (quello afferente alla sfera delle facoltà).

La Sezione ha affermato, più in generale, che ogni danno è "conseguenza" di un evento e, in quanto tale, da questo, sia pure in misura diversa, distinguibile; e tale distinzione dipende dalla natura dell'illecito (contrattuale o extracontrattuale), ovvero a seconda che il danno di cui si postula il risarcimento sia subito dalla posizione giuridica del soggetto nella cui sfera subiettiva si è prodotto l'evento, ovvero da altro soggetto a questi legato da relazioni contrattuali o, comunque, rilevanti per l'ordinamento e da questo protette. Il problema, dunque, non consiste nella configurazione ontologica del danno (che - naturalisticamente - costituisce sempre una perdita nell'ambito di una situazione soggettiva, come affermato dalla Corte costituzionale con sentenza 27 ottobre 1994, n. 372), ma attiene alla natura della situazione soggettiva ed al rapporto che intercorre tra questa e l'evento lesivo.

Ed è proprio per questo che si pone un problema di prova; problema, però, che non discende dalla natura del danno (danno-evento o danno-conseguenza), ma che si propone come strettamente connesso alla sussistenza/conformazione e titolarità di una posizione soggettiva che si assume lesa.

Nel giudizio risarcitorio esiste sempre un problema di prova (avente plurimi profili): prova della esistenza e titolarità della situazione soggettiva che si assume lesa; prova dell'effettività della "perdita" (lesione) di quella posizione; prova della quantificazione del danno, cioè della misura del risarcimento richiesto.

La natura dell'illecito ed il tipo di posizione giuridica (ove esistente) che si assume lesa agiscono diversamente (non già sulla natura del danno ma) sul problema probatorio. In questo contesto, assumono ben diversa valenza i diritti patrimoniali rispetto a quelli non patrimoniali, sussistendo per questi ultimi un problema di riconoscimento e tutela affatto diverso dai primi (si veda, Cass., sez. un., n. 26972 del 2008). In questo caso, ciò che occorre dimostrare è (non tanto l'esistenza della lesione ma) la sussistenza ontolo-

gica del diritto e, laddove l'evento si realizzi nella sfera giuridica di altro soggetto, occorre provare la sussistenza di una lesione (ulteriore) nella propria sfera giuridica di soggetto titolare di un diritto non patrimoniale, pur astrattamente riconosciuto.

Così come, pur nella sfera dei diritti patrimoniali, a fronte della natura dell'illecito, può apparire plausibile (pur senza volere rendere sull'illecito contrattuale considerazioni definitive) che il danno derivante da una occupazione di immobile protratta oltre il termine contrattualmente stabilito si caratterizzi diversamente da quello derivante da una occupazione effetto di illecito extracontrattuale.

Nel primo caso, la lesione attiene innanzi tutto al diritto alla restituzione del proprio bene per effetto dell'inadempimento contrattuale dell'obbligazione restitutoria, mentre la lesione consistente nella perdita della facoltà di godimento del bene costituisce una ipotesi di danno "ulteriore".

Nel secondo caso, la lesione (unica) attiene direttamente al contenuto stesso della posizione soggettiva (facoltà di godimento del bene).

Affermare che vi è necessità di "prova" della lesione subita, in quest'ultima ipotesi, non discende dalla "natura" del danno (cioè dal suo rapporto con l'evento), ma dal preciso contenuto della posizione giuridica sulla quale l'evento lesivo si assume abbia inciso, se, cioè, la "perdita" attenga alle facoltà di godimento ovvero ai poteri di disposizione: con la conseguenza che, mentre nel primo caso, per la natura stessa della "facoltà", la prova della perdita è offerta dall'evento in sé considerato (ed in questo senso, sinteticamente, può affermarsi che il danno è *in re ipsa*), nel secondo caso, per la diversa struttura del "potere" (natura che ne postula un esercizio in concreto e non solo una mera "disponibilità"), occorre la prova della lesione "ulteriore" subita da questa "altra" sfera del diritto di proprietà.

#### **38.4. Richiesta risarcimento danni per equivalente pari al valore del fondo formulata in costanza di occupazione acquisitiva.**

La sentenza 13 agosto 2019, n. 5703 della Sezione quarta ha ritenuto che non viola il principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato la sentenza che, a fronte della richiesta del danno per equivalente pari al valore del fondo formulata allorché l'ordinamento contemplava l'istituto dell'occupazione acquisitiva, abbia disposto il solo danno da occupazione illegittima, nel presupposto della permanente proprietà del cespite in capo al privato: la tutela giurisdizionale, infatti, deve essere modulata in base all'assetto esegetico generalmente condiviso al momento della pronuncia.

Ha chiarito la Sezione che la richiesta di giustizia avanzata dall'appellante aveva come *causa petendi* la posizione dominicale *illo tempore* incisa dall'indebita occupazione del bene da parte dell'Amministrazione e ne chiedeva la tutela nell'ambito dei rimedi allora considerati rilevanti dalle Corti.

Correttamente, dunque, il Tribunale ha fatto riferimento alla (diversa) tutela contemplata dall'attuale diritto vivente, che ha espunto dall'ordinamento, per insuperabile contrasto con superiori principi sovranazionali cui la Repubblica è costituzionalmente tenuta a conformarsi, l'istituto dell'occupazione acquisitiva.

Più in particolare, venuto meno il riconoscimento della valenza acquisitiva dei comportamenti di apprensione materiale del bene posti in essere *sine titulo* dall'Amministrazione,

il Tribunale ha ricondotto la domanda nell'alveo dell'ordinario illecito aquiliano ed ha, pertanto, condannato l'Ente al risarcimento del solo danno ("a carattere permanente") da perdita della disponibilità materiale del bene, specificando che la proprietà è rimasta in capo ai ricorrenti.

### **38.5. Danno da ritardo nei procedimenti avviati d'ufficio.**

La sentenza della sez. IV 15 gennaio 2019, n. 358 ha affermato che il danno da ritardo, di cui all'art. 2 *bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, può configurarsi anche nei casi in cui il procedimento debba essere avviato di ufficio.

Ha ricordato la Sezione che l'Adunanza plenaria 4 maggio 2018, n. 5 riconosce il danno da ritardo "a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento", ricollegandolo alla "lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale" e subordinandolo, comunque, a rigorosi oneri di allegazione e prova dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità.

Tale ricostruzione presuppone di regola, come è evidente, la natura imprenditoriale del soggetto che assume essere stato leso dal ritardo dell'amministrazione nell'emanazione del provvedimento (ancorché legittimamente di segno negativo), dovendosi invece ritenere che, negli altri casi, sia indispensabile la prova della spettanza del bene della vita cui si ricollega la posizione di interesse legittimo.

Perché, dunque, possa parlarsi di una condotta della Pubblica amministrazione causativa di danno da ritardo, oltre alla concorrenza degli altri elementi costitutivi della responsabilità ex art. 2043 c.c., occorre che esista, innanzi tutto, un obbligo dell'amministrazione di provvedere entro un termine definito dalla legge a fronte di una fondata posizione di interesse legittimo ad ottenere il provvedimento tardivamente emanato.

E tale obbligo di provvedere sussiste, ai sensi del comma 1 dell'art. 2, l. n. 241 del 1990 laddove vi sia un obbligo di procedere entro un termine definito ("ove il provvedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio . . .").

Al contempo, deve ritenersi che – sussistendo i suddetti presupposti – il danno da ritardo, di cui all'art. 2 *bis*, l. n. 241 del 1990, può configurarsi anche nei casi in cui il procedimento debba essere avviato di ufficio (e, dunque, vi sia l'obbligo di concluderlo). Ciò si desume, oltre che da ragionevoli argomentazioni di ordine generale, dalla evidente differenza letterale tra i primi due commi dell'art. 2 *bis*, l. n. 241 del 1990, dove solo il secondo di essi (comma 1 *bis*), si riferisce espressamente al procedimento ad istanza di parte. Ma, in questo caso, occorre sia la chiara previsione normativa di un termine per l'avvio e per la conclusione del procedimento (supplendo in questo secondo caso, in difetto di previsione, il termine generale di cui all'art. 2, comma 2, l. n. 241 del 1990), sia l'esistenza di una posizione di interesse legittimo che, come tale, presuppone la natura provvedimentale dell'atto medesimo.

Con riferimento ai procedimenti avviati d'ufficio, ha chiarito la Sezione che la possibilità di configurare il danno da ritardo si desume, oltre che da ragionevoli argomentazioni di ordine generale, dalla evidente differenza letterale tra i primi due commi dell'art. 2 *bis*, dove solo il secondo di essi (comma 1 *bis*), si riferisce espressamente al procedimento ad istanza di parte.

Ma, in questo caso, occorre sia la chiara previsione normativa di un termine per l'avvio e per la conclusione del procedimento (supplendo in questo secondo caso, in difetto di previsione, il termine generale di cui all'art. 2, comma 2, l. n. 241 del 1990), sia l'esistenza di una posizione di interesse legittimo che, come tale, presuppone la natura provvedimentoale dell'atto medesimo.

### **39. Processo amministrativo.**

#### **39.1. Notifica telematica del ricorso alle Amministrazioni.**

La sez. III con la sentenza 22 ottobre 2019, n. 7170 si è soffermata sulla notifica telematica del ricorso alle Amministrazioni ed ha affermato che deve essere effettuata presso gli indirizzi mutuati dall'elenco tenuto dal Ministero della Giustizia escludendo, in apice, ogni forma di equipollenza, con la conseguenza che nemmeno l'indirizzo Pec risultante dal registro IPA e gli indirizzi internet indicati nei siti dell'amministrazione possono ritenersi validi ai fini della notifica degli atti giudiziari alle P.A.; l'oscillazione giurisprudenziale riscontrata sul punto giustifica il riconoscimento dell'errore scusabile. Ha chiarito la Sezione che dalla lettura sistemica delle disposizioni normative, di fonte primaria e secondaria, che disciplinano le notifiche a mezzo Pec in ambito Pat, deve ritenersi che la Pec da utilizzare per la rituale partecipazione del ricorso alle Amministrazioni pubbliche sia quella tratta dall'elenco tenuto dal Ministero della Giustizia, di cui all'art. 16, comma 12, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179. Segnatamente, l'art. 14, comma 2, d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 (Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del Pat) prevede che le notificazioni alle amministrazioni non costituite in giudizio sono eseguite agli indirizzi Pec di cui all'art. 16, comma 12, d.l. n. 179 del 2012, fermo quanto previsto dal r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611. Ai sensi del suddetto comma 12, dell'art. 16, d.l. n. 179 del 2012, nel testo risultante dalla modifica operata col D.L. n. 90 del 2014, convertito dalla l. n. 114 del 2014, le amministrazioni pubbliche dovevano comunicare, entro il 30 novembre 2014, al Ministero della Giustizia l'indirizzo Pec valido ai fini della notifica telematica nei loro confronti, da inserire in un apposito elenco.

Ciò in conformità con quanto previsto dal comma 1 *bis* dell'art. 16 *ter* del medesimo d.l. n. 179 del 2012 (aggiunto dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114) che ha reso applicabile alla giustizia amministrativa il comma 1 dello stesso art. 16 *ter*.

Tale ultima disposizione, nella versione vigente, prevede che "a decorrere dal 15 dicembre 2013, ai fini della notificazione e comunicazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa, contabile e stragiudiziale si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dagli artt. 6 *bis*, 6 *quater* e 62, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, dall'art. 16, comma 12, del presente decreto, dall'art. 16, comma 6, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2, nonché il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della giustizia".

E', dunque, di tutta evidenza l'opzione del legislatore di conferire il predicato della ritualità della notifica telematica solo se effettuata presso gli indirizzi mutuati da elenchi ben individuati escludendo, dunque, in apice, ogni forma di equipollenza).



D'altro canto, ha indubbio fondamento l'esigenza di certezza sottesa alla richiamata disciplina, trattandosi di adempimenti che si pongono a presidio dell'effettività del contraddittorio siccome funzionali ad una tempestiva ed efficace organizzazione della linea difensiva delle Amministrazioni intimate.

In ragione di quanto fin qui evidenziato nemmeno l'indirizzo Pec risultante dal registro IPA può ritenersi valido ai fini della notifica degli atti giudiziari alle Pubbliche amministrazioni. Il registro IPA, di cui all'art. 16, comma 8, d.l. n. 185 del 2008, non viene, infatti, più espressamente menzionato tra i pubblici elenchi dai quali estrarre gli indirizzi PEC ai fini della notifica degli atti giudiziari. In particolare, l'elenco IPA era inizialmente equiparato agli elenchi pubblici dai quali poter acquisire gli indirizzi Pec validi per le notifiche telematiche dall'art. 16 *ter*, d.l. n. 179 del 2012, ma tale equiparazione è attualmente venuta meno in seguito alla modifica di tale disposizione.

Stessa conclusione di inidoneità va replicata, per le medesime ragioni suesposte, per gli indirizzi internet indicati nei siti dell'amministrazione, che non trovano autonoma legittimazione normativa ai fini delle notifiche degli atti giudiziari.

Ciò nondimeno, nemmeno può essere obliato come l'esegesi della suddetta disciplina abbia avuto approdi non sempre univoci in giurisprudenza, rinvenendosi anche indirizzi inclini a riconoscere validità della notifica a mezzo posta elettronica certificata del ricorso effettuata all'amministrazione all'indirizzo tratto dall'elenco presso l'Indice PA vieppiù se l'amministrazione pubblica destinataria della notificazione telematica sia rimasta inadempiente all'obbligo di comunicare altro e diverso indirizzo Pec da inserire nell'elenco pubblico tenuto dal Ministero della Giustizia.

Orbene, in siffatte evenienze, contraddistinte dalla evidenziata oscillazione giurisprudenziale, non può che accordarsi il beneficio della rimessione in termini *ex art. 37 c.p.a.*, registrandosi, in definitiva, pur nel rigore valutativo qui esigibile, oggettive ragioni di incertezza sulla questione di diritto suesposta.

### **39.2. Cancellazione di un ricorso duplicato informatico di altro ricorso.**

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con ordinanza 12 settembre 2019, n. 615 ha affermato che deve essere accolta l'istanza di cancellazione di un ricorso in appello che sia mero duplicato informatico di altro ricorso, proposto dalla stessa parte avverso la medesima ordinanza.

Ha chiarito il Consiglio di Giustizia che un ricorso che sia il "clone informatico" di un ricorso già presentato è giuridicamente "inesistente" come autonomo ricorso, non essendo sorretto dalla volontà della parte di proporlo e depositarlo, ma essendo il risultato di impercettibili errori o difetti del sistema informatico, le cui cause è irrilevante acclarare, per evidenti ragioni di economia processuale, essendo invece sufficiente l'ovvia constatazione che il sistema informatico non è un ente giuridico a cui sia riconosciuta la capacità giuridica e di agire e men che meno quella di proporre un ricorso giurisdizionale.

### **39.3. Riassunzione al Tar Lazio del ricorso proposto avverso infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale.**

Con ordinanza 19 luglio 2019, n. 5090 la Sezione sesta ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41, comma 5, l. 23 luglio 2009, n. 99, nella parte in cui - in materia di controversie attinenti alle procedure e ai provvedimenti dell'Amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati concernenti la produzione di energia elettrica e in particolare relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale - prevede un onere di riassumere il ricorso, a seguito di dichiarata incompetenza territoriale, avanti il Tar del Lazio, sede di Roma entro sessanta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore della legge stessa, anziché dalla data della ricezione dell'avviso dell'onere di riassunzione.

Ha affermato la Sezione che la questione di legittimità costituzionale di che trattasi risulta altresì non manifestamente infondata, in base alle argomentazioni esposte da codesta Corte nella sentenza 16 aprile 1998, n.111, pronunciata su un caso analogo, argomentazioni alle quali ci si richiama.

La Sezione ha dubitato, in relazione all'art. 24 Cost. della conformità a Costituzione di quanto la norma prevede sotto il profilo della decorrenza del termine assegnato per provvedere all'onere di riassunzione. Così come affermato dalla Corte nella sentenza n. 111 del 1998, in generale la norma dell'art. 24 non impone di far conseguire al cittadino la tutela giurisdizionale sempre nello stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi alla legge ordinaria di subordinare l'accesso a tale tutela a controlli e condizioni, purché con ciò non si impongano oneri o modalità tali da rendere l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento di attività processuale impossibili o estremamente difficili. Sempre secondo la sentenza n. 111 del 1998, la Costituzione non vieta quindi, in linea di principio, di introdurre nel processo un onere generalizzato di istanza di trattazione o di fissazione di udienza, con comminatoria di estinzione del processo decorso un periodo ragionevole di inattività processuale, dato che presentare un'istanza di tal tipo, in astratto, non rappresenta un adempimento vessatorio, o ingiustificatamente gravoso per le parti, o di per sé irragionevole. La ragionevolezza di una norma in tal senso, ancora secondo la sentenza n. 111 del 1998, va allora verificata in concreto, anzitutto sotto il profilo del termine assegnato per provvedere. La Corte, nella sentenza citata e altrove, ad esempio nella sentenza 10 novembre 1999, n. 427, ha ritenuto in sé congrui termini compresi entro un intervallo che va dai sei mesi ai trenta giorni; ha ritenuto però che particolare attenzione vada riservata al profilo cui si è riferiti, relativo alla decorrenza del termine. La sentenza in questione è stata pronunciata con riferimento ad una norma di legge che prevedeva l'estinzione dei giudizi pendenti avanti l'allora esistente Commissione tributaria centrale nel caso in cui non venisse presentata entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge stessa un'apposita istanza di trattazione, essa però contiene argomenti ad avviso di questo Giudice di valore del tutto generale.

In tal senso, la sentenza n. 111 del 1998 afferma che nell'ordinamento tutela un ragionevole e preciso affidamento delle parti a che il processo si svolga secondo le norme vigenti nel momento in cui esse lo hanno instaurato, e che a fronte di ciò è irragionevole introdurre una innovativa comminatoria di estinzione per la mancanza di un ulteriore adempimento di impulso processuale, alternativo alla possibilità di trasferire l'esame ad altro organo giurisdizionale, adempimento configurato come eccezionale e derogatorio rispetto al sistema, senza prevedere che il termine per l'adempimento decorra da un

avviso o comunicazione alle parti interessate. Va considerato infatti che in generale la giurisprudenza di la Corte considera casi paradigmatici di violazione dell'art. 24 Cost, perché l'esercizio di un diritto processuale è stato reso eccessivamente difficile, quelli in cui il decorso di un termine di decadenza è ricollegato a un dato fatto processuale e non all'avviso di quel fatto che sia stato dato alle parti interessate: per tutte, le sentenze 22 aprile 1986, n.102, 30 aprile 1986, n.120 e 27 giugno 1986, n.156.

Il principio ovviamente non può valere per un solo tipo di processo, e la sentenza 111/1998 lo riferisce espressamente anche al processo amministrativo. In motivazione, infatti, osserva che la estinzione del processo per inattività delle parti, in caso di mancanza di impulso processuale, non rappresenta una novità in senso assoluto, poiché si ritrova anche in altri procedimenti e in particolare costituisce, lo strumento normale di impulso processuale nel processo amministrativo, ove si riconnette alla mancata presentazione della domanda di fissazione. La sentenza osserva però che nello stesso processo amministrativo la previsione di cui si tratta è accompagnata da particolare cautela in ordine al momento di decorrenza del termine, che in occasione di mutamenti di competenze ed istituzione di nuovi organi viene identificato con il momento della ricezione dell'avviso della segreteria, come previsto a suo tempo dall'art. 42, comma 5, l. 6 dicembre 1971, n. 1034.

Applicando tali principi al caso di specie, si dubita della conformità dell'art. 41, comma 5, in esame al disposto dell'art. 24 Cost. sul diritto di difesa ed altresì all'art. 111 Cost. sul giusto processo, nonché all'art. 3 Cost. sul principio di ragionevolezza delle scelte legislative, potendosi ritenere, in sintesi, che l'assetto delle regole processuali sulla riassunzione che lega quest'ultima ad un mero fatto processuale quale l'entrata in vigore della legge, senza accorgimenti di garanzia, appare del tutto irragionevole, violativo del diritto di difesa (che viene leso dall'adozione di un termine di decorrenza "automatico" per un adempimento al quale è legato un importante effetto estintivo del processo derivante da una legge sopravvenuta che ha inciso sul giudice competente, concentrando le controversie presso il Tar del Lazio) e conducente ad un processo non equo (anche ai sensi delle norme Cedu) e non giusto perché suscettibile di determinare un'estinzione a sorpresa del giudizio.

Tutto va poi esaminato alla luce del richiamato precedente del giudice delle leggi su analoga questione. La norma prevede un termine di per sé non irragionevole, che è quello di sessanta giorni, pari oltretutto a quello ordinario per proporre ricorso giurisdizionale amministrativo, che in concreto però è risultato pari a tre mesi e mezzo. Si tratta infatti di un termine di tipo processuale, e quindi soggetto alla relativa sospensione, dato che la norma è entrata in vigore il 15 agosto 2009: la scadenza si identifica quindi con la data del 14 novembre 2009.

La norma però prevede che il termine decorra in via automatica, senza prevedere, come vuole la sentenza n. 111 del 1998, alcun "accorgimento procedurale di garanzia" che assicuri, nei termini esposti, una "conoscibilità minima dell'obbligo di adempimento", come un avviso alle parti che avverta della necessità di rispettarlo e delle conseguenze che dal mancato rispetto derivano, nel che ad avviso di questo Giudice risiede la sua irragionevolezza.

#### **39.4. Legittimazione ad impugnare la proroga dello scioglimento del Consiglio comunale.**

La sez. III, con sentenza 12 novembre 2019, n. 7762 ha affermato che l'impugnazione dello scioglimento dell'organo consiliare ai sensi dell'art. 143 del Testo unico degli enti locali (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), come anche della sua proroga, non è annoverabile tra le azioni proponibili dai singoli elettori ai sensi dell'art. 9, d.lgs. n. 267 del 2000, e ciò in quanto la misura dissolutoria di cui all'art. 143, mentre incide sulle situazioni soggettive dei componenti degli organi elettivi che, per effetto di essa, vengono a subire una perdita di status, non altrettanto incide su quella dell'ente locale, titolare di posizioni autonome e distinte, che, anzi, nella misura vede uno strumento di tutela e di garanzia della pubblica amministrazione.

Ha chiarito la Sezione che è inammissibile per difetto di legittimazione l'azione popolare proposta per impugnare lo scioglimento del consiglio comunale e la nomina di una commissione straordinaria per la provvisoria gestione del medesimo, perché lo strumento offerto dall'art. 9, d.lgs. n. 267 del 2000 non può essere utilizzato per far valere azioni che non sono di spettanza dell'ente locale nell'interesse del quale si dichiara di agire.

Il provvedimento di proroga è, sì, contestabile in sede giurisdizionale avanti al giudice amministrativo da parte dei componenti del disciolto organo consiliare, ma solo se e nella misura in cui tale contestazione, per vizi propri del medesimo provvedimento – ad esempio per la sua tardività – o per vizi derivati dallo scioglimento medesimo, possa condurre al reinsediamento dei soggetti eletti, risultato da escludersi, nella vicenda esaminata, per l'accertata definitiva legittimità del predetto scioglimento, e non già al fine di ottenere la fissazione di nuove, più ravvicinate nel tempo, elezioni. Non sussiste dunque legittimazione dei componenti della disciolta amministrazione comunale, nemmeno quali cittadini-elettori, ad impugnare il provvedimento di proroga per far valere un siffatto interesse.

Il presupposto dell'eccezionalità, previsto dall'art. 143, comma 10, d.lgs. n. 267 del 2000, atto a giustificare la proroga dello scioglimento del consiglio comunale per infiltrazione mafiosa si lega all'eccezionalità della situazione che ha determinato lo scioglimento del consiglio comunale, non dovendo ipotizzarsi una c.d. doppia eccezionalità, la prima, tale da determinare la misura dissolutoria, e la seconda, del tutto diversa dalla prima, tale da giustificare la proroga.

È insita nella stessa natura della proroga, infatti, l'esigenza di proseguire gli effetti dell'originario provvedimento al fine di consentire che questo possa continuare ad esplicare la propria efficacia per tutte le ragioni che ne hanno giustificato l'iniziale adozione e non è logicamente sostenibile che i motivi della prolungata efficacia debbano essere del tutto diversi e avulsi rispetto a quelle originarie ragioni al cospetto di una misura, come quella straordinaria dello scioglimento del consiglio comunale, adottata proprio al fine di contrastare l'infiltrazione mafiosa negli organi politici e amministrativi dell'ente locale. La proroga non è, cioè, una misura straordinaria che si somma ad una misura straordinaria, ma la mera prosecuzione temporale dell'unica misura straordinaria in presenza di stringenti ragioni finalizzate al regolare funzionamento dei servizi affidati alle pubbliche amministrazioni.

### 39.5. Giudizio cautelare.

Molte le pronunce in materia di giudizio cautelare del Consiglio di Stato e del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana.

- Istanza di misure cautelari monocratiche nelle more della decisione collegiale dell'istanza di revisione di un'ordinanza cautelare.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con decreto monocratico 5 dicembre 2019, n. 780 ha affermato che è inammissibile l'istanza di misure cautelari monocratiche presentata nelle more della decisione collegiale dell'istanza di revisione di un'ordinanza cautelare *ex art. 58 c.p.a.*, e ciò in quanto il potere cautelare monocratico è esercitabile solo "prima della trattazione della domanda cautelare da parte del Collegio" (art. 56, comma 1, c.p.a.), sicché, dopo che sia già intervenuta la pronuncia collegiale, un riesame della stessa può essere pronunciato solo dal Collegio (art. 58, comma 1, c.p.a.).

Ha chiarito il Consiglio di Giustizia che il combinato disposto dell'art. 56, comma 1, e dell'art. 58, comma 1, c.p.a. deve essere interpretato nel senso che il potere cautelare monocratico sia esercitabile solo prima che il Collegio non si sia mai pronunciato, e non anche dopo il primo esercizio del potere cautelare collegiale, quando vengano presentate istanze di riesame o modifica dei provvedimenti collegiali; una diversa e opposta esegesi, che consentisse di intervenire monocraticamente dopo e su decisioni cautelari collegiali, vanificherebbe il principio di collegialità della misura cautelare e quello di eccezionalità del potere monocratico cautelare, che può solo anticipare quello collegiale, ma mai seguirlo e tradursi in un riesame del medesimo. L'ipotesi in cui è ammessa una pronuncia monocratica che possa incidere su una pronuncia collegiale è, nel processo amministrativo, più che tassativa, un unicum, nel solo caso di decreto cautelare monocratico di appello che sospende provvisoriamente una ordinanza o sentenza di primo grado; gli altri casi di decreto monocratico attengono a vicende di estinzione o improcedibilità del grado di giudizio senza sindacato su provvedimenti giurisdizionali collegiali (art. 85 c.p.a.). Pertanto si deve ritenere non ammesso il rimedio di una pronuncia cautelare monocratica che riesamini un provvedimento cautelare collegiale all'interno del medesimo grado di giudizio, perché non espressamente previsto e contrario al sistema dei rimedi nel processo amministrativo. D'altro canto, il danno irreparabile che la parte qui paventa, non è di diversa natura rispetto a quello già valutato negativamente in sede collegiale, trattandosi in definitiva della naturale conseguenza del rigetto della domanda cautelare, che rende possibile portare ad esecuzione il provvedimento amministrativo. Né rileva il venir meno di ragioni ambientali ostative (in tesi), atteso che il provvedimento amministrativo si fonda anche su ragioni ostative urbanistiche, che la sentenza appellata ha ritenuto legittime, e che devono, sia pure implicitamente, ritenersi già vagliate dall'ordinanza cautelare collegiale già resa da questo Consesso.

- Sospensione termini feriali nella fase cautelare.

Ha affermato il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana con ordinanza 13 dicembre 2019, n. 798 che ai sensi dell'art. 54, comma 3, c.p.a., la sospensione

feriale dei termini non si applica nel procedimento cautelare. Ha ricordato il Consiglio di Giustizia che ai sensi dell'art. 62, comma 1, c.p.a., il termine per appellare le ordinanze cautelari non notificate è di sessanta giorni dalla pubblicazione.

- Anticipazione della fissazione dell'udienza di merito già disposta con l'ordinanza che ha respinto l'istanza cautelare.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con decreto 19 dicembre 2019, n. 122 ha affermato che va respinta l'istanza di anticipazione della fissazione dell'udienza di merito di una causa, già disposta con l'ordinanza che ha respinto l'istanza cautelare, traducendosi detta istanza di anticipazione di udienza in una inammissibile richiesta di riesame di tale ordinanza, in difetto dei presupposti richiesti per il riesame. Ha ricordato il Cga che la fissazione delle udienze di merito deve seguire i criteri di priorità stabiliti dal codice del processo amministrativo quanto a tipologia di rito, istanze di prelievo, ordine cronologico di trattazione dei ricorsi, tenendo altresì conto della situazione complessiva dei ruoli di udienza, dei carichi di lavoro, dei criteri di designazione dei relatori.

### **39.6. Memorie di replica.**

Con sentenza 30 settembre 2019, n. 6534 la Sezione seconda ha affermato che le memorie di replica

sono previste e regolate dall'art. 73, comma 1, c.p.a. per il precipuo ed esclusivo fine di consentire di rispondere alle deduzioni contenute nelle nuove memorie depositate dalle controparti in vista dell'udienza di discussione; ne segue che la replica è inammissibile qualora controparte non abbia depositato memoria conclusionale e che il suo oggetto deve restare, comunque, contenuto nei limiti della funzione di contrasto alle difese svolte nella memoria conclusionale avversaria, onde evitare che si traduca in un mezzo per eludere il termine per il deposito delle memorie conclusionali, proponendo tardivamente argomenti che avrebbero dovuto trovare posto nella memoria per l'udienza di discussione.

L'art. 73, comma 1, c.p.a., per il quale "le parti possono ... presentare repliche, ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista dell'udienza, fino a venti giorni liberi", ammette chiaramente replica soltanto alle memorie depositate dalle controparti per l'udienza di discussione. La previsione è dirimente e consente di trarre il corollario che l'oggetto della replica debba restare contenuto nei limiti della funzione di contrasto alle difese svolte nella memoria conclusionale avversaria, onde evitare che il deposito della memoria di replica si traduca in un mezzo per eludere il termine di legge per il deposito delle memorie conclusionali.

Di recente si è osservato che la giurisprudenza del giudice amministrativo ha chiarito che ai sensi dell'art. 73, comma 1, c.p.a., nel testo introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. q), d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 (c.d. primo correttivo al Codice), le repliche sono ammissibili solo ove conseguenti ad atti della controparte ulteriori rispetto a quelli di risposta alle iniziative processuali della parte stessa (ricorso, motivi aggiunti, memorie, documenti, ecc.), atteso che la *ratio legis* si individua nell'impedire la proliferazione degli atti difensivi, nel garantire la par condicio delle parti, nell'evitare elusioni dei termini per

la presentazione delle memorie e, soprattutto, nel contrastare l'espedito processuale della concentrazione delle difese nelle memorie di replica con la conseguente impossibilità per l'avversario di controdedurre per iscritto. Né la memoria di replica può essere considerata prima memoria se depositata, oltre il termine di trenta giorni previsto dall'art. 73 c.p.a. (Cons. St., sez. III, 2 maggio 2019, n. 2855).

Ciò, naturalmente, fatta salva la possibilità di replicare alla produzione di nuovi documenti, come parimenti previsto dall'art. 73, comma 1. Ha aggiunto la Sezione che la questione dell'ammissibilità della memoria, rilevata d'ufficio, non deve essere indicata in udienza né successivamente sottoposta alle parti con ordinanza, secondo le modalità prescritte dall'art. 73, comma 3, c.p.a. per il caso in cui il giudice ritenga di porre a fondamento della decisione una questione rilevata di ufficio. Tuttavia, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, "la previsione dell'art. 73 si applica solo, quando ne emergano e siano rilevabili d'ufficio, ai fatti sostanziali c.d. modificativi, impeditivi o estintivi, idonei ad incidere *ab extrinseco* sulla fattispecie costitutiva della pretesa dedotta dal ricorrente, vanificandola. E si applica, inoltre, alle "questioni" di rito, vale a dire ai fatti cui la disciplina processuale attribuisca conseguenze incidenti - appunto - sul processo (ad esempio, la permanenza dell'interesse alla decisione: cfr. Cons. St., Ad. Pl., n. 3 del 2010)" (Cons. St., sez. V, 19 giugno 2012, n. 3557).

Al riguardo, l'Adunanza plenaria (5 settembre 2018, n. 14) ha chiarito che il dovere del giudice stabilito dall'art. 73, comma 3, c.p.a. costituisce un mezzo di garanzia del contraddittorio "diretto ad evitare pronunce su profili aventi un'influenza decisiva sul giudizio, quali, per esempio, la tardività, il difetto dell'interesse protetto, la perenzione del giudizio", al fine di contrastare il fenomeno delle cosiddette decisioni a sorpresa, e che esso, dunque, attiene al caso in cui "il giudice ha deciso la domanda e la parte lamenta che l'abbia fatto ritenendo dirimente una questione, di rito o di merito, non sottoposta al contraddittorio processuale".

Nella fattispecie in esame, il giudizio non è stato definito ritenendo dirimente, per la decisione, la tardività della memoria di replica e la mancata sottoposizione al contraddittorio processuale del relativo punto non ha prodotto una decisione "a sorpresa" della domanda giudiziale in violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a., che imporrebbe l'annullamento della sentenza con rinvio al primo giudice per lesione del diritto di difesa, ai sensi del successivo art. 105. Ed invero, le sole questioni che possono essere poste a fondamento della decisione, alle quali, dunque, ha riguardo l'art. 73, comma 3, sono le questioni pregiudiziali di rito e le questioni preliminari di merito, che, per l'appunto, sono astrattamente idonee alla definizione del giudizio in quanto concernenti, rispettivamente, le condizioni dell'azione ed i presupposti processuali ovvero quelle questioni la cui risoluzione possa rendere superfluo il giudizio sul fatto costitutivo della pretesa azionata.

### **39.7. Appello.**

Diverse le sentenze di interesse in materia di giudizio di appello.

- Annullamento con rinvio della sentenza di primo grado.

La sez. III, con sentenza 2 settembre 2019, n. 6058 ha affermato che va annullata con rinvio al giudice di primo grado la sentenza del Tar che ha dichiarato inammissibile l'impugnazione dell'esito di una gara pubblica per la non corretta valutazione delle offerte tecniche sul rilievo dell'insindacabilità giurisdizionale dell'attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice, senza però in alcun modo supportare tale affermazione con una almeno sintetica disamina circa il contenuto delle censure tecniche.

Ha chiarito la Sezione che il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio della propria attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo. Le censure che attingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica. Ne deriva che, come da consolidato indirizzo giurisprudenziale, per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto. La declaratoria di inammissibilità del ricorso, senza nemmeno scrutinare l'essenza delle sue fondamentali censure tecniche, è tuttavia una "formula pigra" e reca una motivazione apparente, che cela un sostanziale rifiuto di giurisdizione e un'abdicazione alla propria doverosa *potestas iudicandi* da parte del giudice amministrativo anche entro il limite, indiscusso, di un giudizio che in nessun modo intenda sostituirsi a quello della Pubblica amministrazione e, cioè, di un sindacato giurisdizionale intrinseco, ma "debole".

Una sentenza che quindi non eserciti alcun sindacato giurisdizionale sull'attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice, affermando sic et simpliciter che il ricorso a tal fine proposto solleciterebbe un sindacato sostitutivo del giudice amministrativo, senza però in alcun modo supportare tale affermazione con una almeno sintetica disamina circa il contenuto delle censure tecniche, e trincerandosi apoditticamente dietro la natura non anomala o non manifestamente irragionevole della valutazione espressa dalla Commissione, reca una motivazione apodittica e tautologica e, in quanto tale, meritevole di annullamento con rinvio al primo giudice, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., per nullità della stessa in difetto assoluto di motivazione, come ha stabilito l'Adunanza plenaria in alcune fondamentali pronunce (Cons. St., A.P., 28 settembre 2018, n. 15).

La motivazione tautologica non è sindacabile dal giudice dell'appello, in quanto essa costituisce un atto d'imperio immotivato e, dunque, non è nemmeno integrabile da detto giudice, se non con il riferimento alle più varie, ipotetiche congetture circa la vera *ratio decidendi* della sentenza impugnata, che tuttavia non è dato rinvenire nell'apparato motivazionale, sicché una sentenza "congetturale" è, per definizione, una non-decisione giurisdizionale – o, se si preferisce, e all'estremo opposto, un atto di puro arbitrio – e, quindi, un atto di abdicazione al proprio potere decisorio da parte del giudice.

- Impugnabilità dell'ordinanza di sospensione impropria del giudizio.



La sentenza 29 novembre 2019, n. 8204 della Sezione terza ha giudicato non impugnabile l'ordinanza che dispone la sospensione impropria per pendenza di un giudizio innanzi alla Corte di Giustizia Ue nel quale è stata sollevata una questione che rileva anche nel giudizio sospeso.

Ha ricordato la Sezione che nel processo amministrativo occorre distinguere tra sospensione propria per pregiudizialità (art. 295 c.p.c., secondo cui “Il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa”) e sospensione impropria in senso stretto (incidente di costituzionalità, questione eurounitaria) e in senso lato (sospensione per questione di costituzionalità o eurounitaria sollevata da altro giudice), istituto di elaborazione giurisprudenziale che, in assenza di una contraria disposizione normativa, è stato pensato per ragioni di economia processuale, per evitare plurime rimessioni a diverso giudice di identica questione sollevata in altro giudizio.

Come chiarito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza 15 ottobre 2014, n. 28 - che ha ammesso la sospensione – tale istituto è conforme sia al principio di economia dei mezzi processuali che a quello di ragionevole durata del processo (che assumono un particolare rilievo nel processo amministrativo in cui vengono in gioco interessi pubblici), in quanto, da un lato, si evitano agli uffici, alle parti ed alla medesima Corte costituzionale (e, quindi, alla Corte di Giustizia Ue) dispendiosi adempimenti correlati alla rimessione della questione di costituzionalità, dall'altro si previene il rischio di prolungare la durata del giudizio di costituzionalità (e di riflesso di quelli *a quo*).

Ai fini di verificare se le relative ordinanze che dispongono tali sospensioni siano o meno appellabili giova soffermarsi sulla loro natura. E' stato in proposito chiarito (Cass. civ., S.U., 11 dicembre 2007, n. 25837) che “all'ordinanza con cui il giudice a quo motiva la rilevanza e la non manifesta infondatezza della ipotesi di illegittimità di norma che egli è chiamato ad applicare, non possa riconnettersi altro effetto che quello endoprocessuale di attivare l'incidente di costituzionalità (cfr. in tali sensi in motivazione: Cass. 21 luglio 1995 n. 7950), essendosi al riguardo statuito pure che l'ordinanza con la quale il giudice ritenga rilevante e non manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale trasmettendo gli atti alla Corte Costituzionale a norma della l. 11 marzo 1953, n. 87, art. 23, con la sospensione del giudizio in corso e dell'esecuzione di propria precedente statuizione, configura un provvedimento strumentale ed ordinatorio, privo di carattere decisorio e, pertanto, non impugnabile neanche quando si ponga in discussione il potere stesso di quel giudice di disporre la remissione di detta questione alla Corte Costituzionale (Cass., S.U., 31 maggio 1984, n. 3317).

Nella specie sottoposta alla Sezione l'ordinanza impugnata aveva disposto una sospensione impropria, che ricorre allorché - a differenza della sospensione per pregiudizialità (art. 295 c.p.c.) o concordata (art. 296 c.p.c.), che comporta una totale stasi del processo - il processo continua invece a svolgersi, sia pure in sede particolare anziché normale e talvolta dinanzi a giudice diverso.

### **39.8. Revocazione.**

La sez. III, con sentenza 14 febbraio 2019, n. 1049, ha affermato che nel giudizio amministrativo la nullità del provvedimento, anche se rilevabile d'ufficio dal giudice in applicazione del generale principio previsto dall'art. 1421 c.c., è questione di diritto e giammai di fatto, sicché l'errore eventualmente compiuto dal giudice nel non rilevarne *ex officio* la nullità non è mai censurabile in sede di revocazione ai sensi dell'art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c. in quanto non assimilabile, in nessun modo, ad una "svista" o "errore dei sensi".

Ha ricordato la Sezione che secondo il consolidato orientamento riaffermato, peraltro, anche dalla sentenza n. 1 del 10 gennaio 2013 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, l'errore di fatto che consente di rimettere in discussione il *decisum* del giudice con il rimedio straordinario della revocazione è solo quello che non coinvolge l'attività valutativa dell'organo decidente, ma tende, invece, ad eliminare un ostacolo materiale frappostosi tra la realtà del processo e la percezione che di questa il giudice abbia avuto, ostacolo promanante da una pura e semplice errata od omessa percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio, sempre che il fatto oggetto dell'asserito errore non abbia costituito un punto controverso sul quale la sentenza impugnata per revocazione abbia pronunciato, dovendosi escludere che il giudizio revocatorio, in quanto rimedio eccezionale, possa essere trasformato in un ulteriore grado di giudizio.

### **39.9. Sospensione del giudizio.**

Con ordinanza collegiale n. 8901 del 30 dicembre 2019 la sez. VI ha affermato che l'art. 337, comma 2, c.p.c. – secondo cui quando l'autorità di una sentenza è invocata in un diverso processo, questo può essere sospeso, se tale sentenza è impugnata – è applicabile anche al processo amministrativo in virtù del rinvio operato dall'art. 79, comma 1, c.p.a., da intendere come riferito a tutte le fattispecie di sospensione previste dal codice di procedura civile e non soltanto alle ipotesi di sospensione obbligatoria di cui all'art. 295 c.p.c..

Tale previsione normativa permette al giudice dinnanzi al quale venga invocata una sentenza non ancora passata in giudicato, in quanto allo stato impugnata, di sospendere il processo dinnanzi a sé pendente, qualora ritenga che la soluzione delle questioni giuridiche di cui sia investito sia dipendente dall'accertamento contenuto nella sentenza impugnata.

Come precisato anche dalla Corte di cassazione (sez. lav., 4 gennaio 2019, n. 80), la connessione per pregiudizialità tra giudizi è regolata altresì dagli artt. 295 e 337 c.p.c. in materia di sospensione del processo, tendendo l'ordinamento a prevenire il contrasto di giudicati e ad assicurare la coerenza e la certezza degli accertamenti giurisdizionali. Difatti, qualora sussista una relazione di pregiudizialità-dipendenza tra giudizi distinti e, quindi, l'oggetto del giudizio pregiudiziale concerna una questione giuridica da valutare nel giudizio dipendente al fine di pronunciare sulla pretesa azionata, ove il giudizio pregiudiziale sia stato definito con sentenza non avente ancora l'autorità della cosa giudicata, in quanto allo stato impugnata (anche, pertanto, con un mezzo di impugnazione ordinaria – così Cons. St., sez. V, 16 febbraio 2015, n. 806), se non potrà applicarsi l'istituto della sospensione necessaria *ex art.* 295 c.p.c. (presupponendo lo stesso, tra gli

altri, la pendenza in primo grado del giudizio pregiudicante), potrà comunque ricorrersi all'istituto della sospensione facoltativa *ex art. 337, comma 2, c.p.c.*

Il giudice investito della causa pregiudicata, dunque, ha la possibilità di sospendere il processo in attesa che il giudizio pregiudiziale sia definito con pronuncia passata in giudicato; venendo in tale modo bilanciata l'esigenza di ragionevole durata del processo con l'esigenza – parimenti meritevole di attenzione – di coerenza dell'ordinamento, *sub specie* di prevenzione del contrasto tra giudicati.

### **39.10. Rimessione alla Corte di Giustizia Ue.**

Il giudice di appello si è più volte soffermato ad esaminare i presupposti e le condizioni processuali per la rimessione di una questione alla Corte di Giustizia ue.

- Obbligo di rimessione, da parte del giudice di appello, al giudice europeo e l'estensione della revisione prezzi ai c.d. settori speciali.

Con ordinanza 15 luglio 2019, n. 4949 la sez. IV ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione se, ai sensi dell'art. 267 TFUE, il Giudice nazionale, le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale, è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione, anche nei casi in cui tale questione gli venga proposta da una delle parti del processo dopo il suo primo atto di instaurazione del giudizio o di costituzione nel medesimo, ovvero dopo che la causa sia stata trattenuta per la prima volta in decisione, ovvero anche dopo che vi sia già stato un primo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Ha ricordato la Sezione che il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea si rende, quindi, necessario, da parte di questo Consiglio di Stato quale giudice di ultima istanza, alla luce di quanto affermato dalla consolidata giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia (cfr. *ex plurimis*, sez. IV, 18 luglio 2013 C-136/12, laddove essa precisa, par. 25, che : “ . . . qualora non esista alcun ricorso giurisdizionale avverso la decisione di un giudice nazionale, quest'ultimo è, in linea di principio, tenuto a rivolgersi alla Corte ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE quando è chiamato a pronunciarsi su una questione di interpretazione del predetto Trattato”).

L'esigenza affermata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia – che determina la Sezione a disporre un nuovo rinvio pregiudiziale, alla luce della questione *ex novo* proposta dall'appellante – rende, però, necessario sottoporre alla Corte di Giustizia, un primo e preliminare quesito, concernente:

- la sussistenza di obbligatorietà del predetto rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ogni qual volta una parte del processo, anche in tempi diversi, sottoponga al giudice nazionale di ultima istanza una questione pregiudiziale di compatibilità del diritto nazionale con il diritto europeo; - ovvero se il rinvio pregiudiziale su istanza di parte debba ritenersi obbligatorio solo per quelle questioni che le parti propongano con il primo atto di costituzione in giudizio ovvero fino all'ultimo atto processuale consentito prima del passaggio in decisione della causa, e comunque giammai dopo che il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sia intervenuto una prima volta.

La Sezione ritiene, infatti, che l'enunciata obbligatorietà di rinvio pregiudiziale da parte del Giudice di ultima istanza non possa essere disgiunta da un regime di "preclusioni processuali" (che è rimesso alla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia di affermare corrispondentemente), tale da indurre le parti a sottoporre al giudice nazionale "una volta per tutte" gli aspetti del diritto interno applicabile al caso oggetto di giudizio che esse prospettano come contrastanti con il diritto europeo.

Diversamente, la proposizione "a catena" di questioni pregiudiziali – oltre che prestarsi a possibili usi distorti, tali da configurare, in casi estremi, un vero e proprio "abuso del processo" - finirebbe (stante la affermata doverosità di rimessione) per rendere evanescente il diritto alla tutela giurisdizionale ed il principio di celere definizione del giudizio con carattere di effettività.

A ciò aggiungasi che la proposizione di questioni pregiudiziali in momento successivo a quello "consolidato" dalla proposizione dell'impugnazione, si scontra con un sistema di preclusioni immanente al processo, secondo la disciplina nazionale del medesimo, poiché la proposizione del quesito successiva a tale momento viene ad alterare il *thema decidendum* che si consolida per il tramite dei motivi di impugnazione (soggetti a termine decadenziale) e di quanto eccepito ed opposto dalle parti evocate in giudizio.

La Sezione quarta ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue anche le questioni: a) se siano conformi al diritto dell'Unione Europea (in particolare agli artt. 4, comma 2, 9, 101, comma 1, lett. e), 106, 151 – ed alla Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 ed alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 da esso richiamate – 152, 153, 156 TFUE; artt. 2 e 3 TUE; nonché art. 28 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) gli artt. 115, 206 e 217, d.lgs. n. 163 del 2006, come interpretati dalla giurisprudenza amministrativa, nel senso di escludere la revisione dei prezzi nei contratti afferenti ai c.d. settori speciali, con particolare riguardo a quelli con oggetto diverso da quelli cui si riferisce la Direttiva 17/2004, ma legati a questi ultimi da un nesso di strumentalità; b) se – in ragione di quanto innanzi esposto - siano conformi al diritto dell'Unione Europea (in particolare all'art. 28 della Carta dei diritti dell'UE, al principio di parità di trattamento sancito dagli artt. 26 e 34 TFUE, nonché al principio di libertà di impresa riconosciuto anche dall'art. 16 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) gli artt. 115, 206 e 217, d.lgs. n. 163 del 2006, come interpretati dalla giurisprudenza amministrativa, nel senso di escludere la revisione dei prezzi nei contratti afferenti ai c.d. settori speciali, con particolare riguardo a quelli con oggetto diverso da quelli cui si riferisce la Direttiva 17/2004, ma legati a questi ultimi da un nesso di strumentalità.

La Sezione ha richiamato la pronuncia della Corte di Giustizia del 19 aprile 2018, secondo cui "La direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, come modificata dal regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011, e i principi generali ad essa sottesi devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a norme di diritto nazionale, come quelle di cui al procedimento principale, che non prevedono la revisione periodica dei prezzi dopo l'aggiudicazione di appalti rientranti nei settori considerati da tale direttiva".

La sentenza ha espresso tale principio facendo riferimento in via generale e complessiva alla citata direttiva, che è stata, pertanto, presa in considerazione nella sua interezza e, quindi, avendosi riguardo anche a quanto previsto dai “considerati” introduttivi della direttiva stessa.

La sentenza ha altresì precisato (considerato n. 30) che: “parimenti, nemmeno i principi generali sottesi alla direttiva 2004/17, segnatamente il principio di parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza che ne deriva, sanciti dall’articolo 10 di tale direttiva, ostano a siffatte norme. Al contrario, non si potrebbe escludere che una revisione del prezzo dopo l’aggiudicazione dell’appalto possa entrare in conflitto con tale principio e con tale obbligo (v., per analogia, sentenza del 7 settembre 2016, Finn Frogne, C 549/14, EU:C:2016:634, punto 40). Infatti, come rileva la Commissione nelle sue osservazioni scritte, il prezzo dell’appalto costituisce un elemento di grande rilievo nella valutazione delle offerte da parte di un ente aggiudicatore, così come nella decisione di quest’ultimo di attribuire l’appalto a un operatore. Tale importanza emerge peraltro dal riferimento al prezzo contenuto in entrambi i criteri relativi all’aggiudicazione degli appalti di cui all’articolo 55, paragrafo 1, della direttiva 2004/17. In tali circostanze, le norme di diritto nazionale che non prevedono la revisione periodica dei prezzi dopo l’aggiudicazione di appalti rientranti nei settori considerati da tale direttiva sono piuttosto idonee a favorire il rispetto dei suddetti principi”.

La sentenza (n. 32) ha, poi, precisato che: “In secondo luogo, per quanto attiene all’interpretazione dell’articolo 56 TFUE, occorre rilevare che tale articolo sancisce, in materia di libera prestazione dei servizi, i principi di uguaglianza e non discriminazione nonché l’obbligo di trasparenza, rispetto ai quali la compatibilità di norme di diritto nazionale come quelle di cui al procedimento principale è già stata valutata al punto 30 della presente sentenza. Di conseguenza, non occorre procedere nuovamente all’interpretazione, sotto tale profilo, di detto articolo.”.

In definitiva, la citata sentenza della Corte di Giustizia ha escluso sia che le norme nazionali che impediscono la revisione prezzi nei settori qui considerati contrastino con la Direttiva 2004/17/CE, sia che le medesime incidano sui principi di libera prestazione dei servizi, di uguaglianza e non discriminazione e di trasparenza sanciti dall’art. 56 TFUE.

La Sezione ha quindi chiarito che l’appellante espone come la normativa che impedisce (solo per i settori speciali) l’applicazione della revisione prezzi - laddove quest’ultima è determinata dall’aumento del costo del lavoro a seguito di contrattazione collettiva intervenuta durante il rapporto contrattuale, in un settore quale quello delle pulizie, dove il costo del lavoro è la voce prevalente e determinante – si risolve in una violazione delle norme del diritto europeo che tutelano sia il diritto delle parti (imprese e associazioni dei lavoratori) alla libera contrattazione, sia i diritti stessi dei lavoratori.

In tale prospettiva, il divieto di revisione prezzi finirebbe per proporsi, per così dire, come un limite “esterno” alla contrattazione: esso sarebbe un limite determinato dalla “rigidità” imposta alle imprese (e di conseguenza alle associazioni dei lavoratori) conseguente alla immodificabilità delle pattuizioni che regolano la fornitura di servizi nell’ambito di rapporti contrattuali in essere.

Il che costituisce un “fattore” che incide “ab esterno” sulla libertà di contrattazione.

In definitiva, occorre verificare – sotto diverso profilo, secondo quanto *ex novo* richiesto dall'appellante e come risultante dal quesito come di seguito formulato – la conformità al diritto dell'Unione Europea degli artt. 206 e 217, d.lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui essi escludono l'applicazione del precedente art. 115 agli appalti dei settori speciali e anche agli appalti di servizi che, pur non rientrando nei settori speciali (nel caso di specie, appalto di servizi di pulizia), sono a questi legati da un nesso di strumentalità.

Allo stesso tempo l'esclusione della revisione prezzi, come esposto dall'appellante, “finisce per essere una misura (cfr. art. 106 TFUE) che impedisce, restringe e falsa la concorrenza, sino a subordinare la conclusione del contratto all'accettazione da parte del contraente di una prestazione supplementare che non ha alcun nesso con l'oggetto del medesimo contratto (art. 101, comma 1, lett. e, TFUE) negando altresì il valore del mercato (art. 3, comma 3, TUE).

- Ritiro, da parte del giudice nazionale, della domanda di pronuncia pregiudiziale già rimessa alla Corte di Giustizia.

Con ordinanza collegiale 30 settembre 2019, n. 6551 la sez. V, ha sostenuto che la domanda di pronuncia pregiudiziale già rimessa alla Corte di Giustizia può essere ritirata dal giudice nazionale.

Ha chiarito al Sezione che l'art. 100, comma 1, (Effetti della domanda di pronuncia pregiudiziale) del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia (Reg. int. 25 settembre 2012), stabilisce che “La Corte resta investita della domanda di pronuncia pregiudiziale fintantoché il giudice che ha adito la Corte non abbia ritirato la sua domanda”; ancorchè tale disposizione non specifichi puntualmente i casi in cui il giudice nazionale può ritirare la domanda di pronuncia pregiudiziale, il par. 24 delle “Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (2018/C 257/01)” (in G.U.C.E. del 20 luglio 2018) prevede che: “Sebbene la Corte rimanga in linea di principio investita di una domanda di pronuncia pregiudiziale fintantoché quest'ultima non venga ritirata, occorre tuttavia tenere presente la funzione della Corte nell'ambito del procedimento pregiudiziale, che è di contribuire all'effettiva amministrazione della giustizia negli Stati membri, e non di formulare pareri consultivi su questioni generali o ipotetiche. Poiché il procedimento pregiudiziale presuppone che una controversia sia effettivamente pendente dinanzi al giudice del rinvio, spetta a quest'ultimo rendere noto alla Corte qualsiasi incidente processuale che possa influire sul procedimento pregiudiziale dinanzi ad essa pendente e, in particolare, qualsiasi rinuncia agli atti, composizione amichevole della controversia o altro incidente che comporti l'estinzione del procedimento principale. Tale giudice deve inoltre informare la Corte dell'eventuale adozione di una decisione resa nell'ambito di un ricorso proposto contro la decisione di rinvio e delle sue conseguenze sulla domanda di pronuncia pregiudiziale”: il riferimento contenuto nella disposizione richiamata agli “incidenti processuali” che, comportando l'estinzione del giudizio principale, rendono superflua la risoluzione del dubbio interpretativo posto dal giudice nazionale, ben può essere integrato anche da una sopravvenuta pronuncia della Corte di Giustizia risolutiva della medesima questione interpretativa ad essa devoluta con distinta ordinanza di rimessione.

Ha aggiunto che la richiesta di intervento della Corte di Giustizia dell'Unione europea allo scopo di contribuire all'effettiva amministrazione della giustizia va armonizzato con il principio costituzionale di ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.), che sarebbe inammissibilmente violato allorché fosse da attendere la pronuncia della Corte su domanda di pronuncia pregiudiziale allorquando nel tempo intercorrente dalla avvenuta rimessione nel giudizio principale la questione stessa è già stata risolta dalla Corte (tanto più quando la pronuncia attesa è un'ordinanza di mero rinvio alla precedente sentenza, cfr. art. 99 reg. della Corte di Giustizia cit.). Se è vero, pertanto, che compito della Corte di Giustizia dell'Unione europea è di assicurare “il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati” (art. 19 T.U.E.) ed il rinvio pregiudiziale è lo strumento principale per garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto euro – unitario, il ritiro di una domanda pregiudiziale che sia dipeso dalla sopravvenuta pronuncia della Corte di Giustizia che abbia pronunciato sulla medesima questione interpretativa non mette in discussione tali principi generali, ma ne dà concreta attuazione nei limiti dell'effettività utilità per il giudice nazionale. Il ritiro della domanda di pronuncia pregiudiziale da parte del giudice nazionale non comporta poi, come pure paventato dalla società appellante, la violazione delle norme del regolamento di procedura della Corte di Giustizia, né la lesione delle competenze sue proprie perché, a fronte del ritiro della domanda di pronuncia pregiudiziale, resta nella valutazione della Corte decidere se pronunciarsi o meno, come si evince dalla lettura dell'art. 100, comma 1, seconda parte, del Regolamento citato ove è affermato che “Il ritiro di una domanda può essere preso in considerazione sino alla notifica della data di pronuncia della sentenza agli interessati menzionati dall'art. 23 dello statuto”, nonché dal successivo secondo comma, a mente del quale “Tuttavia la Corte, in qualsiasi momento, può constatare la sopravvenuta mancanza dei presupposti della sua competenza”.

Il dialogo tra le Corti è stato già sperimentato dal Consiglio di Stato con ordinanza della sez. VI, 23 settembre 2016, n. 3931, con cui è stata ritirata la domanda di pronuncia pregiudiziale, aderendo all'invito del cancelliere della Corte di Giustizia dell'Unione europea di valutare se ancora persistesse l'interesse alla decisione della domanda di pronuncia pregiudiziale in ragione dell'avvenuta adozione di sentenza della Corte di Giustizia avente ad oggetto le medesime questioni interpretative poste nel giudizio principale.

### **39.11. Giudicato.**

L'Adunanza plenaria, con sentenze 27 febbraio 2019, nn. 4 e 5, ha affermato il principio di diritto secondo cui il giudicato amministrativo ha di regola effetti limitati alle parti del giudizio e non produce effetti a favore dei cointeressati che non abbiano tempestivamente impugnato; i casi di giudicato con effetti *ultra partes* sono eccezionali e si giustificano in ragione dell'inscindibilità degli effetti dell'atto o dell'inscindibilità del vizio dedotto: in particolare, l'indivisibilità degli effetti del giudicato presuppone l'esistenza di un legame altrettanto inscindibile fra le posizioni dei destinatari, in modo da rendere inconcepibile, logicamente, ancor prima che giuridicamente, che l'atto annullato possa continuare ad esistere per quei destinatari che non lo hanno impugnato; per tali ragioni deve escludersi che l'indivisibilità possa operare con riferimento a effetti del giudicato diversi da quelli caducanti e, quindi, per gli effetti conformativi, ordinatori, additivi o di

accertamento della fondatezza della pretesa azionata, che operano solo nei confronti delle parti del giudizio.

### **39.12. Giudizio di ottemperanza.**

Molte le decisioni di interesse in materia di giudizio di ottemperanza.

- Richiesta di chiarimenti in sede di ottemperanza.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con sentenza 31 dicembre 2019, n. 1100 ha affermato che l'istanza di chiarimenti del commissario *ad acta* nominato nel giudizio di ottemperanza, indicata solo nell'art. 114, comma 7, c.p.a. mediante richiamo all'art. 112, comma 5, c.p.a. non può essere qualificata come "azione di ottemperanza", sicché la stessa non va notificata alle parti. Ha aggiunto che a garanzia del contraddittorio e, quindi del principio del giusto processo, è sufficiente che le parti abbiano avuto conoscenza della richiesta di chiarimenti mediante la comunicazione d'ufficio della data della camera di consiglio fissata per l'esame della stessa. L'ordinanza con la quale il giudice di primo grado offre i chiarimenti richiesti dal commissario *ad acta* nominato nel giudizio di ottemperanza interpreta il giudicato da eseguire, sicché ha carattere decisorio; ne consegue che il rimedio avverso la stessa esperibile è l'appello, non essendo previsto il rimedio del reclamo al medesimo giudice contro i provvedimenti del giudice dell'ottemperanza. Ad avviso del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana la circostanza che il giudice adito si pronunci su una istanza di chiarimenti del commissario *ad acta*, che non è in senso proprio una azione di ottemperanza, non significa che il rimedio esperibile sia il reclamo. Il reclamo al medesimo giudice costituisce, infatti, un rimedio "nominato" ed è ancorato a presupposti ben individuati: ha per oggetto "gli atti del commissario *ad acta*" e non i provvedimenti del giudice dell'ottemperanza. Contro gli atti del giudice dell'ottemperanza sono previste le impugnazioni, delle parti o dei terzi, ovviamente se ed in quanto siano atti "decisori". Se sono meramente "ordinatori" non sono impugnabili, se non unitamente alla decisione finale. In particolare va rilevato, con specifico riferimento alla appellabilità o meno della decisione di chiarimenti resa ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a., che appare decisivo accertare, volta per volta, quale sia il contenuto effettivo del provvedimento (indipendentemente dalla veste formale di ordinanza o sentenza) adottato dal Giudice in sede di ottemperanza e, segnatamente, in occasione della risposta a chiarimenti da chiunque, ausiliario o parte, richiesti.

Secondo il Consiglio di Stato (sez. IV, n. 2641 del 2018), ferma restando la regola generale della impugnabilità di tutte le decisioni rese dal giudice di primo grado in sede di ottemperanza (il c.p.a. che non ha previsto, in parte qua, alcuna ipotesi di inappellabilità), vale anche per le decisioni rese ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a. il principio secondo cui non sono appellabili le statuizioni rese in primo grado nell'ambito di un giudizio di ottemperanza che, essendo prive di natura decisoria definitiva, abbiano effetti meramente esecutivi e dunque sostanzialmente ordinatori.

Con sentenza 11 ottobre 2019, n. 6910 la Sezione terza ha affermato che il ricorso per chiarimenti di cui all'art. 112, comma 5, c.p.a., deve precedere, e non seguire, l'azione



amministrativa resasi necessaria in forza degli effetti conformativi della sentenza ottemperanza. Ha poi aggiunto che L'impegno dell'amministrazione, formalmente assunto nel contesto dell'atto amministrativo, a modificare - ove ve ne sia necessità a seguito dei chiarimenti giudiziari - quanto deliberato con il medesimo, non consente, salvo che in casi eccezionali valutabili dal giudice, di accedere allo strumento del ricorso di cui all'art. 112, comma 5, c.p.a. (nella specie si trattava di un caso in cui il ricorso è stato considerato in via eccezionale ammissibile in quanto da una parte il legislatore aveva previsto una *road map* scansionata in fasi puntualmente calendarizzate, dall'altra la sentenza ottemperanda, nell'indicare l'esigenza del riequilibrio, l'aveva riferita ad un processo di *refarming* ancora *in itinere* demandandone il soddisfacimento alla bilanciata valutazione di AGCOM, senza indicare particolari criteri se non quello di "riconsiderare la pianificazione sotto lo specifico profilo della disparità delle posizioni di partenza dei vari operatori plurirete in analogico" e del "carattere storicamente eccedente" di alcune delle risorse analogiche di partenza. Nel dubbio (soggettivo) circa l'esatta portata conformativa della sentenza, l'Agcom aveva preferito non bloccare il procedimento e il raggiungimento degli obiettivi prefissati dal legislatore, assumendo lealmente e documentalmente l'impegno a ritornare, ove necessario, sul proprio operato, previ chiarimenti del giudice. La Sezione ha deciso contestualmente un ricorso per ottemperanza proposto da Persidera s.p.a. e un ricorso per chiarimenti proposto dall'Agcom.

Entrambi i ricorsi vertevano sull'esatta esecuzione della sentenza n. 5928/18 con la quale la Sezione ha annullato la deliberazione di Agcom n.181/09/CONS, riguardante il delicato passaggio dalla TV analogica a quella digitale. Nell'annullare la deliberazione, in quella sentenza la Sezione ha precisato che l'effetto conformativo consisteva nell'obbligo di "riconsiderare la pianificazione sotto lo specifico profilo della disparità delle posizioni di partenza dei vari operatori plurirete in analogico" e del "carattere storicamente eccedente" di alcune delle risorse analogiche di partenza di Rai ed E1 (Rai 3 e Rete 4), attraverso "una definizione pro futuro di un corretto assetto regolatorio delle condizioni di assegnazione delle frequenze" da realizzare nelle fasi di "compimento delle attività di rinnovata pianificazione e assegnazione delle frequenze" nell'ambito del "processo di *refarming* della banda 700" attualmente in corso.

Con la sentenza in questione, la Sezione, in sede di ottemperanza, ha preliminarmente chiarito che dalla sentenza n. 5928/18 emergono sostanzialmente "tre inequivoche conclusioni: 1. l'esercizio di Rai 3 e Rete 4 era conforme ai parametri normativi vigenti alla data di adozione della delibera n. 181/2009 e ciò consente di escludere che Agcom potesse e dovesse escluderli in toto dal paniere delle reti suscettibili di conversione; 2. nondimeno, la genesi e le modalità di consolidamento nel mercato delle due reti, considerati in una prospettiva storica, sono state, sino al 2004, caratterizzate da profili di anomalia, di diversa misura e natura, rispetto ai principi affermati dalla Corte Costituzionale; 3. di tale condizione curriculare degli operatori concorrenti, l'Agcom avrebbe dovuto in qualche modo tenere conto al momento della determinazione dei criteri di conversione dall'analogico al digitale".

Tracciato l'esatto perimetro dell'ottemperanza, la Sezione ha affermato che: non trova spazio e fondamento, nel disposto della sentenza, "il preteso diritto soggettivo di Persidera all'assegnazione suppletiva di un mezzo multiplex, né la pretesa che ai competitor

venga sottratta una frazione di multiplex corrispondente all'incremento asseritamente spettante a Persidera nella misura predetta"; il riequilibrio imposto dalla sentenza sottende, in primis, un'approfondita istruttoria e ponderazione "analiticamente e distintamente condotta per ciascuno dei competitor illegittimamente avvantaggiati, in relazione alla tipologia, durata e natura dell'irregolarità, idonea a dare una dimensione qualitativa e quantitativa al vantaggio connesso alle irregolarità pregresse e trascinati nel digitale a causa del criterio adottato nel 2009", della quali non v'è ancora traccia nei provvedimenti sino ad oggi deliberati da Agcom.

In ordine agli strumenti utilizzabili per provvedere al necessario riequilibrio - secondo quanto precisato dalla sentenza in commento - "non può revocarsi in dubbio che la sentenza, nel delineare l'effetto conformativo, abbia fatto riferimento alla riconsiderazione della "pianificazione" nonché alla "definizione pro futuro di un corretto assetto regolatorio delle condizioni di assegnazione delle frequenze" e, soprattutto, alle fasi di "compimento delle attività di rinnovata pianificazione e assegnazione delle frequenze" nell'ambito del "processo di *refarming* della banda 700" in corso, id est strumenti, elementi e contesti in cui le frequenze assumono un rilievo non secondario". "Ciò non esclude però" - ha aggiunto la Sezione - "che ove tali misure strutturali non siano tecnologicamente e concretamente accessibili, o comunque risultino oggettivamente impraticabili o insoddisfacenti, o ancora, manifestamente sproporzionate in relazione allo svantaggio da compensare per i motivi che all'esito di specifica istruttoria Agcom dovesse rilevare, anche gli obblighi di *must carry*, così come le altre soluzioni prospettate (e non meglio specificate, tra cui l'accesso asimmetrico alla futura gara) costituiscono soluzioni rimediali residue astrattamente sussumibili nel perimetro del giudicato, oltre che potenzialmente idonee a ricostituire gli equilibri incisi".

"Fermo restando l'obbligo di ottemperare" - ha da ultimo evidenziato la Sezione - poiché il processo di *refarming* citato è da considerarsi ancora in corso "non si è ancora verificata una conclamata condizione di inadempienza tale da condurre alla dichiarazione di nullità in parte qua della deliberazione di Agcom n. 129/2019 (con la quale l'Autorità ha definito i criteri di conversione dei diritti d'uso di capacità trasmissiva attribuiti, in multiplex nazionali di nuova realizzazione in tecnologia DVB-T2, confermando il fattore di conversione convenzionale pari a 0,5 di generale applicazione)", potendosi ancora adempiere nell'ambito della successiva fase della gara onerosa per l'aggiudicazione di 4 lotti da 1/2 multiplex, prevista dall'art.1031-*bis*, l. 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di Bilancio 2019)".

In ogni caso - ha concluso la Sezione - "ove l'istruttoria condotta dall'Agcom dovesse deporre per soluzioni la cui collocazione si riveli incompatibile con la fase della gara e risulti invece meglio gestibile - *re melius perpensa* e alla luce di quanto oggi chiarito - nella fase già conclusa con l'atto gravato, sarà sempre possibile, *rectius*, doveroso, adempiere all'impegno (peraltro espressamente assunto dall'Agcom nella stessa deliberazione 129/2019) attraverso un riesame che conduca alla modifica della stessa".

### 39.13. Rito elettorale.

Con riferimento alle elezioni del Consiglio provinciale di Trento la sez. III, con sentenza 18 luglio 2019, n. 5053 ha ritenuto che il ricorso proposto avverso l'atto di proclamazione degli eletti del Consiglio provinciale di Trento e del Presidente della Provincia autonoma di Trento non deve essere notificato anche alla Regione Trentino-Alto Adige/Sudtirolo non rappresentando la stessa, con riferimento alle elezioni per il rinnovo dei Consigli provinciali e dei Presidenti delle Province autonome, ed insieme a queste ultime, un Ente "della cui elezione si tratta" ex art. 130, comma 3, lett. a), c.p.a., a mente del quale "il ricorso è notificato....all'ente della cui elezione si tratta, in caso di elezioni di comuni, province, regioni".

Ha chiarito la Sezione che l'attuale assetto ordinamentale speciale della Regione Trentino-Alto-Adige configura il procedimento elettorale come rivolto alla costituzione dei (soli) Consigli provinciali, laddove il concorso dei consiglieri provinciali eletti alla composizione del Consiglio regionale rappresenta l'effetto solo indiretto del procedimento elettorale, discendendo da una norma (l'art. 25, comma 1, dello Statuto speciale della Regione Trentino-Alto-Adige, a mente del quale "il Consiglio regionale è composto dai membri dei Consigli provinciali di Trento e Bolzano") non intesa a disciplinare il procedimento elettorale ed i suoi effetti, ma a ricollegare al già conseguito *munus* di consigliere provinciale quello (ulteriore e distinto) di consigliere regionale.

In altri termini, la distinzione – anche solo formale e procedimentale – tra attribuzione della carica di consigliere provinciale, conseguente al procedimento elettorale, ed investitura della carica di consigliere regionale, la quale presuppone la conclusione del procedimento elettorale e la consacrazione, attraverso la proclamazione degli eletti al Consiglio provinciale, dei relativi effetti, non consente di affermare, se non rinunciando ad un congruo livello di approssimazione nella ricostruzione e qualificazione della fattispecie, indispensabile in tema di definizione degli oneri processuali sanzionati da inammissibilità, che la Regione Trentino-Alto Adige/Sudtirolo rappresenta, con riferimento alle elezioni per il rinnovo dei Consigli provinciali e dei Presidenti delle Province autonome, ed insieme a queste ultime, un Ente "della cui elezione si tratta".

#### **39.14. Rito elettorale.**

In più occasioni il giudice di appello ha affrontato questioni di rilievo in materia di rito appalti.

- Decorrenza del termine per impugnare gli atti di gara.

La sez. V ha affermato (sentenza 20 settembre 2019, n. 6251) che ai sensi dell'art. 120 c.p.a., ai fini della decorrenza del termine per impugnare gli atti di gara la stazione appaltante non è più obbligata, nella comunicazione d'ufficio dell'avvenuta aggiudicazione, ad esporre le ragioni di preferenza dell'offerta aggiudicata, ovvero, in alternativa, ad allegare i verbali della procedura; la comunicazione è invece necessaria e non può essere surrogata da altre forme di pubblicità legali, quali la pubblicazione all'albo pretorio del Comune ovvero sul profilo della committente e neppure la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

Ha chiarito la Sezione che non è possibile desumere la c.d. piena conoscenza dell'avvenuta aggiudicazione da un elemento indiziario, quale l'interruzione del rapporto di lavoro con gli autisti e la dismissione degli automezzi, cui la ricorrente, nella sua veste di gestore uscente, era stata costretta.

Precisato che il termine di impugnazione decorre dall'intervenuta c.d. piena conoscenza di cui all'art. 41, comma 2, c.p.a. solo se l'interessato sia in grado di percepire i profili di lesività per la propria sfera giuridica dell'atto amministrativo e che, con riguardo al provvedimento di aggiudicazione di una procedura di gara, ciò vuol dire che il concorrente deve aver acquisito piena contezza del nominativo dell'aggiudicatario e del carattere definitivo dell'aggiudicazione, può ritenersi che tale conoscenza non consentiva né l'intervenuta interruzione del rapporto di lavoro con gli autisti e la dismissione degli automezzi – circostanza in sé idonea a dimostrare solo la chiusura del precedente contratto di appalto, ma non certo l'acquisita conoscenza dell'esistenza di una nuova aggiudicazione.

Ha chiarito la Sezione che nel caso sottoposto al proprio esame si potrebbe constatare come la richiesta di accedere agli atti di gara della ricorrente giunge mesi dopo il periodo in cui la procedura di gara si avviava a presumibile conclusione e per questo dubitare della diligenza della ricorrente, ma il legislatore, imponendo la comunicazione dell'aggiudicazione anche d'ufficio ipotizzano sempre l'accesso ai documenti successivo alla conoscenza dell'aggiudicazione secondo una sequenza (comunicazione dell'aggiudicazione-accesso ai documenti) che va preservata per il carattere defatigante che potrebbero assumere istanze di accesso "al buio" formulate dai concorrenti al solo fine di conoscere lo stato della procedura ove si affermasse il diverso principio per cui è onere del concorrente attivarsi per sapere se l'amministrazione ha adottato l'aggiudicazione definitiva e con quale contenuto.

La Sezione, in termini più generali, ha ricordato che l'art. 120, comma 5, c.p.a. prevede che "Salvo quanto previsto dal comma 6bis, per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale, e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti dalla comunicazione di cui all'art. 79, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163".

La giurisprudenza ritiene che il rinvio all'art. 79, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in virtù dell'intervenuta abrogazione ad opera del nuovo codice dei contratti pubblici, è da intendersi ora riferito all'art. 76, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Cons. St., sez. V, 27 novembre 2018, n. 6725).

L'art. 76 cit. prevede due diverse modalità di comunicazione ai concorrenti delle informazioni relative alle procedure di gara e, per quanto d'interesse, quelle attinenti all'aggiudicazione: a) al comma 2, su istanza di parte formulata per iscritto, l'amministrazione aggiudicatrice comunica "immediatamente e comunque entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta" all'offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gare e valutata, "le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o delle parti dell'accordo quadro"; b) al comma 5, d'ufficio, "immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni" l'amministrazione aggiudicatrice comunica all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a

coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare l'impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva.

La disposizione attualmente vigente non precisa più – se non, dunque, nel suo secondo comma in relazione alla comunicazione che avvenga su richiesta scritta dell'interessato – come, invece, il comma 5 *bis* del previgente art. 79, d.lgs. n. 163 del 2016, che “La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lett. c) e fatta salva l'applicazione del comma 4; l'onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lett. a), b) e b) *bis*), mediante l'invio dei verbali di gara, e, nel caso di cui al comma 5, lett. b) *ter*) mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviato”. Si può, quindi, ritenere che ora la stazione appaltante non sia più obbligata, nella comunicazione d'ufficio dell'avvenuta aggiudicazione, ad esporre le ragioni di preferenza dell'offerta aggiudicata, ovvero, in alternativa, ad allegare i verbali della procedura.

A maggior ragione, però, restano validi i seguenti principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa nella vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici (Cons. St., sez. V, 13 agosto 2019, n. 5717): a) in caso di comunicazione dell'aggiudicazione che non specifichi le ragioni di preferenza dell'offerta dell'aggiudicataria (o non sia accompagnata dall'allegazione dei verbali di gara), e comunque, in ogni caso in cui si renda indispensabile conoscere gli elementi tecnici dell'offerta dell'aggiudicatario per aver chiare le ragioni di preferenza, l'impresa concorrente può richiedere di accedere agli atti della procedura; b) alla luce dell'insegnamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea (specialmente con la sentenza 8 maggio 2014 nella causa C-161/13 Idrodinamica Spurgo secondo cui "ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni" (punto 37) e "una possibilità, come quella prevista dall' articolo 43 del decreto legislativo n. 104/2010 , 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" (punto 40) il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione ma può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità ove questi non siano oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione; c) la dilazione temporale, che prima era fissata nei dieci giorni previsti per l'accesso informale ai documenti di gara dall'art. 79, comma 5 *quater*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, decorrenti dalla comunicazione del provvedimento, può ora ragionevolmente essere fissata nei

quindici giorni previsti dal richiamato comma 2 dell'art. 76, d.lgs. n. 50 per la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione su istanza dell'interessato; d) qualora la stazione appaltante rifiuti illegittimamente l'accesso, o tenga comportamenti dilatori che non consentano l'immediata conoscenza degli atti di gara, il termine non inizia a decorrere e il potere di impugnare dall'interessato pregiudicato da tale condotta amministrativa non si "consuma"; in questo caso il termine di impugnazione comincia a decorrere solo a partire dal momento in cui l'interessato abbia avuto cognizione degli atti della procedura; e) la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione imposta dall'art. 76, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non è surrogabile da altre forme di pubblicità legali, quali, in particolare, la pubblicazione del provvedimento all'albo pretorio della stazione appaltante per l'espresso riferimento dell'art. 120, comma 5, c.p.a., alla "ricezione della comunicazione", ovvero ad una precisa modalità informativa del concorrente; f) anche indipendentemente dal formale inoltro della comunicazione dell'art. 76, comma 5, d.lgs. n. 50 cit., per la regola generale di cui all'art. 41, comma 2, c.p.a., il termine decorre dal momento in cui il concorrente abbia acquisito "piena conoscenza" dell'aggiudicazione, del suo concreto contenuto dispositivo e della sua effettiva lesività, pur se non si accompagnata dall'acquisizione di tutti gli atti del procedimento.

- Conformità del rito super accelerato al diritto europeo e interno.

La stessa sez. V, con sentenza 24 luglio 2019, n. 5234 ha affermato che l'onere dell'immediata impugnazione dell'ammissione alla gara degli altri concorrenti ad una gara pubblica, previsto dal comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a., non contrasta né con il diritto europeo, a condizione che i provvedimenti emessi in tale fase siano accompagnati dall'esposizione dei motivi pertinenti, così da garantire che gli interessati possano conoscere dei vizi di legittimità eventualmente verificatisi, né con i principi costituzionali, non essendo ingiustificatamente lesivo del diritto a contestare in giudizio gli atti della pubblica amministrazione garantito dal combinato disposto dei più volte citati artt. 24 e 113 Cost.. La Sezione, richiamando Corte di Giustizia Ue, ord., 14 febbraio 2019, nella causa C-54/18, ha affermato che l'onere di impugnare l'ammissione di un concorrente alla gara è compatibile con il diritto europeo. Il giudice europeo ha infatti osservato che non vi è contrasto tra il c.d. rito sulle ammissioni alla gara ed i principi di accessibilità ed efficacia dei ricorsi sanciti dagli artt. 1, par. 3, e 2 *quater* della direttiva 89/665, come modificati dalla direttiva 2007/66, a condizione che i provvedimenti emessi in tale fase siano accompagnati dall'esposizione dei motivi pertinenti, così da garantire che gli interessati possano conoscere dei vizi di legittimità eventualmente verificatisi, ed anche se per effetto dell'inutile decorso del termine previsto per reagire in sede giurisdizionale ogni ulteriore contestazione sia preclusa (cfr. in particolare i §§ 38 e 49).

Ad analoghe conclusioni la Sezione giunge anche in relazione alla conformità con i principi costituzionali.

Nell'interpretazione adeguatrice data dalla Corte di Giustizia il comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a. risulta infatti conforme anche con il diritto di azione nei confronti degli atti contro la pubblica amministrazione: infatti il ricorso non è impedito dalla previsione di un termine di 30 giorni rispetto ad un atto di cui si conoscano le sottostanti ragioni.

A diversa conclusione non induce il fatto che l'eventuale accoglimento dell'impugnazione contro di esso non attribuirebbe al ricorrente l'utilità finale connessa alla procedura di gara. Infatti da un lato, l'accertamento di una causa di esclusione di un competitore per il medesimo contratto pubblico rappresenta comunque un vantaggio in vista del conseguimento del medesimo risultato ultimo; dall'altro lato si determina così un regime di relativa stabilità del provvedimento di aggiudicazione, con la preclusione a fare valere nei confronti dell'atto finale di gara eventuali vizi di fasi precedenti (v. i rilievi svolti dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 26 aprile 2018, n. 4). L'idoneità del rito sulle ammissioni ad attribuire al ricorrente un'apprezzabile utilità rende evidente che la scelta legislativa non è ingiustificatamente lesiva del diritto a contestare in giudizio gli atti della pubblica amministrazione garantito dal combinato disposto dei più volte citati artt. 24 e 113 Cost., ma costituisce un ragionevole bilanciamento tra contrapposte esigenze dell'impresa partecipante e dell'amministrazione.