

UFFICIO STUDI E DOCUMENTAZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO

(R. De Nictolis, R. Chieppa, I. Franco, C. Criscenti, F. Bruno)

RASSEGNA DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA E DELLE SEZIONI CONSULTIVE DEL CONSIGLIO DI STATO – ANNO 2008

a cura dell'Ufficio studi e documentazione del Consiglio di Stato

Cons. R. De Nictolis (parr. 7, 10, 11, 12);

Cons. R. Chieppa (parr.1, 4, 9), Cons. I. Franco (par. 5), Cons. C. Criscenti (parr. 3, 6),

Primo Ref. F. Bruno (parr. 2, 8)

Piano:

1. Premessa
2. Giurisdizione e competenza
3. Termini e accelerazione del processo amministrativo
4. La responsabilità della p.a.
5. Procedimento e provvedimento amministrativo
6. Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto
7. Servizi pubblici e società pubbliche
8. Espropriazione "sanante" ex art. 43 d.P.R. n. 327/2001
9. Autorità amministrative indipendenti
10. I pubblici appalti
11. La consulenza normativa
12. Il ricorso straordinario

INDICE SOMMARIO:

1. Premessa.

2. Giurisdizione e competenza

- 2.1. Limiti alla facoltà di eccepire il difetto di giurisdizione (Cass., sez. un. 9 ottobre 2008 n. 24883)
- 2.2. In tema di occupazione ed espropriazione per pubblica utilità
- 2.3. Sulla retrocessione
- 2.4. Sulla *translatio iudicii*
- 2.5. Contributi pubblici
- 2.6. Pubblico impiego
- 2.7. Principi generali
- 2.8. Elezioni
- 2.9. Servizi pubblici
- 2.10. Diritto sportivo.
- 2.11. Stranieri.

- 2.12. In tema di liquidazione delle parcelle degli avvocati.
- 2.13. Autotutela tributaria.

3. Termini e accelerazione del processo amministrativo

- 3.1. Accelerazione dei giudizi e rispetto dei valori costituzionali
- 3.2. Il giudizio abbreviato (art. 23-*bis*, l. Tar)
 - 3.2.1. Ambito oggettivo
 - 3.2.2. La riduzione dei termini processuali ed il deposito del ricorso
 - 3.2.3. Le varie ipotesi di “proposizione del ricorso”:
 - a) Motivi aggiunti
 - b) Ricorso incidentale
 - c) Regolamento di competenza.
 - d) Revocazione
 - e) Riassunzione
 - 3.2.4. La correzione del dispositivo
 - 3.2.5. L’appello immediato avverso il solo dispositivo
 - 3.2.6. Termine breve per l’appello.
 - 3.2.7. Il rito accelerato in materia di infrastrutture e insediamenti produttivi strategici (art. 246 del codice dei contratti pubblici)
- 3.3. Il giudizio immediato (artt. 21 e 26, l. Tar)
 - 3.3.1. Generalità
 - 3.3.2. Contraddittorio e termini per la costituzione
 - 3.3.3. La consultazione delle parti costituite
 - 3.3.4. Omessa indicazione della formula di rito sulla sussistenza dei presupposti richiesti per il giudizio immediato
 - 3.3.5. Sentenza succintamente motivata e cause decise in udienza pubblica
- 3.4. Il giudizio avverso il silenzio (art. 21-*bis*, l. Tar)
 - 3.4.1. Generalità
 - 3.4.2. Cumulo di domande
 - a) ricorso avverso il silenzio e motivi aggiunti avverso l’atto espresso sopravvenuto
 - b) ricorso avverso il silenzio e ricorso impugnatorio
 - c) ricorso avverso il silenzio e ricorso per l’accesso ai documenti amministrativi
 - 3.4.3. Termine annuale e diffida
 - 3.4.4. Condanna a provvedere e esauribilità del potere dell’amministrazione
- 3.5. Il giudizio in materia di accesso ai documenti amministrativi (art. 25, l. n. 241/1990)
 - 3.5.1. Natura giuridica del diritto d’accesso
 - 3.5.2. Termine dell’impugnativa
 - 3.5.3. Rapporti con il c.d. accesso istruttorio
- 3.6. Il regolamento di competenza (art. 31, l. Tar)
 - 3.6.1. Notificazione dell’istanza
 - 3.6.2. Termini per la proposizione del regolamento di competenza da parte dell’interveniente
 - 3.6.3. Termine per il deposito del regolamento di competenza
 - 3.6.4. Regolamento di competenza nei giudizi in materia di accesso
 - 3.6.5. Poteri del Consiglio di Stato
- 3.7. Termini per documenti e memorie (art. 23, l. Tar)
 - 3.7.1. Termine per la produzione di documenti
 - 3.7.2. Termine per la presentazione di memorie difensive
- 3.8. Termini dell’appello incidentale.

4. La responsabilità della p.a.

- 4.1. La natura della responsabilità della p.a.

- 4.2. Il danno da ritardo
- 4.3. La colpa della p.a.
- 4.4. Danni derivanti da atti amministrativi posti in essere in esecuzione di pronunce giurisdizionali
- 4.5. La pregiudiziale amministrativa (ed effetti delle tesi sulla prescrizione)
- 4.6. L'opzione tra gli effetti dell'azione di annullamento e il risarcimento del danno
- 4.7. La quantificazione del risarcimento del danno per equivalente e gli elementi di prova
- 4.8. Particolari fattispecie di danno (danno da *mobbing*, danni non patrimoniali)
- 4.9 La reintegrazione in forma specifica
- 4.10. Profili processuali dell'azione risarcitoria
- 4.11. Risarcimento del danno e giudizio di ottemperanza

5. Procedimento e provvedimento amministrativo

- 5.1. Procedimento amministrativo
 - 5.1.1. Comunicazione di avvio del procedimento – Partecipazione
 - 5.1.2. Termini
 - 5.1.3. Art. 10-*bis*
- 5.2. Provvedimento amministrativo
 - 5.2.1. Motivazione
 - 5.2.2. Art. 21-*octies*
 - 5.2.3. Incompetenza
- 5.3. Silenzio della p.a.
- 5.4. Dichiarazione inizio attività

6. Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto

- 6.1. Premessa
- 6.2. La posizione della Corte di cassazione
 - 6.2.1. L'orientamento delle sezioni unite
 - 6.2.2. L'orientamento della I sezione
- 6.3. La posizione della giurisprudenza amministrativa
 - 6.3.1. L'intervento dell'adunanza plenaria (decc. 30 luglio 2008 n 9 e 21 novembre 2008 n. 12)
 - 6.3.2. La giurisprudenza prima e dopo la dec. n. 9/2008

7. Servizi pubblici e società pubbliche

- 7.1. Quadro di sintesi delle questioni
- 7.2. La plenaria n. 1/2008
- 7.3. La comunicazione della Commissione europea 5 febbraio 2008 sulle società miste
- 7.4. Il Consiglio di Stato sulle società miste <<generaliste>>
- 7.5. La rimessione alla C. giust. CE da parte del Tar Catania in ordine alla necessità o meno di doppia gara in caso di società mista
- 7.6. La C. giust. CE di luglio 2008 ribalta la tesi della necessità partecipazione totalitaria nelle società *in house*
- 7.7. L'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 e la dubbia sopravvivenza delle società *in house* per i servizi pubblici locali di rilevanza economica
- 7.8. La Corte dei conti sull'*in house* e sulle società miste
- 7.9. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato sull'*in house*
- 7.10. L'*in house* per i lavori pubblici: rimessa la questione alla C. giust. CE da parte del Tar Catania
- 7.11. Il controllo analogo in caso di pluralità di soci pubblici.
- 7.12. Questioni esegetiche e di costituzionalità in relazione all'art. 13, d.l. n. 223/2006

- 7.13. Questioni di costituzionalità sulle norme sulle società pubbliche contenute nella finanziaria per il 2007
- 7.14. Questioni esegetiche sulle norme sulle società pubbliche contenute nella finanziaria per il 2008
- 7.15. La proroga delle concessioni del gas legittima secondo la C. giust. CE
- 7.16. Le società pubbliche sono organismi di diritto pubblico?

8. Espropriazione “sanante” ex art. 43, d.P.R. n. 327/2001

9. Autorità amministrative indipendenti

- 9.1. Natura delle autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale sugli atti
- 9.2. Il sindacato sulle sanzioni irrogate dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato
- 9.3. La legittimazione a impugnare i c.d. provvedimenti negativi adottati dalle Autorità indipendenti e nuovi poteri attribuiti all’Autorità garante della concorrenza e del mercato
- 9.4. Il sindacato sugli atti delle autorità regolatorie

10. I pubblici appalti

- 10.1. Le novità normative
- 10.2. Gli <<arresti>> giurisprudenziali
- 10.2.1. Ambito della rassegna
- 10.2.2. Appalti pubblici e legislazione regionale
- a) La declaratoria di incostituzionalità della l.r. Calabria e della l.r. Veneto
- b) Tutela della concorrenza e competenza legislativa regionale esclusiva sui lavori pubblici di interesse regionale (il ricorso pendente sulla l.p. Trento n. 10/2008)
- c) Il ricorso pendente sulla legge obiettivo della Regione Lombardia
- 10.2.3. Incompetenza del Consiglio superiore dei lavori pubblici a rendere pareri giuridici
- 10.2.4. Il patrocinio *ex lege* dell’Avvocatura dello Stato è compatibile con le regole sugli appalti di servizi (legali)
- 10.2.5. Servizi di brokeraggio
- 10.2.6. Fallimento di componente di a.t.i. e sorte del contratto
- 10.2.7. Commissioni di gara costituite prima della pubblicazione dei bandi di gara
- 10.2.8. Appalti in materia di armi e trattativa privata: ancora sull’annosa vicenda degli elicotteri *dual use*
- 10.2.9. Esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sotto soglia comunitaria
- 10.2.10. L’aggiornamento dei prezziari per determinare il prezzo a base di gara
- 10.2.11. Contrasto di giurisprudenza in ordine alla pubblicità delle sedute di gara nei settori speciali
- 10.2.12. Ordine di esame di ricorso principale e incidentale in caso di appalto con due soli concorrenti
- 10.2.13. Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto. Rinvio

11. La consulenza normativa

12. Il ricorso straordinario

- 12.1. Pubblicità dei pareri sul ricorso straordinario e tutela della *privacy*
- 12.2. Le commissioni speciali
- 12.2.1. Non necessità del preavviso di rigetto nel procedimento di decisione del ricorso gerarchico
- 12.2.2. Non alternatività tra ricorso straordinario e ricorso al giudice ordinario nel pubblico impiego

- 12.2.3. Notifica del ricorso straordinario in revocazione
- 12.3. Ricorso straordinario e risarcimento del danno
- 12.4. Pregiudiziali comunitarie in sede di ricorso straordinario
- 12.5. Regole di notificazione del ricorso straordinario
- 12.6. Cancellazione di espressioni sconvenienti o offensive contenute nel ricorso straordinario
- 12.7. I motivi di impugnazione in sede giurisdizionale del d.P.R. di decisione del ricorso straordinario
- 12.8. Trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale e riattivazione della sede straordinaria
- 12.9. Ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza
- 12.10. Iniziative legislative in corso sul ricorso straordinario

1. PREMESSA

Dopo la prima rassegna dell'Ufficio studi e documentazione del Consiglio di Stato, l'attività dell'Ufficio è continuata, nei limiti delle risorse disponibili, sia di propria iniziativa, sia in risposta a specifici quesiti del Presidente del Consiglio di Stato e del Segretariato generale.

In attesa della costituzione del nuovo ufficio unico (studi e massimario), previsto dal nuovo regolamento di organizzazione, entrato in vigore lo scorso 1° gennaio, è stata rinnovata l'iniziativa di pubblicare una rassegna delle principali questioni esaminate in sede giurisdizionale e consultiva, cercando di allargarne l'ambito e di segnalare anche quelli orientamenti, esterni alla giustizia amministrativa, di rilievo in relazione alle questioni esaminate.

Anche la rassegna del 2008 resta priva di pretese di esaustività, con l'auspicio comunque che possa costituire un ausilio utile per i colleghi e per gli utenti del sito ufficiale della giustizia amministrativa.

2. GIURISDIZIONE E COMPETENZA

2.1. Limiti alla facoltà di eccepire il difetto di giurisdizione (Cass., sez. un., 9 ottobre 2008 n. 24883)

Con la sentenza 9 ottobre 2008 n. 24883 le sezioni unite della Corte di cassazione hanno fornito un'interpretazione innovativa, restrittiva e costituzionalmente orientata, dell'art. 37 c.p.c.; norma in base alla quale *“il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo”*.

In sintesi, le sezioni unite hanno affermato che la questione di giurisdizione non è più sollevabile (né dalle parti, né *ex officio*) allorquando nei precedenti gradi di giudizio non sia stato

posto il problema in modo esplicito e, di conseguenza, sia proseguito l'iter giudiziario innanzi al giudice "apparentemente" munito di giurisdizione. Un modo per dire, in sostanza, che in tema di contestazione della sussistenza della giurisdizione dovrebbe valere la regola "*si parli ora, o si taccia per sempre*".

Queste le argomentazioni sulle quali si articola il ragionamento della Corte:

Si prendono le mosse, in prima battuta, dalle disposizioni degli artt. 324 e 329 c.p.c., dalle quali discende l'impossibilità (per le parti e per il giudice) di porre in dubbio la sussistenza della giurisdizione in capo all'a.g. precedente se la sentenza (di primo o secondo grado) che ha statuito esplicitamente sulla questione non sia stata espressamente impugnata sul punto. Più in particolare si precisa, "*qualora il giudice decida espressamente sia sulla giurisdizione sia sul merito, e la parte impugni solo sul merito, è precluso al giudice d'appello ed alla Cassazione il rilievo d'ufficio della questione di giurisdizione e alla parte interessata non è consentito introdurla in sede di legittimità se non l'abbia proposta anche in appello (...)*".

La preclusione alla contestazione deriverebbe, in tal caso, dalla formazione di un giudicato *interno* sulla questione di giurisdizione e/o dall'acquiescenza in quella direzione manifestata.

La Corte prosegue analizzando la fattispecie (che è il caso sottoposto al suo esame) nella quale le parti non hanno mai contestato la spettanza della giurisdizione in capo all'organo giudicante che ha trattato i due precedenti gradi di giudizio.

Si ritiene (è qui sta il primo passo innovativo della decisione) che in tal caso, pur in mancanza di una pronuncia espressa sulla giurisdizione, non può affermarsi che la questione sia rimasta "non toccata" dal giudice e rimanga quindi suscettibile di essere esaminata in qualunque successivo stadio del processo. Al contrario, ritiene la Corte che anche in questa ipotesi si sia formato un giudicato (ancorché *implicito*, perchè non espresso) sulla giurisdizione, analogo a quello *esplicito* che sorge ove la questione sia affrontata *expressis verbis*. Il fondamento normativo di tale *giudicato implicito* viene rinvenuto nell'art. 276, co. 2, c.p.c., laddove si prevede che "*il Collegio decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio, e quindi il merito della causa*".

La norma, in sostanza, impone al giudice di valutare, prima di ogni altro aspetto della controversia, le questioni pregiudiziali, e poi il merito; sicché, l'emanazione di una decisione nel merito ingloba in sé (e risolve positivamente) ogni questione inerente la giurisdizione, anche se non espressamente affrontata. In altri termini, non può giungersi ad una decisione del merito della causa se l'organo giudicante non ha preventivamente e positivamente stimata sussistente la propria *potestas iudicandi* sulla controversia.

Logico corollario di queste premesse è il fatto che anche nelle decisioni in cui la questione di giurisdizione non venga espressamente affrontata si forma una statuizione sul punto, con la conseguenza che la mancata proposizione di appello implica una acquiescenza sulla questione e determina la formazione di un giudicato *implicito*, intangibile in Cassazione al pari di quello esplicito.

Date queste premesse, l'art. 37 c.p.c. (*supra* richiamato) deve essere necessariamente interpretato in maniera restrittiva con riguardo alla facoltà di sollevare eccezioni (o rilievi) di giurisdizione, alla luce dei seguenti principi processuali di rango costituzionale ed ordinario.

In primo luogo, il divieto di sollevare l'eccezione di giurisdizione nell'ultimo grado del giudizio costituisce filiazione dei principi di *economia processuale* e di *ragionevole durata del giudizio* (art. 111 Cost.), dal momento che si porrebbe in netto contrasto coi predetti principi la condotta delle parti in causa che hanno lasciato celebrare pacificamente ben due gradi di giudizio senza obiettare alcunché – pur potendolo fare sin da subito – in ordine alla sussistenza della *potestas iudicandi* in capo al giudice adito. Si rileva, infatti, che l'azzeramento di ogni attività processuale conseguente ad una eventuale e “tardiva” decisione declinatoria della giurisdizione non sarebbe certamente in linea col richiamato principio di ragionevole durata del processo, e si tradurrebbe in un profondo disvalore con riguardo all’*“efficienza delle soluzioni ed alla tempestività del prodotto-sentenza”*.

In secondo luogo, anche la disposizione che impone alle parti processuali il dovere di “probità e lealtà” (art. 88 c.p.c.) assume il ruolo di parametro di interpretazione dell'art. 37, dal momento che è compito *diligente* delle parti anche quello di isolare e circoscrivere compiutamente la materia effettivamente controversa, anche con riguardo agli aspetti processuali ed alla giurisdizione.

La Corte ha anche tenuto conto del giudizio di anacronisticità del principio di incomunicabilità dei vari ordini giurisdizionali espresso dalla Corte costituzionale nella nota decisione sulla cd. *translatio iudicii* (n. 77/2007), nonché dell'affermazione contenuta nella medesima sentenza in base alla quale la pluralità di giudici presenti nel nostro ordinamento – se, da una parte, offre garanzie di maggior adeguatezza e professionalità del *servizio giustizia* – non può certamente risolversi nella sostanziale vanificazione della tutela giurisdizionale di diritti ed interessi che si avrebbe allorché la pronuncia non risolvesse il *merito* della controversia, limitandosi a decidere aspetti meramente procedurali.

Infine, secondo la Corte, la soluzione interpretativa proposta non si pone neanche in contrasto col principio costituzionale che pone il diritto al “*giudice naturale precostituito per legge*” (art. 25 Cost.). A tal fine viene riportato uno stralcio dell'ordinanza della Corte costituzionale (n.

128/1999) con la quale la Consulta ha escluso la sussistenza della violazione dell'art. 25 Cost. analizzando la disposizione del codice di rito che pone limiti temporali alla rilevabilità del difetto di competenza del giudice adito. Sotto questo profilo, infatti, si sottolinea che rientra nella legittima discrezionalità del legislatore introdurre limitazioni alla possibilità di rilevare i vizi di competenza a vantaggio dell'interesse all'ordine ed alla speditezza del processo.

Mutatis mutandis, sostengono le sezioni unite, analogo ragionamento può essere esteso con riguardo alla ipotesi in cui il limite riguardi l'eccepibilità del difetto di giurisdizione.

2.2. In tema di occupazione ed espropriazione per pubblica utilità

In tema di occupazione per pubblica utilità, è stata ribadita la sussistenza della giurisdizione del g.o. sulla domanda di risarcimento danni avanzata a seguito della realizzazione di un'opera senza la dichiarazione di p.u. e su aree non comprese nel progetto approvato nei modi di legge e nel piano particellare di esproprio, ravvisando in tale fattispecie una condotta conseguente a meri atti privati e non espressiva di esercizio di poteri da parte della p.a., incidente sul diritto di proprietà al di fuori di ogni procedimento ablativo (Cass., sez. un., 5 marzo 2008 n. 5925, ord.; nell'ipotesi di mancanza della dichiarazione di pubblica utilità riconosce la giurisdizione ordinaria anche Cons. St., sez. IV, 6 novembre 2008 n. 5498).

Si tratta, in verità, di una soluzione che anche in un recente passato aveva incontrato la favorevole adesione della giurisprudenza amministrativa e di quella della Cassazione.

Così come, del resto, non costituisce motivo di dissenso in giurisprudenza il riconoscimento della giurisdizione amministrativa in capo al g.a. in caso di occupazione successiva a dichiarazione di pubblica utilità successivamente annullata, anche se non seguita dal decreto di esproprio (caso trattato da Cons. St., sez. IV, cit.).

Nei richiamati casi appare dirimente – ai fini della individuazione della giurisdizione – il fatto che il comportamento pubblico invasivo della proprietà sia riconducibile all'esercizio di poteri pubblici da parte dell'amministrazione (come specificato da Corte cost., 11 maggio 2006 n. 191), sussistenti almeno all'origine della vicenda. In tal caso, la giurisdizione è del g.a.; mentre, ove tale collegamento manchi, la relativa controversia è conoscibile del g.o.

Continua, invece, a registrare contrasti giurisprudenziali la questione di giurisdizione con riferimento all'ipotesi di risarcimento danni causati per effetto dell'occupazione di un fondo protratta oltre i termini di efficacia del decreto di occupazione di urgenza e non seguita dal provvedimento di esproprio. In tale evenienza, la giurisprudenza amministrativa continua a dichiararsi competente in via esclusiva (Cons. giust. sic. 6 marzo 2008 n. 188; Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 584; Tar Campania - Napoli 4 marzo 2008 n. 1095; Tar Sicilia - Catania, 3 aprile

2008 n. 611), in considerazione del fatto che l'apprensione del fondo, anche dopo la scadenza dei termini previsti nel decreto di occupazione, non può essere considerata l'estemporanea iniziativa di un pubblico funzionario (non costituisce quindi una *occupazione usurpativa*), ma – al contrario – rappresenta comunque atto di esercizio di un legittimo potere, previsto dall'ordinamento come conseguenza della dichiarazione di pubblica utilità, nei confronti del quale l'unica difesa attivabile dal privato è il ricorso al giudice amministrativo teso alla verifica della legittimità dell'uso del potere stesso. Per contro, in simili vicende la Cassazione continua a ritenere sussistente la giurisdizione ordinaria (Cass., sez. un., 16 luglio 2008 n. 19501: *“L'azione risarcitoria relativa all'occupazione usurpativa, intesa come manipolazione del fondo di proprietà privata in assenza della dichiarazione di pubblica utilità, ovvero a seguito della sua sopravvenuta inefficacia per mancato inizio delle opere nel termine previsto, rientra nella giurisdizione ordinaria, sia che venga invocata la tutela restitutoria (eventualmente azionata, come nella specie, con ricorso per la reintegrazione del possesso), sia che, attraverso un'abdicazione implicita al diritto dominicale, si opti per il risarcimento del danno”*).

Passando all'esame di altre fattispecie, è stata ritenuta ricadente nell'alveo della giurisdizione esclusiva del g.a. la controversia relativa alla esecuzione di un accordo traslativo a doppio contenuto intervenuto tra p.a. e privato nel corso di una procedura espropriativa, attraverso il quale il proprietario si impegnava a cedere l'area da espropriare ed il Comune avrebbe trasferito in cambio un diverso fondo (Cass., sez. un., 30 gennaio 2008 n. 2029).

Tale vicenda è stata inquadrata, sotto un primo profilo, quale mancata esecuzione di un “accordo sostitutivo del provvedimento”, che ai sensi dell'art. 11, l. n. 241/1990 sottostà alla giurisdizione esclusiva del g.a.; sotto altro profilo, è stata considerata controversia genericamente involgente “gli usi del territorio”, con analoghe conseguenze in termini di individuazione della giurisdizione in applicazione dell'art. 34. d.lgs. n. 80/1998.

Infine, si segnala la decisione con la quale le sezioni unite della Corte di cassazione hanno riconosciuto la sussistenza della giurisdizione amministrativa di legittimità nella controversia avente ad oggetto il provvedimento del Comitato Provinciale di Controllo che ha annullato la delibera comunale determinativa dell'indennità di esproprio (Cass., sez. un., 4 aprile 2008 n. 8743, ord.).

Mentre, in apparenza, la decisione sembra contrastare col chiaro disposto dell'art. 53, d.P.R. n. 327/2001 (nella parte in cui lascia immutata la giurisdizione del g.o. per le *controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa*), si tratta in realtà di una conferma (piuttosto che di una smentita) di quella regola. Infatti, la Corte muove dal rilievo che l'atto amministrativo impugnato, emesso da un organo tutorio, costituisca esercizio di una funzione di controllo, svolta ai fini del

buon andamento della p.a. (come tale assoggettata alla *ordinaria* giurisdizione di legittimità del g.a.) e non provvedimento di stima dell'indennità di espropriazione.

2.3. Sulla retrocessione

In tema di retrocessione delle aree espropriate per pubblica utilità e non utilizzate dall'ente pubblico sono stati affermati i seguenti principi in tema di riparto di giurisdizione (Tar Sicilia - Catania, sez. II, 17 ottobre 2008 n. 1855):

Sotto il vigore della "vecchia" l. n. 2359/1865 (*Espropriazioni per causa di utilità pubblica*) la giurisdizione veniva ripartita fra g.o. e g.a., in ossequio al tradizionale criterio di riparto, a seconda che venisse in rilievo una *retrocessione* di tipo *totale* (involgente posizioni di diritto soggettivo, di spettanza del g.o.), ovvero la *retrocessione parziale* (rispetto alla quale il privato espropriato versa in posizione di interesse legittimo, col conseguente radicarsi della giurisdizione amministrativa).

Con l'entrata in vigore del t.u. Espropriazioni approvato con d.P.R. n. 327/2001, la materia *de qua* è stata assoggettata alla giurisdizione esclusiva del g.a. L'art. 53, del predetto t.u. stabilisce, infatti, che "*Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati, conseguenti all'applicazione delle disposizioni del testo unico.*", anche se ne rimangono oggi escluse quelle determinate dai "*comportamenti della p.a.*" non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere per effetto della decisione emessa dalla Corte costituzionale (11 maggio 2006 n. 191).

Le controversie in esame, traendo origine dall'applicazione (errata applicazione o mancata applicazione) di uno degli istituti disciplinati dal t.u. n. 327/2001 (*retrocessione* prevista dagli artt. 46 e 47) e riguardando i casi in cui l'amministrazione detenga *sine titulo* il fondo altrui, dopo averlo acquisito in sede di esecuzione di uno degli atti attuativi del vincolo preordinato all'esproprio, rientrano allora nella giurisdizione esclusiva del g.a., a prescindere dalla distinzione fra retrocessione totale e parziale (in senso conforme, Tar Lombardia - Brescia, 6 maggio 2008 n. 480).

2.4. Sulla *translatio iudicii*

Cominciano a trovare applicazione nei giudizi di merito i principi sanciti dalla Corte costituzionale con l'importante sentenza dello scorso anno (n. 77/2007) attraverso la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, l. Tar, nella parte in cui non prevede che il giudice amministrativo debba assegnare al ricorrente un termine per la riassunzione del giudizio innanzi all'a.g. munita di giurisdizione, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della

domanda già proposta (c.d. *translatio iudicii*), nel caso in cui si dichiarò sfornito di giurisdizione sulla controversia esaminata. In attuazione della predetta regola, il Consiglio di Stato (sez. VI, 17 gennaio 2008 n. 111; sez. VI, 19 giugno 2008 n. 3065) con la sentenza dichiarativa del proprio difetto di giurisdizione ha assegnato al ricorrente un termine ex art. 50 c.p.c. per riassumere la causa innanzi al giudice munito di giurisdizione, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda già proposta. Analogo percorso è stato seguito dal Tar Sardegna (13 marzo 2008 n. 452) con riferimento al caso (inverso) in cui sia stato dichiarato il difetto di giurisdizione ad opera del g.o., e riassunto il giudizio innanzi al g.a.

In senso opposto, tuttavia, si sono prese le mosse dal percorso argomentativo posto a base della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 30 cit., che ha escluso espressamente la possibilità di applicare l'art. 50 c.p.c. al processo amministrativo ritenendo espressiva di una scelta di fondo rimessa alla discrezionalità del legislatore l'individuazione della disciplina della riassunzione. Si è affermato, pertanto, che il giudice che declina la giurisdizione deve limitarsi ad indicare quello che ne è munito, senza nulla statuire sulla conservazione degli effetti della domanda. Rimane inteso che la salvaguardia degli effetti sostanziali e processuali conseguenti alla proposizione della domanda davanti al giudice sfornito di giurisdizione non costituisce, *de iure condito*, un mezzo per aggirare i termini decadenziali o di prescrizione previsti dalla legge per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi nella sede propria, ovvero davanti al giudice munito della giurisdizione (Cons. St., sez. V, 14 aprile 2008 n. 1606).

Al fine di consentire la *translatio iudicii* anche all'interno del giudizio amministrativo - per colmare così la lacuna esistente in tale processo con riguardo all'ipotesi di difetto di competenza del Tar adito - è stato applicato in via analogica l'art. 50 c.p.c. (considerato espressione di un principio processuale generale), ed è stato quindi indicato il giudice *ad quem*, con contestuale assegnazione di un termine per provvedere alla riassunzione con salvezza degli effetti del ricorso originariamente proposto (Cons. St., sez. V, 20 agosto 2008 n. 3969).

Si è, altresì, precisato che in mancanza della espressa fissazione di un termine trova applicazione quello semestrale previsto dal citato art. 50 c.p.c., con la peculiarità che anche tale termine soggiace alla regola del dimezzamento nei giudizi relativi alle materie indicate nell'art. 23-bis, l. Tar (Cons. St., ult. cit.)

Ove tale riassunzione non abbia luogo, ovvero sia effettuata al di fuori dei termini previsti, il processo si estingue; con la particolarità che - nel primo caso - l'effetto estintivo è automatico; mentre, nel secondo caso, il giudice *ad quem* dovrà dichiararlo espressamente.

2.5. Contributi pubblici

In materia di riconoscimento ed attribuzione di contributi economici pubblici, analizzando le varie fasi in cui si articola il relativo procedimento amministrativo di concessione sono state elaborate le seguenti ricostruzioni dogmatiche, aventi effetti anche sul riparto di giurisdizione.

Con riguardo specifico alla fase di attribuzione del beneficio economico richiesto, non sussiste dubbio circa l'esistenza di una posizione di interesse legittimo (pretensivo) in capo all'istante, che si traduce nel riconoscimento della giurisdizione amministrativa sul contenzioso per tale questione avviato (Tar Campania - Napoli 2 ottobre 2008 n. 12320).

Viceversa, si predica la ricorrenza di un vero e proprio diritto soggettivo – con conseguente spettanza della giurisdizione al giudice ordinario - nel caso in cui l'ammissione al contributo economico sia già stata deliberata, ed il destinatario attenda solo la concreta erogazione (totale o parziale) della somma riconosciutagli (Cass., sez. un., 9 settembre 2008 n. 22651, ord.). Infatti, si farebbe questione in tali circostanze – non della concessione discrezionale dell'aiuto, ma – dell'esatto adempimento degli obblighi assunti dalla p.a. (Cons. St., sez. V, 14 aprile 2008 n. 1603).

Addirittura, secondo una pronuncia, la posizione di diritto soggettivo emergerebbe già a seguito dell'adozione del mero provvedimento di concessione provvisoria (e, quindi, non ancora definitiva) del contributo economico (Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 210).

Passando all'esame della fase (eventuale), successiva al riconoscimento del beneficio, nella quale l'amministrazione ritenga di dover procedere al *ritiro* del contributo, si registrano orientamenti giurisprudenziali apparentemente non concordanti.

La Corte di cassazione (sez. un., 9 settembre 2008 n. 22651, ord.) individua una posizione di interesse legittimo in capo al privato, dichiarando competente a conoscere della revoca il g.a. Più in particolare, è qualificata come interesse legittimo la posizione rivestita dal privato destinatario di un contributo pubblico di fronte all'esercizio di un potere di revoca da parte della p.a. che trovi fondamento nell'illegittimità della precedente concessione o nel contrasto col pubblico interesse (Cons. St., sez. V, 8 ottobre 2008 n. 4955).

Si specifica, in particolare, che l'interesse legittimo sussiste nei confronti dell'esercizio del potere discrezionale di revisione in autotutela del provvedimento concessorio del finanziamento, sia se qualificato come *annullamento d'ufficio* per vizio di legittimità (Tar Toscana, 11 settembre 2008 n. 1987), sia quale *revoca* per contrasto originario con l'interesse pubblico (Tar Lazio - Roma, 30 giugno 2008 n. 6327).

I riferiti orientamenti sembrano in apparenza contraddetti dalle pronunce che affermano sussistere posizioni di diritto soggettivo, tutelabili innanzi al giudice ordinario, nei confronti degli atti amministrativi variamente denominati (revoca, decadenza, risoluzione) che hanno come effetto il ritiro del beneficio precedentemente elargito (Cons. St., sez. VI, 1 ottobre 2008 n. 4741).

In realtà, il contrasto è solo apparente, e si dissolve facilmente non appena si presti attenzione alla natura del potere di revoca (in senso lato) esercitato, senza attribuire rilievo dirimente al *nomen iuris* utilizzato per intitolare il provvedimento. Infatti, la valutazione della posizione soggettiva del privato destinatario del contributo poggia sulla diversa natura del potere pubblico esercitato: se il provvedimento di *revoca* è emesso con finalità di autotutela del pubblico interesse sottostante all'erogazione delle risorse economiche, si avrà in capo al privato una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dell'autotutela, con conseguente giurisdizione del g.a. Se, invece, la *revoca* è tesa a far valere l'inadempimento degli obblighi imposti al beneficiario del contributo, verrà in rilievo una posizione di diritto soggettivo tutelabile innanzi al g.o. (la distinzione è chiaramente evidenziata da Tar Lazio - Roma, 28 luglio 2008 n. 7485; Tar Toscana, 17 luglio 2008 n. 1780; Tar Campania - Napoli 2 ottobre 2008 n. 12320).

Si deve concludere che sussiste la giurisdizione del g.o. in relazione a quelle vicende nelle quali il privato destinatario della sovvenzione intende ottenere gli importi dovuti (e non corrisposti), ovvero intende contrastare il provvedimento di ritiro fondato sull'asserita sussistenza di inadempimenti agli obblighi che derivano dalla legge o dal provvedimento concessorio (Tar Lazio - Roma, 30 giugno 2008 n. 6327).

2.6. Pubblico impiego

In materia di rapporto di pubblico impiego cd. privatizzato la giurisprudenza si è da tempo assestata nel ritenere che le procedure di selezione riguardanti l'accesso siano di spettanza del g.a., anche nelle ipotesi in cui la valutazione dei concorrenti si basi su aspetti discrezionalmente valutabili (concorsi per esami) o su elementi più rigidamente verificabili (concorsi per titoli). Si è, in particolare, ritenuto che integri il concetto di "pubblico concorso" anche la selezione effettuata tra i dipendenti interni ad un ente, finalizzata al passaggio da un'area o da una fascia funzionale inferiore ad altra superiore, sul presupposto che quest'ultimo costituisca modalità di accesso ad un nuovo posto di lavoro (Tar Lazio - Roma 1 settembre 2008 n. 7982).

Anche la questione della pretesa vantata da un concorrente dichiarato idoneo-non vincitore, avente ad oggetto lo scorrimento della graduatoria ai fini della copertura di ulteriori posti resisi vacanti, non fa registrare contrasti in giurisprudenza essendo pacificamente considerata fattispecie di spettanza del g.o. (Cass., sez. un., 13 dicembre 2007 n. 26113, ord.; Cass., sez. un., 13 febbraio 2008 n. 3401, ord.; Tar Lazio - Roma, 19 novembre 2008 n. 10423). Si ritiene, in particolare, che in tali circostanze sussista in capo al concorrente una posizione di diritto soggettivo "all'assunzione", che – unitamente alla mancata contestazione delle procedure concorsuali espletate – radica la giurisdizione in capo al g.o.

Continua invece a sussistere divergenza di opinioni in merito all'accesso alle qualifiche dirigenziali da parte di soggetti reclutati *ab externo*. Mentre la Corte di cassazione ha sempre affermato al sussistenza della giurisdizione ordinaria in considerazione della natura privatistica del conferimento degli incarichi dirigenziali (Cass., sez. un., 15 febbraio 2007 n. 3370, Id. 10 gennaio 2007 n. 227), non mancano pronunce del g.a. che stimano sussistente la giurisdizione amministrativa in relazione al fatto che l'accesso alla dirigenza segna una cesura nel percorso lavorativo del dipendente pubblico, ed investe profili organizzativi di gestione di potestà e competenze di diritto pubblico (Tar Lazio - Roma 9 settembre 2008 n. 8211).

La fase di svolgimento del rapporto di lavoro è incontestabilmente attribuita alla cognizione del g.o., per le categorie di pubblici dipendenti *privatizzati*, in relazione alle controversie sorte successivamente alla data del 30 giugno 1998 (art. 69,d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165).

Con riguardo a tale discriminare temporale, la Cassazione ha affermato che il diritto al rimborso delle spese legali sostenute dai dipendenti della Regione Siciliana, nell'ambito di un giudizio di responsabilità per atti e comportamenti connessi all'espletamento del servizio, poi conclusosi con declaratoria di assenza di responsabilità, sorge proprio a seguito dell'emanazione della predetta dichiarazione. Pertanto, è con riferimento a tale data che bisogna individuare il giudice competente a conoscere la controversia in applicazione della norma transitoria contenuta nell'art. 69, d.lgs. n. 165/2001 (Cass., sez. un., 13 febbraio 2008 n. 3413, ord.).

Infine, va segnalata la pronuncia con la quale è stata distinta – pur nell'ambito dell'unico rapporto di impiego – il plesso giudiziario competente a conoscere della domanda di risarcimento danni per lesione dell'integrità psico-fisica proposta da un pubblico dipendente, in considerazione del tipo di azione concretamente esercitata (Cass., sez. un., 4 marzo 2008 n. 5785). Si è affermato – più in dettaglio – che ove sia fatta valere la responsabilità contrattuale dell'ente datore di lavoro, la cognizione spetta al g.a. allorquando il ricorrente (nella fattispecie, un militare) rientri in una categoria di dipendenti pubblici non assoggettati alla cd. “privatizzazione”; viceversa, si avrà giurisdizione ordinaria se è fatta valere responsabilità extracontrattuale. A tal proposito, si è precisato che la prima ipotesi ricorre allorquando la condotta tenuta dalla p.a. si presenti con caratteri tali da escluderne qualsiasi incidenza nella sfera giuridica di soggetti ad essa non legati da rapporto di impiego.

2.7. Principi generali

In tema di efficacia del giudicato sulla giurisdizione il Consiglio di Stato (sez. IV, 19 febbraio 2008 n. 544) ha precisato che la sentenza dichiarativa del difetto di giurisdizione del giudice adito è una decisione processuale che, anche quando definitiva, non risulta vincolante nel

diverso giudizio che le medesime parti hanno poi instaurato in ordine allo stesso rapporto sostanziale. Ne consegue che il giudice amministrativo può ben dichiararsi sfornito di giurisdizione, non essendo vincolato da analoga statuizione precedentemente resa dal giudice ordinario.

Con riferimento invece alla competenza territoriale dei Tar, da misurare in forza dell'ambito di efficacia spaziale del provvedimento impugnato, il Consiglio di Stato (sez. IV, 3 settembre 2008 n. 4107) ha ritenuto che le controversie riguardanti gli atti di una gara d'appalto indetta dall'ANAS per l'affidamento di lavori autostradali rientrano nella competenza del Tar Lazio. Si è poi affermata l'inderogabilità convenzionale (per mezzo di clausole pattizie) delle norme riguardanti la competenza territoriale dei Tar (artt. 2 e 3, l. Tar), trattandosi di disposizioni che attribuiscono ad un dato giudice la *potestas iudicandi*, e risultano derogabili solo con lo strumento del regolamento di competenza di cui all'art. 31, l. Tar quando la controversia è già insorta, e mai in via preventiva.

Si registra, poi, conformità di vedute fra Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (6 marzo 2008 n. 183) e Consiglio di Stato (sez. V, 20 agosto 2008 n. 3069) in tema di competenza funzionale del Tar Lazio: dopo aver premesso che il difetto di competenza funzionale è rilevabile anche d'ufficio, entrambe le decisioni individuano un'ipotesi di tale competenza con riferimento ai giudizi promossi per sindacare la legittimità delle ordinanze di Protezione civile e dei provvedimenti commissariali adottati (anche se non riguardanti l'emergenza rifiuti in Campania, o l'emergenza traffico).

2.8. Elezioni

Secondo il Consiglio di Stato (sez. IV, 13 marzo 2008 n. 1053), vi è assoluto difetto di giurisdizione del g.a. nella controversia avente ad oggetto gli "atti politici" successivi ai decreti di indizione dei comizi elettorali, ferma restando l'autodichia delle Camere legislative in ordine alla verifica della legittimità delle operazioni elettorali.

Anche la Corte di cassazione (sez. un., 8 aprile 2008 n. 9151) concorda nell'affermare il difetto assoluto di giurisdizione in materia di elezioni politiche, e con particolare riguardo all'esclusione dalla competizione elettorale di liste per il rinnovo delle assemblee legislative, precisando che il controllo sulla regolarità di tutte le operazioni elettorali politiche rientra nel potere delle stesse assemblee ai sensi dell'art. 97, t.u. 30 marzo 1957 n. 361.

2.9. Servizi pubblici

In tema di servizio pubblici, con la decisione n. 3 del 30 luglio 2008 l'ad. plen. ha precisato che la giurisdizione amministrativa esclusiva, prevista dall'art. 29 n. 5, 6 e 7, t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato (approvato con r.d. n. 1054/1924) con riguardo alle controversie su alcune ipotesi

concernenti gli oneri finanziari relativi agli ammalati di mente, continua a sussistere quale norma speciale sia a seguito della riforma in tema di trattamenti sanitari volontari ed obbligatori attuata con la l. 180/1978, sia dopo l'introduzione delle ipotesi previste dall'art. 33, d.lgs. n. 80/1998. Quest'ultima, infatti è una disposizione di carattere generale, che si affianca (senza abrogarle) alle norme speciali attributive di giurisdizione esclusiva in determinate materie. Ne consegue che anche dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204 (che ha escluso dal novero della giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie in tema di servizi pubblici aventi ad oggetto *indennità, canoni e altri corrispettivi*) le questioni di individuazione del soggetto pubblico tenuto al rimborso delle rette di degenza dei pazienti continuano a ricadere nell'ambito della giurisdizione esclusiva del g.a., sia perché attengono all'*an* (e non al *quantum*) della prestazione, sia perché trovano "copertura" nella norma speciale attributiva della giurisdizione esclusiva.

Infine, precisa la plenaria, nessuna incidenza sull'individuazione del giudice competente a conoscere della predetta questione può essere attribuita al fatto che la controversia insorga tra soggetti pubblici appartenenti al medesimo comparto (nella specie, il s.s.n.).

Nel solco già tracciato dalla Corte costituzionale (6 luglio 2004 n. 204) si iscrive la decisione del Consiglio di Stato (sez. IV, 7 ottobre 2008 n. 4842) con la quale è stata esclusa la sussistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva con riferimento alle controversie riguardanti diritti di credito, nelle quali la pubblica amministrazione non sia coinvolta come autorità.

In tema di gestione dei servizi pubblici e di vigilanza da parte della pubblica autorità è stata affermata la sussistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva, ai sensi dell'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, con riguardo alle controversie sorte a seguito della irrogazione di penali nei confronti del concessionario di un servizio pubblico resosi inadempiente (Tar Lazio - Roma, sez. II, 31 marzo 2008 n. 2721), sia per le sanzioni irrogate ad una farmacia (Tar Lombardia - Milano, 4 aprile 2008 n. 808). In entrambi i casi, infatti, il potere pubblico esercitato non rientra nella generica potestà punitiva della p.a. ma costituisce estrinsecazione di un potere ispettivo e di vigilanza sulla gestione del servizio espressamente previsto dalla legge come materia di giurisdizione esclusiva.

In conclusione, merita di essere segnalata la decisione con la quale il Consiglio di Stato (sez. IV, 31 marzo 2008 n. 1362) ha ritenuto sussistente la giurisdizione amministrativa con riguardo alla trattativa a carattere misto (pubblico/privato) tra le società Alitalia ed Air France/KLM, ai fini dell'integrazione industriale tra le due società. Invero, pur trattandosi di rapporti negoziali soggetti privati, si è individuato nella vicenda un inestricabile intreccio tra l'interesse aziendale, da una parte, e l'interesse pubblico all'espletamento di un servizio di pubblica utilità dall'altra, tale da giustificare la sussistenza della giurisdizione amministrativa.

2.10. Diritto sportivo

In tema di illecito sportivo, il Tar Lazio - Roma (sez. III-ter, 19 marzo 2008 n. 2472), pur premettendo che ai sensi dell'art. 2, lett. b), l. n. 280/2003, in applicazione del principio di autonomia dell'ordinamento sportivo, sussiste il difetto assoluto di giurisdizione sui comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e sull'applicazione delle relative sanzioni, ha ritenuto che siano conoscibili dal g.a. le controversie riguardanti le sanzioni inflitte in ambito sportivo, allorquando abbiano anche una rilevanza esterna al detto ordinamento, ed incidano sullo *status* del soggetto in termini non solo economici ma anche di onorabilità.

Per altri versi, il medesimo Tar (sez. III, 9 giugno 2008 n. 5595) - in relazione ad una controversia avviata da un'associazione privata senza scopo di lucro al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento della F.I.G.C. di assegnazione dello scudetto 2005/2006 - ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice statale (in particolare, di quello amministrativo), pur in presenza dell'art. 2, l. n. 280/2003 che riserva all'autonomia dell'ordinamento sportivo (e dunque al suo sistema di giustizia sportiva) le c.d. controversie tecnico-sportive (lett. a) e le controversie originanti da comportamenti rilevanti sul piano disciplinare, implicanti l'irrogazione di sanzioni disciplinari sportive (lett. b).

Più in particolare, il giudice ha escluso – da una parte – che la controversia involgesse l'applicazione di regole idonee a garantire il corretto svolgimento delle attività sportive (integranti il novero del cd. "intrinseco sportivo"). D'altra parte, ha affermato che il provvedimento di assegnazione dello scudetto è espressione di un'attività a connotazione pubblicitica, svolta dalla Federazione in luogo dell'ente pubblico C.O.N.I., ed ha ulteriormente sottolineato la connessione esistente tra l'impugnato provvedimento e la modifica della classifica finale di campionato, conseguente all'irrogazione di sanzioni disciplinari (materia, quest'ultima, sulla quale si era già dichiarato in precedenza munito di giurisdizione).

Entrambi tali aspetti hanno indotto il Tar a ritenere sussistente la giurisdizione statale in luogo di quella interna all'ordinamento sportivo.

2.11. Stranieri

Per il Consiglio di Stato (sez. VI, 28 agosto 2008 n. 4091 e 19 maggio 2008 n. 2274) la controversia attinente al mancato riconoscimento dello status di rifugiato politico ricade nella sfera di giurisdizione del giudice ordinario, dal momento che tale qualifica, ai sensi della Commissione di Ginevra del 29 luglio 1951, costituisce (così come quella di avente diritto all'asilo di cui all'art. 10

co. 3, Cost.) una figura giuridica riconducibile alla categoria dei diritti soggettivi, ed i provvedimenti amministrativi adottati in materia sono meramente dichiarativi di status.

2.12. In tema di liquidazione delle parcelle degli avvocati

In alternativa allo strumento dell'ingiunzione di pagamento previsto dall'art. 633, n. 2, c.p.c., l'art. 28, l. n. 794/1942 prevede la possibilità per il difensore – a conclusione della causa – di proporre ricorso al capo dell'ufficio giudiziario adito, al fine di ottenere la liquidazione ed il pagamento della parcella professionale.

Si erano però riscontrati divergenti orientamenti in ordine all'applicabilità del citato istituto anche al processo amministrativo, dal momento che risulta inserito in una legge atta a disciplinare gli *onorari di avvocato per prestazioni giudiziali in materia civile* (in senso favorevole si erano espressi Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2005 n. 820, Tar Sicilia - Catania, 19 ottobre 2007 n. 471, ord.; la tesi contraria era stata invece sostenuta da Cons. St., sez. IV, 21 ottobre 2005 n. 7479, Id., 14 aprile 2006 n. 2133, Tar Puglia – Lecce, 7 dicembre 2005 n. 5786).

Era stata, poi, sollevata questione di legittimità costituzionale, in considerazione del fatto che la mancata applicabilità dell'istituto *de quo* al giudizio amministrativo avrebbe creato una ingiustificata disparità di trattamento fra i difensori, a seconda che avessero patrocinato nel giudizio civile o in quello amministrativo (Cons. St., sez. VI, 9 novembre 2006 n. 6613, ord.).

Recentemente, la Corte costituzionale (11 aprile 2008 n. 96) si è pronunciata sulla questione escludendo l'illegittimità della legge, e ritenendo corretta l'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario, in dipendenza del fatto l'istituto in esame riguarda un credito di natura squisitamente civilistica, nascente da un contratto di prestazione d'opera professionale stipulato tra l'avvocato ed il cliente normalmente prima dell'instaurazione della controversia giudiziaria ed in ogni caso distinto e separato rispetto alla stessa. In altre parole, è stato valorizzato il carattere speciale della normativa, che limita il particolare rimedio ai soli rapporti intercorrenti tra professionista e privato concernenti una controversia civilistica instaurata innanzi al giudice civile, proprio in considerazione della opportunità e peculiarità di devolvere la cognizione del rapporto professionale cliente/avvocato allo stesso giudice che ha conosciuto la controversia “principale”. Ciò giustificherebbe la mancata estensione del procedimento speciale agli altri giudizi (diversi da quello civile), ed impedisce il configurarsi della denunciata disparità di trattamento.

La Corte, poi, non rileva neanche la pertinenza della denunciata violazione degli artt. 103 e 113 Cost. (norme relative alla tutela dei privati nei confronti dell'amministrazione), dal momento che il tipo di controversia fotografata dalla disposizione impugnata non contempla mai la presenza della p.a., ma riguarda solo questioni interpretate, insuscettibili di essere conosciute dal g.a.

Infine, proprio il fatto che la posizione soggettiva vantata dal professionista – a tutela della quale viene attivato il procedimento speciale di cui al citato art. 28 – ha la consistenza di diritto soggettivo, limita la giurisdizione in materia al solo g.o. (secondo l'ordinario criterio di riparto), dal momento che non potrebbe essere introdotta una ipotesi di giurisdizione *esclusiva* del g.a., per mancanza delle condizioni alle quali l'art. 103 Cost. subordina tale particolare giurisdizione: sussistenza di “particolari materie” nelle quali l'amministrazione agisce in veste di autorità.

2.13. Autotutela tributaria

In passato si è a lungo discusso circa l'individuazione dell'ordine giurisdizionale competente a sindacare l'esercizio dell'autotutela (annullamento e/o revoca degli atti illegittimi o infondati) da parte dell'amministrazione finanziaria, ai sensi dell'art. 2-*quater*, d.l. n. 564/1994 (convertito in l. n. 656/1994). In particolare, ad un orientamento che riteneva sussistente la giurisdizione amministrativa (espresso da Tar Toscana, sez. I, 22 ottobre 1999 n. 767, e da Cons. St., sez. IV, 9 novembre 2005 n. 6269) si è contrapposta la giurisprudenza della Corte di cassazione, favorevole al riconoscimento della giurisdizione delle Commissioni tributarie in materia (Cass. sez. un., 10 agosto 2005 n. 16776; Cass. sez. un., 27 marzo 2007 n. 7388).

Tale ultimo orientamento è stato ora recepito anche dal giudice amministrativo (Cons. St., sez. IV, 21 maggio 2008 n. 2396) che ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione (a favore delle Commissioni tributarie) in relazione alla richiesta di annullamento giurisdizionale del provvedimento col quale l'amministrazione finanziaria aveva respinto l'istanza di revisione in autotutela di un proprio atto impositivo avanzata dal contribuente. In particolare, il Consiglio di Stato ha aderito alla tesi secondo la quale l'ampia espressione “*tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie*” (contenuta nell'art. 2 del d. lgs. 546/92 recante *disposizioni sul processo tributario*) includerebbe anche le controversie relative all'esercizio dell'autotutela tributaria.

3. TERMINI E ACCELERAZIONE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

3.1. Accelerazione dei giudizi e rispetto dei valori costituzionali

La Corte costituzionale ha ritenuto compatibili con i principi della Costituzione i meccanismi volti ad una celere definizione delle controversie, a condizione che la scelta legislativa sia rivolta a particolari settori e che detti meccanismi non si risolvano in una riduzione delle garanzie di tutela piena ed effettiva di tutte le parti all'interno del processo.

In particolare, con la sentenza 26 giugno 2007 n. 237 sulla legittimità costituzionale dell'art. 3, co. 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater*, d.l. n. 245/2005 (Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dei rifiuti nella regione Campania), commi aggiunti dalla legge di conversione n. 21/2006, con riferimento alla scelta del legislatore di richiamare il peculiare regime processuale di cui agli artt. 23-*bis* e 26, l. Tar , ha ribadito come la previsione di forme celeri per la definizione delle controversie amministrative non possa considerarsi, di per sé, costituzionalmente illegittima, alla luce delle peculiarità che connotano le fattispecie in esame.

Come la Corte aveva, difatti, in passato (n. 427/1999) affermato - con riferimento a norme relative alla riduzione dei termini processuali - «l'ordinamento già conosce numerose leggi che, avvertendo l'esigenza di una rapida definizione del giudizio, in particolari e delicate materie, e di tempestiva salvaguardia dei relativi interessi (individuali e collettivi) coinvolti, [...] prevedono la riduzione a metà di tutti i termini processuali», ed ha, pertanto, ritenuto che una scelta legislativa siffatta - come, più in generale, tutte quelle a favore di modalità celeri di definizione del giudizio amministrativo - non siano incompatibili con il dettato costituzionale quando, come nella specie, venga assicurato il «rispetto di alcuni valori processuali, tra cui, in primo luogo, l'integrità del contraddittorio e la completezza e sufficienza del quadro probatorio ai fini della sentenza da adottare».

Analoghi principi possono ritenersi sottesi alla decisione della Corte n. 123 del 30 aprile 2008 sul meccanismo di definizione agevolata del procedimento innanzi alla Corte dei conti introdotto dall'art. 1, co. 231, 232 e 233, l. 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2006): anche qui la questione è stata ritenuta non fondata, in relazione agli artt. 24 e 111 Cost., in quanto l'operatività delle disposizioni denunciate presuppone comunque una valutazione di merito, da parte del giudice contabile, sul fatto che l'esigenza di giustizia possa ritenersi soddisfatta a mezzo della procedura accelerata.

3.2. Il giudizio abbreviato (art. 23-*bis*, l. Tar)

Nel corso del 2008 si sono riproposte alcune tra le questioni più problematiche relative al rito accelerato introdotto, nel contesto della l. Tar, dall'art. 4, l. n. 205/2000: alcune di esse sembrano aver trovato una più compiuta sistemazione (es.: i termini per la trasposizione del ricorso straordinario), per altre persistono incertezze e contrasti (es.: i termini per i motivi aggiunti).

3.2.1. Ambito oggettivo

Sul noto presupposto che le disposizioni acceleratorie contenute nell'art. 23-bis, l. Tar , derogando incisivamente all'ordinario regime processuale, devono essere considerate di stretta interpretazione e non possono perciò essere utilizzate estensivamente al di fuori delle ipotesi specificamente individuate dal legislatore al co. 1, la giurisprudenza le ha ritenute non applicabili ai giudizi aventi ad oggetto:

1) il risarcimento del danno conseguente ai provvedimenti indicati dal co. 1, anche quando siano stati impugnati, per l'incertezza vertente in materia di giurisdizione e pregiudizialità amministrativa, atti amministrativi, ma ormai definitivamente consolidati (Cons. giust. sic., 20 novembre 2008 n. 946 in materia espropriativa) o anche quando la domanda risarcitoria, originariamente proposta insieme all'impugnativa di atti, sia stata poi decisa separatamente (Cons. St., sez. IV, 31 luglio 2008 n. 3823);

2) il servizio di rimorchio, in quanto non servizio pubblico, ma servizio di interesse generale (Cons. St., sez. VI, 16 ottobre 2008 n. 5028);

3) gli atti con cui è stata formulata ed approvata la graduatoria per l'assegnazione dei lotti del piano di edilizia economica e popolare (Cons.St., sez. IV, 2 ottobre 2008 n. 4802);

4) l'ordinanza di requisizione di un terreno emessa ai sensi dell'art. 12, d.P.R. n. 915/1982 e dell'art. 7, l. n. 2248/1865 all. E, per fronteggiare l'emergenza rappresentata dalla indisponibilità di siti idonei a consentire lo stoccaggio di rifiuti solidi urbani (Cons. St., sez. V, 17 settembre 2008 n. 4436);

5) il rigetto dell'istanza di autorizzazione per la realizzazione di un nuovo impianto di distribuzione di carburanti (Cons. St., sez. V, 9 giugno 2008 n. 2857);

6) l'informativa prefettizia antimafia ex art. 10, d.P.R. n. 252/1998 (Cons. St., sez. VI, 19 agosto 2008 n. 3958);

7) la nomina a difensore civico (Tar Campania - Napoli, sez. I, 6 maggio 2008 n. 3380);

8) il diniego di iscrizione della società nel registro provinciale delle imprese che effettuano attività di recupero di rifiuti non pericolosi (Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008 n. 887);

9) la volturazione di una concessione di trasporto pubblico in favore del cessionario del ramo di azienda (Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2008 n. 87).

3.2.2. La riduzione dei termini processuali ed il deposito del ricorso

Risulta confermato l'orientamento secondo cui il co. 2 dell'art. 23-bis non ricomprende, nell'eccezione alla regola del dimezzamento dei termini, anche il termine stabilito per il deposito del ricorso e ciò in quanto l'espressione «proposizione» va riferita esclusivamente alla prima attività di predisposizione dell'atto introduttivo del giudizio e della sua notificazione, ma non include anche il

deposito, che deve essere effettuato entro quindici giorni decorrenti, non dalla consegna del plico all'ufficiale giudiziario, ma dal giorno in cui si è perfezionata la notificazione o, in caso di pluralità di destinatari, quando si è perfezionata l'ultima notificazione (Cons. St., sez. V, 23 giugno 2008 n. 3097).

Questa regola deve essere rispettata anche nel caso in cui il ricorrente abbia proposto prima ricorso gerarchico ed abbia poi intrapreso, per l'omessa pronuncia dell'Amministrazione gerarchicamente adita, la tutela giurisdizionale secondo il disposto dell'art. 6, d.lgs. n. 1199/1971 (Cons. St., sez. VI, 23 luglio 2008 n. 3647).

Il dimezzamento del termine per il deposito risulta ribadito anche nell'ipotesi di trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario, ai sensi dell'art. 10, d.lgs. n. 1199/1971: anche in tal caso, infatti, mentre il termine per la notifica sfugge alla regola della dimezzazione dei termini, poiché, pur avendo natura processuale, è riconducibile alla categoria dei termini per la proposizione del ricorso, diversamente, quello per il deposito dell'atto di trasposizione che, stante la sua natura processuale e la sua irriducibilità alla nozione di attività di proposizione del ricorso, non si sottrae al dimezzamento e va, quindi, determinato pure in quindici giorni (Cons. St., sez. V, 23 giugno 2008 n. 3104 e già Id., 24 luglio 2007 n. 4136).

3.2.3. Le varie ipotesi di “proposizione del ricorso”.

Persiste il problema di individuare le altre ipotesi di ricorso, diverse da quelle del ricorso introduttivo di primo grado, al fine di stabilire se esse siano sottratte o meno alla regola base del dimezzamento dei termini.

a) Motivi aggiunti

Secondo una tesi i motivi aggiunti devono essere sottratti al dimezzamento, sia che si tratti di motivi aggiunti avverso atti nuovi e, quindi, proposti ai sensi dell'art. 1 l. n. 205/2000, sia che si tratti di motivi avverso gli atti originariamente impugnati (Tar Sardegna, sez. I, 23 giugno 2008 n. 1248; Cons. St., sez. VI, 23 agosto 2007 n. 4480).

Secondo un'opposta impostazione tutti i motivi aggiunti, sia avverso gli atti già oggetto del ricorso originario, sia quelli avverso atti connessi, sono, invece, soggetti a dimezzamento, attesa la *ratio* acceleratoria del rito speciale e la non assimilabilità dei motivi aggiunti al ricorso originario (Cons. St., sez. IV, 5 marzo 2008 n. 949).

Per una tesi intermedia occorre, invece, distinguere tra motivi aggiunti avverso atti nuovi, non soggetti a dimezzamento, e motivi aggiunti avverso i medesimi atti già impugnati, soggetti invece al dimezzamento (Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2008 n. 2187 e 10 aprile 2008 n. 1543).

b) Ricorso incidentale

Risulta confermato il principio affermato dall'adunanza plenaria, con la decisione n. 5 del 31 maggio 2002, secondo cui, stante l'omogeneità del ricorso incidentale con quello principale, il termine per la sua proposizione non è da assoggettare al dimezzamento ed è, quindi, ai sensi dell'art. 37 r.d. n. 1054/1924, richiamato per i processi innanzi al Tar dall'art. 22, l. Tar, di 30 giorni.

Questo termine decorre dallo scadere del termine normativamente fissato per il deposito del ricorso principale, ed allora – secondo l'orientamento seguito dai giudici di primo grado - il termine complessivo di proposizione del ricorso incidentale è di 45 giorni dalla notifica del ricorso principale, dovendosi sommare il termine dimezzato per il deposito del ricorso principale, che è di 15 giorni, ai 30 giorni previsti dall'art. 37 citato (Tar Lazio-Roma, sez. II-*quater*, 8 ottobre 2008 n. 8825; Targa -Trento, 21 gennaio 2008 n. 10; Cons. St., sez. V, 11 maggio 2007 n. 2356; *contra* Cons. St., sez. V, 21 settembre 2005 n. 4940 che tiene fermo il termine di sessanta giorni: 30+30).

Il termine per il deposito in segreteria è, invece, sicuramente ridotto e sarà, dunque, pari a 5 giorni.

c) Regolamento di competenza.

Il ricorso per regolamento di competenza *ex art.* 31, l. Tar è soggetto al dimezzamento dei termini e il termine complessivo dimezzato è di 35 giorni.

Per il deposito, poi, dell'istanza in segreteria l'ulteriore termine di 10 giorni - non previsto espressamente ma ricavabile dal sistema (che prevede in genere un rapporto tra notificazione e deposito di 2 ad 1) - è dimezzato a 5 (Cons. St., sez. IV, 21 maggio 2008 n. 2395; Id., 18 settembre 2007 n. 4860).

d) Revocazione

Come per il ricorso introduttivo, la deroga alla regola della riduzione concerne anche il termine per la notificazione della revocazione, ma non riguarda il termine per il suo deposito. Sul termine per il deposito dell'atto di revocazione, rispetto alla tesi che esso debba farsi coincidere con quello previsto dall'art. 399 c.p.c., ossia 20 giorni da ridurre così a 10, sembra prevalere l'orientamento che esso sia, anche innanzi al Consiglio di Stato, lo stesso di quello previsto per l'impugnazione davanti al Tar, ovvero 30 giorni, da ridurre a 15 (Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 214).

e) Riassunzione

Stante la sua connotazione endoprocessuale, nel senso che esso è stabilito per il compimento di atti all'interno di un processo già instaurato, il termine semestrale per la riassunzione del giudizio è soggetto alla regola del dimidiamento (Tar Lazio-Roma, sez. I, 15 febbraio 2008 n. 1536; Cons. St., sez. IV, 5 settembre 2007 n. 4657, relative al caso di interruzione del giudizio e Cons. St., sez. V, 20 agosto 2008 n. 3969 che applica analogicamente l'art. 50 c.p.c. per la riassunzione a seguito di sentenza che dispone l'incompetenza funzionale del Tar adito).

3.2.4. La correzione del dispositivo

E' ribadito che in presenza di un errore su un elemento materiale nel dispositivo, individuato prima che la sentenza venga in essere nella sua complessiva identità, il giudice conserva un margine di intervento volto a sanare le difformità meramente esteriori tra il suo pensiero e la sua manifestazione. Pertanto, il dispositivo pubblicato ai sensi del co. 6 dell'art. 23-*bis* può essere corretto in sede di redazione della sentenza al fine di emendarlo da eventuali errori materiali compiuti al momento della sua adozione (Cons. St., sez. V, 7 novembre 2008 n. 5547).

3.2.5. L'appello immediato avverso il solo dispositivo

L'impugnazione del dispositivo è prevista dal co. 7 dell'art. 23-*bis* al fine di consentire l'immediata tutela cautelare e, pertanto, nell'atto d'appello avverso il dispositivo possono essere riproposte puramente e semplicemente le censure dedotte in primo grado.

Allorquando viene poi depositata la motivazione si ripristina, tuttavia, il principio del processo impugnatorio, con la conseguenza che i motivi di appello non possono consistere in una mera reiterazione delle doglianze formulate in prime cure, ma debbono sostanziarsi, a pena di inammissibilità, in puntuali critiche alle argomentazioni svolte dal giudice di primo grado nella sentenza (Cons. St., sez. V, 23 giugno 2008 n. 3099).

3.2.6. Termine breve per l'appello.

Nel processo amministrativo il termine breve per la proposizione dell'appello decorre solo nel caso in cui la notifica della sentenza di primo grado sia avvenuta presso il procuratore costituito (Cons. St., sez. IV, 6 giugno 2008 n. 2677). Tale regola vale anche nel caso di giudizi abbreviati di cui all'art. 23-*bis* e, quindi, il termine breve non potrà decorrere nel caso in cui la sentenza del Tar sia stata effettuata direttamente presso la sede dell'Amministrazione resistente e non già presso il domicilio del procuratore di primo grado (Cons. St., sez. V, 20 agosto 2008 n. 4009: nella specie, ha precisato la sez. V, che la sentenza di primo grado, ai fini della decorrenza del termine breve di appello, avrebbe dovuto essere notificata presso la segreteria del Tar, atteso che l'amministrazione

resistente, nel costituirsi in giudizio, non aveva eletto il domicilio nella circoscrizione del Tribunale)

3.2.7. Il rito accelerato in materia di infrastrutture e insediamenti produttivi strategici (art. 246 del codice dei contratti pubblici)

Contrasti si rintracciano in giurisprudenza circa l'interesse ad ottenere l'annullamento di provvedimenti inerenti le procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento.

Nello scorso anno il Tar Lazio-Roma, con la sentenza n. 11330 del 19 novembre 2007, aveva stabilito l'improcedibilità di un ricorso diretto ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione, nel caso in cui risulti che, al momento in cui il ricorso è stato posto in decisione, la p.a. appaltante abbia già stipulato il contratto di appalto, atteso che in tale ipotesi l'eventuale annullamento dell'aggiudicazione della gara non potrebbe comportare alcun vantaggio per l'impresa ricorrente.

Di contraria opinione il Tar Calabria - Catanzaro, sez. II, 29 ottobre 2008 n. 1480, ad avviso del quale la previsione del co. 4 dell'art. 246, per la quale "*la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente*", non implica che i giudizi avverso l'aggiudicazione delle suddette opere possano dichiararsi improcedibili, atteso che la norma in questione un qualche effetto all'eventuale annullamento dell'aggiudicazione lo riconosce, e cioè il risarcimento del danno.

3.3. Il giudizio immediato (artt. 21 e 26, l. Tar)

3.3.1. Generalità

L'applicazione dello strumento acceleratorio della decisione immediata nel merito del giudizio, con sentenza succintamente motivata, ai sensi degli art. 21, co. 10, e 26, co. 4, l. Tar, è subordinata, ove il Collegio ravvisi "*la manifesta fondatezza, ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza*" del ricorso, all'accertamento della completezza del contraddittorio e del materiale istruttorio (Cons. St., sez. V, 18 giugno 2008 n. 2991; Tar Campania - Napoli, sez. III, 5 giugno 2008 n. 5255; Tar Lazio-Roma, sez. III, 6 maggio 2008 n. 3705).

3.3.2. Contraddittorio e termini per la costituzione

L'art. 26, co. 5, subordina la definizione della controversia con decisione in forma semplificata a seguito della discussione dell'istanza cautelare in camera di consiglio alla sola completezza del contraddittorio, e non deroga al disposto dell'art. 36, r.d. n. 642/1907, in base al quale l'istanza cautelare deve essere discussa, salvo abbreviazione dei termini, nella prima camera di consiglio utile decorsi dieci giorni dalla notifica, durante i quali l'amministrazione e le parti interessate possono depositare e trasmettere memorie od istanze alla segreteria.

In base alla suddetta norma, quindi, la parte che riceve la notifica è posta in grado di sapere che decorsi dieci giorni l'istanza cautelare dovrà essere discussa, e che il tribunale amministrativo adito potrà usare tutti i poteri a sua disposizione in tale fase procedurale, ivi compreso quello di decidere nel merito la causa con sentenza in forma semplificata.

È, quindi, onere della parte intimata costituirsi tempestivamente, una volta ricevuta la notifica, in modo da presenziare alla discussione in camera di consiglio ed eventualmente fare presenti necessità difensive, tali da rendere necessario posticipare la spedizione della causa a sentenza.

Per la decisione in forma semplificata nel rispetto del principio del contraddittorio è sufficiente allora che vi sia stata la rituale notifica del ricorso e l'osservanza dei termini per la discussione sull'istanza incidentale in camera di consiglio, non rilevando l'osservanza dei termini a difesa di cui all'art. 22, l. Tar concernenti la fissazione dell'udienza pubblica (Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2008 n. 2287; V, 26 aprile 2007 n. 1882).

3.3.3. La consultazione delle parti costituite

Sebbene la lettera della legge configuri la previa consultazione delle parti costituite come adempimento obbligatorio per il Tribunale per la definizione, già in sede cautelare, del ricorso nel merito, tuttavia, in tanto tale adempimento può essere assolto dal Collegio in quanto le parti costituite compaiano anche in camera di consiglio, eventualmente al fine di rappresentare esigenze difensive incompatibili con la pronuncia della sentenza in forma abbreviata; ove, però, una delle parti costituite non interviene all'udienza camerale, bisogna ritenere che essa, sia pure per *facta concludentia*, abbia preventivamente accettato la possibilità di una definizione immediata del giudizio. Una diversa interpretazione, che subordinasse la definizione del giudizio nel merito in occasione dell'esame della domanda cautelare all'effettiva consultazione, e quindi alla comparizione in camera di consiglio dei difensori di tutte le parti costituite, verrebbe in sostanza a rimettere l'operatività dell'istituto processuale in esame all'esclusiva disponibilità delle parti stesse, che potrebbero paralizzare il potere del Collegio di definire la lite nel merito semplicemente non comparendo alla camera di consiglio fissata per la deliberazione dell'istanza cautelare. Ciò

costituirebbe un esito interpretativo non solo incompatibile con la *ratio* acceleratoria che ispira la riforma processuale operata con la l. n. 205/2000, ma anche in palese contrasto con il principio della ragionevole durata del processo consacrato dal secondo comma dell'art. 111 Cost., dal momento che, così opinando, si verrebbe ad impedire, in assenza di apprezzabili ragioni di ordine processuale, l'immediata definizione di ricorsi di pronta soluzione, con una conseguente, ingiustificata, dilatazione dei tempi del giudizio (Tar Puglia - Lecce, sez. III, 3 marzo 2008 n. 657; Tar Sicilia - Catania, sez. I, 8 febbraio 2008 n. 227).

In ogni caso non costituisce condizione per l'applicazione della disposizione acceleratoria di cui all'art. 26, co. 4, l'acquisizione del consenso delle parti, le quali devono essere solo informate, se presenti, dell'intenzione del giudice di decidere la causa con sentenza in forma semplificata (Cons. St., sez. IV, 23 settembre 2008 n. 2630).

E' da precisare, però, che - secondo un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato - l'informazione data alle parti costituite della possibilità di definizione nel merito della controversia deve essere riferita specificamente alla singola controversia e non può essere considerata validamente sostituita dall'avvertimento eventualmente fatto in sede di "preliminari d'udienza" per tutte le istanze cautelari da chiamare nella camera di consiglio (Cons. St., sez. IV, 19 maggio 2008 n. 2296).

3.3.4. Omessa indicazione della formula di rito sulla sussistenza dei presupposti richiesti per il giudizio immediato

In sede di stesura della decisione assunta in camera di consiglio e resa con motivazione in forma semplificata, l'omessa indicazione della formula di rito in ordine alla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge non costituisce di per sé vizio della decisione, ma piuttosto la ritualità della stessa in ordine all'esistenza effettiva di tali presupposti è conoscibile e sindacabile in appello ove venga con esso denunciato un errore sulle norme di rito, che abbia determinato un vizio del contraddittorio (Cons. St., sez. IV, 29 luglio 2008 n. 3715).

D'altronde non rileva autonomamente la forma semplificata della sentenza, quale vizio distinto dall'errore di giudizio in cui il giudice di primo grado è eventualmente incorso nel ritenere l'inammissibilità e l'irricevibilità del ricorso. L'effetto devolutivo dell'appello opera, infatti, nel senso di trasferire al giudice di appello la cognizione piena della questione, indipendentemente dalla forma semplificata o meno della sentenza impugnata (Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2008 n. 35).

3.3.5. Sentenza succintamente motivata e cause decise in udienza pubblica

E' ormai consolidato l'orientamento secondo cui la disposizione dell'art. 26 l. Tar, come novellato dalla l. n. 205/2000, laddove prevede la possibilità di decidere la causa con sentenza semplificata quando se ne ravvisi la manifesta fondatezza ovvero, irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza, espressamente dettata per i giudizi in sede cautelare, è estensibile in via interpretativa alle cause decise in udienza pubblica (Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2008 n. 3057; Tar Liguria, sez. II, 11 luglio 2008 n. 1474 e 16 maggio 2008 n. 1020; Tar Lazio - Latina, 29 gennaio 2008 n. 74)

3.4. Il giudizio avverso il silenzio (art. 21-bis, l. Tar)

3.4.1. Generalità

Prosegue la fase di assestamento originata dalla riscrittura dell'art. 2, l. n. 241/1990 e dell'art. 21-bis, l. Tar, ad opera delle ll. 21 febbraio 2005 n. 15 e 14 maggio 2005 n. 80 (vd. Rassegna 2007, § 6).

Molti tratti salienti di questo rito speciale sono ora compendati nella decisione n. 4362 del 16 settembre 2008 della IV sezione, alla quale si devono le seguenti precisazioni:

1) il giudizio disciplinato dall'art. 21-bis, l. Tar, benché collegato, sul piano logico – sistematico, al dovere imposto a tutte le amministrazioni pubbliche di concludere tutti i procedimenti mediante l'adozione di provvedimenti espressi, nei casi in cui essi conseguano obbligatoriamente ad una istanza ovvero debbano essere iniziati d'ufficio (secondo la previsione dell'art. 2, l. n. 241/1990), postula pur sempre l'esercizio di una potestà amministrativa, rispetto alla quale la posizione del privato si configura come un interesse legittimo;

2) scopo del ricorso avverso il silenzio rifiuto è quello di ottenere un provvedimento esplicito dell'amministrazione che elimini lo stato di inerzia e assicuri al privato una decisione che investe la fondatezza o meno della sua pretesa, fermo restando, in ogni caso, che al giudice adito non è concesso di sindacare il merito del procedimento amministrativo non portato a compimento, dovendo egli limitarsi a valutare l'astratta accoglibilità della domanda del privato, senza sostituirsi agli organi di amministrazione attiva circa gli apprezzamenti e le scelte discrezionali, che restano di esclusiva competenza di questi ultimi;

3) la procedura per la constatazione del silenzio – rifiuto non può essere utilizzata per ottenere la riapertura di procedimenti già definiti in sede amministrativa ovvero per rimettere in discussione provvedimenti ormai divenuti inoppugnabili;

4) correlativamente non sussiste l'obbligo dell'amministrazione di provvedere (e, di conseguenza, non si è in presenza di un silenzio rifiuto) allorquando l'interessato, attraverso la

procedura del silenzio – rifiuto, abbia sollecitato l'esercizio del potere di autotutela, non sussistendo rispetto a questo una posizione di interesse legittimo, ma di mero interesse di fatto, anche per la mancanza di un obbligo dell'Amministrazione di attivarsi in via di autotutela;

5) le novità introdotte dal d. l., n. 35/2005, convertito con modificazioni dalla l. n. 80/2005, con la riformulazione dell'art. 2, l. n. 241/1990 (novità individuate nell'eliminazione della necessità della diffida all'amministrazione quale condizione di proponibilità dell'azione ex art. 21 *bis*; nella sostituzione del termine ordinario di sessanta giorni di decadenza per la proposizione del ricorso ex art. 21-*bis*, con il più lungo termine di un anno, decorrente dallo scadere del termine di conclusione del procedimento; nella previsione che "il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza della pretesa"; nella possibilità, infine, di reiterare l'istanza ove ne ricorrano i presupposti), non sono idonee a mutare il delineato quadro giurisprudenziale;

6) in particolare, la previsione secondo cui "il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza della pretesa" non vuole attribuire al giudice un potere da esercitarsi nell'ambito di un rito speciale improntato ad esigenze di snellezza, ma solo facoltizza, e non obbliga, il giudice a conoscere della fondatezza della pretesa, senza autorizzarlo a sostituirsi in via diretta alla p.a. adottando il provvedimento richiesto;

7) la norma in questione non ha inteso istituire una ipotesi senza confini di giurisdizione di merito ma, più limitatamente, ha attribuito al giudice, nei limiti della propria preesistente giurisdizione di legittimità o esclusiva, uno strumento processuale ulteriore nella stessa logica acceleratoria del contenzioso che ha ispirato l'intervento riformatore del 2000, così che, nell'ambito del giudizio sul silenzio, il giudice potrà conoscere dell'accogliibilità dell'istanza: a) nelle ipotesi di manifesta fondatezza, allorché siano richiesti provvedimenti amministrativi dovuti o vincolati in cui non c'è da compiere alcuna scelta discrezionale che potrebbe sfociare in diverse soluzioni, e fermo restando il limite della impossibilità di sostituirsi all'amministrazione e con la precisazione – ulteriore rispetto a quanto già puntualizzato dalla VI sez. con la dec. n. 2318/2007 (sulla quale vd. Rassegna 2007, § 6.1.) che si potrà solo condannare l'amministrazione ad adottare un provvedimento favorevole dopo aver valutato positivamente l'*an* della pretesa e nulla di più; b) nell'ipotesi in cui l'istanza è manifestamente infondata, sicché risulti del tutto diseconomico obbligare la p.a. a provvedere laddove l'atto espresso non potrà che essere di rigetto. Puntualizza poi la VI Sezione che la possibilità di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza "deve ritenersi limitata ai casi in cui venga in rilievo un'attività interamente vincolata della p.a., che non postuli accertamenti valutativi complessi e sempre che non sia prevalente il profilo concernente la sussistenza dell'obbligo della p.a. di emettere una pronuncia esplicita sull'istanza del privato" (26 novembre 2008 n. 5843).

3.4.2. Cumulo di domande

a) ricorso avverso il silenzio e motivi aggiunti avverso l'atto espresso sopravvenuto

Prende maggiormente corpo l'orientamento secondo cui i provvedimenti ulteriori, connessi funzionalmente a quelli oggetto del ricorso iniziale non possono essere impugnati con motivi aggiunti ove il ricorso originario sia stato introdotto con il rito speciale *ex art. 21-bis*, essendo su un piano processuale incompatibile il procedimento camerale con quello ordinario. Nondimeno, ove all'originaria domanda diretta avverso il silenzio inadempimento segua un'azione di tipo impugnatorio introdotta con motivi aggiunti, dall'errore di procedura non consegue un'automatica dichiarazione d'inammissibilità del sopraggiunto gravame, dovendo il giudice amministrativo dare applicazione al principio di cui all'art. 156, co. 2, c.p.c. e verificare se, nel caso concreto, siano stati rispettati i termini e le modalità dettati per il rito ordinario, analogamente a quanto avveniva, ancor prima della l. n. 205 del 2000, nella similare ipotesi dell'erronea impugnazione di un provvedimento con ricorso per esecuzione di giudicato (Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008 n. 897).

b) ricorso avverso il silenzio e ricorso impugnatorio

Analogo meccanismo di conversione viene suggerito nel caso di impugnativa di un silenzio inadempimento e, in subordine, di un provvedimento: a condizione che non vengano compromessi i termini perentori del processo ordinario e che la domanda introdotta in giudizio possieda tutti i requisiti di sostanza e di forma per essere trattata ai fini dell'annullamento del provvedimento impugnato, a nulla rilevando invece che essa sia proposta, sin dall'inizio della causa, insieme ad una domanda *ex art. 21-bis*, dal momento che la legge non contempla alcuna espressa comminatoria di sanzione processuale di nullità o inammissibilità per la mera contestualità delle domande (Tar Sicilia - Catania, sez. I, 28 febbraio 2008 n. 393).

c) ricorso avverso il silenzio e ricorso per l'accesso ai documenti amministrativi

Sussiste incompatibilità fra le domande avverso il silenzio ed in materia di accesso, in quanto i due riti speciali, sebbene strutturati secondo un modello in buona parte comune, presentano differenze, strutturali e sostanziali, di rilievo, che ne impediscono la riduzione ad unità.

In relazione all'aspetto strutturale, infatti, l'art. 21 *bis* stabilisce per l'appello il termine breve di novanta giorni dalla comunicazione della pubblicazione della sentenza di primo grado, non previsto invece dall'art. 25, co. 5, l'art. 21-*bis* prevede espressamente che la sentenza sia succintamente motivata, mentre analoga previsione non ricorre nell'art. 25 co. 5, ed inoltre nei soli

giudizi in materia di accesso è consentito alle parti private di stare in giudizio personalmente ed alle amministrazioni di essere rappresentate e difese da un proprio dirigente.

In ordine poi agli aspetti sostanziali, il giudizio in materia di accesso - a prescindere dalla questione circa il carattere delle posizioni soggettive coinvolte - ha comunque natura impugnatoria e funzione tipicamente strumentale, laddove il silenzio-inadempimento costituisce nulla più che una condotta inerte dell'amministrazione, la cui impugnativa può condurre anche alla tutela di situazioni giuridiche finali, atteso che il nuovo testo dell'art. 2, co. 5, l. n. 241/1990 stabilisce che il giudice "può conoscere della fondatezza dell'istanza", e non limitarsi a sancire l'obbligo dell'amministrazione di provvedere; correlativamente, in materia di accesso al giudice amministrativo è riconosciuta la giurisdizione esclusiva, mentre l'azione contro il silenzio-inadempimento presuppone l'esistenza della giurisdizione amministrativa relativamente alle situazioni soggettive sottostanti.

La reciproca incompatibilità, in ossequio al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, deve essere risolta dichiarando inammissibile l'azione contro il silenzio, la quale non pone problemi attuali di decadenza ed è, in ogni caso, sempre riproponibile, eventualmente previa presentazione di una nuova domanda di avvio del procedimento (Tar Toscana, sez. II, 30 giugno 2008 n. 1693).

3.4.3. Termine annuale e diffida

Il decorso del termine annuale previsto dal novellato art. 2 l. n. 241/1990 non può che incidere sulla possibilità degli interessati di agire senza previa diffida, ma non può dar luogo ad un'inammissibile consolidazione della condotta omissiva illegittima, in assenza di qualsiasi comminatoria di decadenza, nonché in ragione degli incompressibili principi coinvolti (Cons. St., sez. VI, 11 novembre 2008 n. 5628).

3.4.4. Condanna a provvedere e esauribilità del potere dell'amministrazione

L'Amministrazione mantiene il potere di provvedere, malgrado la scadenza del termine assegnato in sentenza, fino all'insediamento del Commissario *ad acta*, mentre, dopo l'insediamento di questi, il potere di provvedere si trasferisce appunto in capo al Commissario e l'amministrazione ne viene esautorata, sicché l'atto eventualmente da questa adottato risulta affetto da nullità insanabile (Tar Sicilia - Palermo, sez. I, 8 aprile 2008 n. 454).

3.5. Il giudizio in materia di accesso ai documenti amministrativi (art. 25, l. n. 241/1990)

3.5.1. Natura giuridica del diritto d'accesso

Risulta incidentalmente affermata, anche dal Consiglio di Stato, la natura di diritto soggettivo del diritto d'accesso (Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 593) e si precisa che il giudizio *ex art. 25, l. n. 241/1990* mira, normalmente, a verificare, in concreto, la fondatezza della pretesa fatta valere dagli interessati e non la legittimità degli atti negativi, espressi o taciti, adottati dall'amministrazione (Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008 n. 4033).

Purtuttavia viene statuita l'inammissibilità del ricorso che non sia stato notificato ad almeno uno dei controinteressati (Cons. St., sez. V, 20 maggio 2008 n. 2384).

3.5.2. Termine dell'impugnativa

E' pacifico che il termine di trenta giorni per impugnare il diniego di accesso è un termine decadenziale, dovendosi configurare il giudizio avverso le determinazioni dell'amministrazione in materia di accesso agli atti amministrativi come giudizio impugnatorio, giusta quanto affermato dall'adunanza plenaria, con le decisioni 18 aprile 2006 n. 6, e 20 aprile 2006 n. 7 (Cons. St., sez. V, 7 maggio 2008 n. 2100).

Il termine per l'istante decorre o dalla comunicazione del diniego o del differimento o dal maturarsi dei trenta giorni dalla proposizione dell'istanza.

Occorre, tuttavia, considerare che sussistono in giurisprudenza opinioni contrastanti circa l'applicabilità dell'art. 10-*bis* l. n. 241/1990 al procedimento in materia di accesso, con le correlate conseguenze circa il computo del termine per la definizione del procedimento.

Per una parte della giurisprudenza la disposizione non troverebbe applicazione sia in base all'elemento testuale, in quanto l'elenco dei procedimenti cui non è applicabile, contenuto in tale disposizione, non ha carattere tassativo, sia in base al dato sistematico, poiché il procedimento di accesso realizza un interesse meramente partecipativo, strumentale alla soddisfazione di un interesse primario, che non si concilia con la previsione di un'ulteriore fase subprocedimentale (Tar Lazio - Roma, sez. II, 7 gennaio 2008 n. 71); per un'altra parte l'art. 10-*bis* è norma generale da ritenersi applicabile anche ai procedimenti in materia di accesso e, dunque, il termine di trenta giorni per la conclusione del procedimento per l'accesso agli atti può essere interrotto per effetto del preavviso di rigetto (Tar Puglia - Bari, sez. III, 4 giugno 2008 n. 1388).

Nel caso in cui l'interessato si sia precedentemente rivolto al difensore civico, l'ulteriore termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale decorre, come stabilisce il co. 4 dell'art. 25, dalla data di ricevimento della determinazione adottata dal medesimo difensore civico, fermo restando che l'onere di allegare e provare la data di ricezione della suddetta determinazione incombe

sul ricorrente cui sia eccepita la tardività nella presentazione del ricorso (Tar Veneto, sez. I, 4 febbraio 2008 n. 418).

In ogni caso la normativa speciale che disciplina il regime processuale delle controversie sull'accesso non è modificata dalla normativa di cui all'art. 23 *bis*, sicché se la domanda di accesso è rivolta ad un'autorità amministrativa indipendente resterà applicabile solo l'ordinario rito – comunque per parte sua già accelerato – dell'art. 25, l. n. 241/1990 (Cons. St., sez. VI, 26 novembre 2008 n. 5840).

3.5.3. Rapporti con il c.d. accesso istruttorio

Anche se è pendente un procedimento giurisdizionale per l'annullamento di un provvedimento amministrativo e la parte ricorrente intenda acquisire i documenti, negati da controparte, comprovanti l'illegittimità di tale provvedimento, si è ritenuto che non sussiste l'obbligo di proporre la relativa domanda all'interno del giudizio pendente, con inammissibilità di proposizione di un'autonoma "*actio ad exhibendum*", poiché il pur riconoscibile contrasto con le esigenze di concentrazione e di economia processuale sottese all'art. 1, co. 1, l. n. 205/2000, non appare idoneo, in caso di proposizione di autonomo giudizio *ex art.* 25, co. 5, l. n. 241/1990, a concretare un abuso dello strumento giuridico, stante anche il diverso esito delle due domande: un'ordinanza istruttoria basata su un mero giudizio di rilevanza in quel procedimento giurisdizionale della documentazione richiesta o una sentenza, emessa entro trenta giorni, attinente ad un diritto soggettivo all'accesso (Tar Lazio-Roma, sez. III-*quater*, 26 marzo 2008 n. 2599).

3.6. Il regolamento di competenza (art. 31, l. Tar)

3.6.1. Notificazione dell'istanza

Nelle decisioni del 17 gennaio 2008, nn. 108, 109 e 110 e n. 3891 del 4 agosto 2008 la VI sezione ha ribadito i seguenti principi in ordine alla notifica dell'istanza per regolamento di competenza:

- l'espressione "parti in causa", contenuta nell'art. 31, co. 3, l. Tar, si riferisce alle sole parti evocate in giudizio o comunque in esso presenti perché spontaneamente costituitesi;

- l'istanza di regolamento di competenza va notificata a tutte le parti in causa che non vi abbiano aderito, ritenendosi per parti in causa sia quelle evocate in giudizio che quelle presenti come interventori;

- è, quindi, inammissibile l'istanza di regolamento di competenza che non sia stata notificata a tutte le parti evocate in giudizio, anche se non costituitesi in esso;

- non è ammissibile un'analisi sulla reale natura di controinteressati dei diversi soggetti, sia per dedurre che l'istanza di regolamento debba essere notificata a soggetti diversi da quelli evocati in giudizio ma in possesso della reale qualità di controinteressati, sia per escludere che debba essere notificata ad alcuno dei soggetti concretamente evocati in giudizio, in quanto privi della qualità reale di controinteressati;

- la possibilità di integrare successivamente il contraddittorio, prevista per il ricorso giurisdizionale amministrativo dall'art. 21, co. 1, l. Tar, non è data anche per l'istanza di regolamento di competenza la quale, entro il termine di venti giorni, deve essere notificata a pena di inammissibilità a tutte le "parti in causa"; ostano a tale possibilità le peculiari esigenze di celerità imposte per tale tipo di giudizio e la perentorietà dei relativi termini (Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2008 n. 1855).

3.6.2. Termini per la proposizione del regolamento di competenza da parte dell'interveniente

L'interveniente volontario è titolare della potestà di proporre istanza per regolamento di competenza al pari delle parti necessarie, indipendentemente dalla circostanza che questi sia destinatario della notifica del ricorso introduttivo.

Occorre, però, considerare che vi è un *favor* del legislatore per il mantenimento della competenza, dimostrato dalla previsione di un termine massimo perentorio per la proposizione del regolamento medesimo coincidente con lo spirare del settantesimo giorno a far tempo dalla notificazione del ricorso.

Ed allora la coniugazione tra le enunciate proposizioni consente di reputare che, se per l'interveniente non destinatario della notifica il *dies a quo* non può coincidere, ai fini del computo del termine per la costituzione, con la notificazione del ricorso principale, per altro verso la possibilità di determinare lo spostamento della competenza quando siano spirati i termini sopra descritti non può che competere, limitando la disamina agli interventori oppositivi, all'interventore che sia portatore di un interesse giuridicamente rilevante alla conservazione del provvedimento, ossia al controinteressato pretermesso o, a tutto concedere, al controinteressato non agevolmente identificabile in forza dell'impugnata determinazione (Cons. St., sez. VI, 8 giugno 2008 n. 3012).

3.6.3. Termine per il deposito del regolamento di competenza

Secondo un orientamento più recente l'istanza per regolamento di competenza deve essere depositata entro il termine perentorio non di trenta giorni dall'ultima notificazione, come per il ricorso giurisdizionale, ma di dieci giorni. In difetto di espressa indicazione legislativa ciò si

desumerebbe da una costante del sistema che prevede sempre un termine di deposito dimezzato rispetto al termine di proposizione del ricorso, sicché al termine di venti giorni per proporre il regolamento corrisponderebbe un termine di dieci per il deposito (Cons. St., sez., IV, 21 maggio 2008 n. 2395 e 18 settembre 2007 n. 4860)

3.6.4. Regolamento di competenza nei giudizi in materia di accesso

La proposizione dell'istanza di regolamento di competenza segue le regole poste dall'art. 31, l. Tar anche nel caso in cui afferisca ad un giudizio in materia di accesso ai documenti amministrativi.

L'art. 31, l. Tar, nel disciplinare lo specifico procedimento del regolamento di competenza, ha, infatti, fissato un principio processuale di carattere generale in ordine al rito da seguire sulle questioni di competenza territoriale, applicabile, in assenza di espressa deroga, a tutta la tipologia di ricorsi davanti al giudice amministrativo di primo grado. Né una deroga sarebbe implicitamente desumibile dal particolare rito previsto dei ricorsi in materia di accesso, in quanto la specialità riguarda unicamente l'abbreviazione dei termini per la proposizione di detti ricorsi e la decisione degli stessi che deve avvenire, anziché in udienza pubblica, in camera di consiglio entro il termine di trenta giorni prefissato dal legislatore; termine quest'ultimo, tuttavia, chiaramente di natura ordinatoria (Tar Lazio-Roma, sez. II, 17 gennaio 2008 n. 294).

3.6.5. Poteri del Consiglio di Stato

In sede di regolamento di competenza, il Consiglio di Stato non è legittimato ad assumere alcuna decisione su eventi attinenti al giudizio principale, esaurendosi il suo compito, a norma dell'art. 31, l. Tar, nella sola individuazione del giudice territorialmente competente (Cons. St., sez. IV, 2 aprile 2008 n. 1372 che, nella specie, ha escluso di poter prendere atto di una sopravvenuta rinuncia al ricorso).

3.7. Termini per documenti e memorie (art. 23, l. Tar)

Merita, infine, di essere segnalata la giurisprudenza sull'art. 23, co. 4: seppur i termini per la produzione di documenti ed il deposito di memorie non siano ascrivibili a meccanismi acceleratori, ma riguardino un adempimento, peraltro non necessario, del giudizio ordinario, la giurisprudenza più recente legge l'istituto sotto la lente dei principi del giusto processo e dell'efficacia della decisione giurisdizionale, cui pure si ascrivono le principali questioni sollevate dai riti speciali accelerati.

3.7.1. Termine per la produzione di documenti

Va evidenziata, per il particolare approfondimento dedicato al termine per la produzione di documenti di cui all'art. 23, co. 4, l. Tar, la decisione n. 1080 del 13 marzo 2008 della VI sezione del Consiglio di Stato, che – in linea con quanto già statuito con la decisione n. 1560 del 6 aprile 2007 - ha ritenuto legittima la scelta del giudice di prime cure di prendere in esame, nonostante l'opposizione della controparte, la documentazione prodotta in ritardo rispetto al termine dei venti giorni liberi anteriori all'udienza e trattenere la causa per la decisione.

La sezione ha osservato che:

- i termini posti dall'art. 23 per documenti e memorie svolgono la duplice funzione di garantire la pienezza del contraddittorio e l'ordinato svolgimento del giudizio;

- la norma, tuttavia, non qualifica espressamente detti termini come perentori, né afferma che essi siano stabiliti a pena di decadenza, affidando all'interprete il compito di definire le conseguenze derivanti dalla loro inosservanza, sicché, applicando il principio espresso dall'art. 152 c.p.c., secondo il quale "i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiari espressamente perentori", la giurisprudenza ha seguito un indirizzo interpretativo articolato e complesso, volto ad individuare le conseguenze del mancato rispetto degli indicati termini, distinguendo, in tale prospettiva tra termini per le memorie e termini per le produzioni documentali e ponendo, inoltre, l'attenzione anche sulla rilevanza del documento in relazione all'oggetto del giudizio e alla circostanza che esso sia effettivamente collegato con gli atti del procedimento sostanziale all'origine della specifica controversia;

- con particolare riguardo ai documenti prodotti dall'amministrazione, purché direttamente connessi con l'oggetto della domanda, si è correttamente rilevato che non avrebbe alcun senso precluderne l'esibizione dopo lo spirare del termine previsto dall'art. 23 o anche il giorno stesso dell'udienza, dal momento che il deposito di tali documenti costituisce addirittura un obbligo (e non un mero potere difensivo) gravante sul soggetto pubblico, indipendentemente dalla circostanza che esso si sia costituito in giudizio per resistere alla domanda e che il dovere di produzione documentale (che, oltretutto, potrebbe essere sollecitato d'ufficio dal giudice) resta intatto anche nei casi in cui gli atti esibiti possano risultare oggettivamente favorevoli all'amministrazione stessa;

- l'amministrazione potrebbe comunque produrre il documento anche in grado di appello non operando la limitazione di cui all'art. 345 c.p.c. nel giudizio amministrativo, non applicandosi in generale, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, nel giudizio di legittimità e non riguardando, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, il divieto di nuove prove in appello le prove documentali precostituite;

- il potere istruttorio di ufficio, peraltro, potrebbe essere esercitato anche in grado di appello, sicché vi sarebbe alcun concreto interesse a dedurre l'irritualità della produzione documentale effettuata in primo grado, perché tale atto potrebbe comunque essere acquisito dal giudice d'appello, anche in mancanza di apposita istanza, se ritenuto rilevante ai fini della decisione;

- a fronte della produzione documentale effettuata dall'amministrazione, sia pure dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 23, pertanto, la mera opposizione del ricorrente, ancorché esplicitata, non assume alcun valore preclusivo, spettando al giudice il compito di verificare l'utilità del documento ai fini istruttori;

- in tali circostanze sorge solo il diverso problema dell'opportuno coordinamento con il principio di rispetto del contraddittorio e con la necessità di assicurare un congruo spazio temporale di difesa del soggetto interessato, esigenza questa che, tuttavia, deve essere valutata in concreto e non in astratto, tenendo conto di una pluralità di circostanze, quali la maggiore o minore complessità del materiale istruttorio esibito dall'amministrazione, la dimostrazione (o la probabilità) che il documento sia conosciuto dall'interessato, l'univocità degli effetti (sostanziali o processuali) derivanti dall'atto in questione;

- in tale prospettiva il giudice, nell'esercizio dei propri poteri di governo del processo, conserva quindi la facoltà di decidere quando sia preferibile (o necessario) stabilire un breve differimento dell'udienza di discussione, per consentire a tutte le parti di valutare il documento e sviluppare le rispettive difese, con la precisazione che tale potere diventa un vero e proprio obbligo quando la parte interessata chieda espressamente un termine a difesa per la proposizione di motivi aggiunti, spettando, in tali eventualità, alla parte interessata l'onere di rappresentare le ragioni che possono giustificare non già lo stralcio del documento ma, piuttosto, il differimento dell'udienza per predisporre nuove difese.

3.7.2. Termine per la presentazione di memorie difensive

Diversamente, per le memorie difensive la IV sezione, con la decisione n. 3930 dell'8 agosto 2008, ha stabilito che non può tenersi conto delle memorie depositate dalla parte dopo la scadenza del termine di dieci giorni prima dell'udienza, previsto per tali adempimenti dall'art. 23 l. Tar, applicabile anche al giudizio d'appello, essendo espressione del generale principio di rispetto e garanzia del contraddittorio, a sua volta riconducibile al principio dell'equo processo (di cui all'art. 6 della CEDU), al quale è altresì funzionale pure la necessità che il giudice sia messo in condizione di conoscere con agio gli atti processuali.

In precedenza (Cons. St., sez. V, 22 novembre 2005 n. 6490) si era ritenuto che l'efficacia interdittiva dell'art. 23 fosse superabile con l'espressa accettazione del contraddittorio dalla

controparte (così anche Tar Lazio, Roma, sez. II-ter, 15 giugno 2007 n. 5503), ma che il termine finale da esso fissato dovesse quantomeno segnare il momento ultimo per la proposizione delle eccezioni di parte non rilevabili d'ufficio (quale, ad es., il disconoscimento della scrittura privata), sul presupposto che una diversa interpretazione della norma priverebbe l'art. 23 di qualunque valenza precettiva.

3.8. Termini dell'appello incidentale.

Appello incidentale autonomo

Merita, infine, di essere segnalata la copiosa giurisprudenza di quest'anno in ordine all'appello incidentale c.d. improprio o autonomo.

Premesso che è qualificabile come appello incidentale c.d. proprio o subordinato il rimedio incidentale di carattere subordinato volto ad eliminare la soccombenza dell'appellato nei confronti dell'appellante e tendente a paralizzare l'azione *ex adverso* proposta, per l'ipotesi della sua ritenuta fondatezza, secondo la logica della c.d. impugnazione condizionata, mentre l'appello incidentale c.d. improprio o autonomo è quell'impugnativa con cui la parte fa valere un autonomo interesse a proporre gravame avverso la sentenza e più esattamente avverso un capo della stessa privo di vincoli di dipendenza o di connessione con quelli impugnati *principaliter*, e che la parte appellata avrebbe potuto utilmente proporre anche mediante appello principale, in tal modo configurandosi quale conseguenza dell'introduzione nell'ambito del giudizio amministrativo della previsione di cui all'art. 333 c.p.c., nella logica del *simultaneus processus*, la giurisprudenza prevalente ritiene che il secondo non possa che essere soggetto ai termini ordinari per la proposizione dell'appello.

E più precisamente, l'appello incidentale autonomo deve essere proposto entro sessanta giorni dalla notifica della sentenza, che, com'è noto, è idonea a far decorrere il termine breve di impugnazione nei confronti sia del notificando che del notificante, ovvero entro sessanta giorni dalla data di notifica dell'appello principale, se antecedente alla data di notifica della sentenza di primo grado (termini tutti dimezzati nel rito speciale di cui all'art. 23-bis, l. Tar) o, in ogni caso, nel termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c., che è pari ad un anno dalla pubblicazione della sentenza per il giudizio ordinario, mentre nel rito accelerato è autonomamente fissato in centoventi giorni dalla pubblicazione della sentenza (Cons. St., sez. IV, 25 novembre 2008 n. 5811; sez. VI, 12 novembre 2008 n. 5649; sez. IV, 19 maggio 2008 n. 2299; sez. VI, 22 aprile 2008 n. 1837).

Un diverso orientamento è stato espresso dalla VI Sezione (decc. 19 maggio 2008 nn. 2279 e 2280) in un caso in cui con il ricorso incidentale si poneva la questione della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo.

Essa ha, infatti, ritenuto la ricevibilità di un appello incidentale (autonomo) tardivo (ossia, successivo al decorso del termine di cui all'art. 28, l. Tar, normalmente valevole per l'appello incidentale autonomo, ma non anche a quello di cui all'art. 37, t.u. C.d.S., applicabile all'appello incidentale subordinato), anche laddove appunto con il ricorso incidentale erano stati impugnati capi della sentenza diversi da quelli impugnati con il gravame principale ovvero, non dipendenti o connessi a questi ultimi.

Richiamando una giurisprudenza del Consiglio di Stato risalente agli anni '90, essa afferma che, "in analogia a quanto previsto nell'ambito del processo civile dall'art. 334 del codice di rito, non esiste alcun limite oggettivo all'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva".

4. LA RESPONSABILITÀ DELLA P.A.

4.1. La natura della responsabilità della p.a.

La questione della natura della responsabilità della p.a. per i danni causati dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa non sembra essere al centro dell'attenzione della giurisprudenza: a fronte dei contrasti emersi in passato tra le tesi della responsabilità della p.a. come responsabilità (contrattuale) da contatto amministrativo qualificato, della responsabilità precontrattuale quale modello prevalente e della responsabilità speciale (v. rassegna dell'Ufficio studi del 2007), la prevalente giurisprudenza ha continuato ad inquadrare la responsabilità della p.a. all'interno della responsabilità extracontrattuale (Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2008 n. 5124; sez. IV, 29 luglio 2008 n. 3723; sez. VI, 19 giugno 2008 n. 3059; Tar Puglia - Bari, sez. I, 29 settembre 2008 n. 2249; Tar Marche Ancona, sez. I, 16 luglio 2008 n. 835; Cass., sez. I, 22 febbraio 2008 n. 4539).

Il richiamo al modello della responsabilità contrattuale (Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157) è stato definito dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato "un precedente isolato" (Cons. St., ad. plen., 3 dicembre 2008 n. 13).

La responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. costituisce, quindi, il modello prevalente, cui viene ricondotta la maggiore parte delle fattispecie di danni causati dalla p.a. nell'esercizio di attività illegittima; tuttavia, ciò non esclude che in più limitati casi la responsabilità dell'amministrazione possa essere inquadrata in altro modello.

Innanzitutto, in molti casi attinenti all'iter formativo del contratto anche se caratterizzato dall'adozione di procedure di evidenza pubblica, la giurisprudenza richiama il modello della responsabilità precontrattuale, seppur confermando l'inquadramento dello stesso nell'ambito della responsabilità extracontrattuale (Cons. St., sez. V, 10 novembre 2008 n. 5574); la natura precontrattuale della responsabilità viene richiamata soprattutto in presenza di atti di autotutela incidenti su procedure di gara (Cons. St., sez. V, 14 aprile 2008 n. 1667; Tar Basilicata, sez. I, 23 giugno 2008 n. 300).

Va anche segnalato che la tesi della sussistenza della giurisdizione del g.a. in ipotesi di responsabilità precontrattuale (Cons. St., ad. plen., 5 settembre 2005 n. 6) è stata confermata dalla Cassazione, secondo cui con l'entrata in vigore dell'art. 6, co. 1, l. n. 205/2000 (articolo successivamente abrogato dall'art. 256, d.lgs. n. 163/2006, ma riprodotto in forma pressoché analoga, nell'art. 244, d.lgs. n. 163/2006), è stata configurata una giurisdizione esclusiva in favore del giudice amministrativo anche per l'azione di risarcimento per responsabilità precontrattuale nelle procedure di affidamento di contratti di appalto di lavori, servizi o forniture, da parte di soggetti tenuti nella scelta del contraente all'applicazione della normativa comunitaria o al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica. Tale giurisdizione esclusiva per l'azione di responsabilità precontrattuale non è invece ravvisabile in tema di contratto di compravendita di immobile, in mancanza di una norma specifica che fondi la giurisdizione del g.a. (Cass., sez. un., 12 maggio 2008 n. 11656).

4.2. Il danno da ritardo

Sul danno da ritardo è stata confermata la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alle controversie, con cui si chiede il risarcimento del danno da ritardo da parte della p.a. nella definizione dei procedimenti di rilascio di provvedimenti amministrativi (nella specie, titoli autorizzativi edilizi), in quanto in tale caso, non si è di fronte a "comportamenti" della p.a. invasivi dei diritti soggettivi del privato in violazione del *neminem laedere*, ma in presenza della diversa ipotesi del mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo della autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicistici, aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative. Si è, perciò, al cospetto di interessi legittimi pretensivi del privato, che ricadono, per loro intrinseca natura, nella giurisdizione del g.a. (Cons. St., sez. IV, 6 novembre 2008 n. 5499; Tar Lazio-Roma, sez. III, 31 marzo 2008 n. 2704).

Anche con riferimento ai presupposti per ottenere il risarcimento del danno da ritardo, non si registrano sostanziali novità: la prevalente giurisprudenza segue l'orientamento indicato dall'adunanza plenaria con la sentenza n. 7 del 2005, secondo cui non è possibile accordare il

risarcimento del danno da ritardo della p.a. nel caso in cui i provvedimenti adottati in ritardo risultino di carattere negativo per colui che ha presentato la relativa istanza di rilascio e le statuizioni in essi contenute siano divenute intangibili per l'omessa proposizione di una qualunque impugnativa.

In conformità a detto orientamento, non pacifico soprattutto in dottrina, è stato affermato che la condanna della p.a. al risarcimento del danno subito dal privato per l'omesso esercizio di un potere autoritativo nei termini prefissati dalla legge presuppone il riconoscimento del diritto del ricorrente al bene della vita inutilmente richiesto che nelle materie in cui la p.a. dispone di ampia discrezionalità amministrativa, e non solo tecnica, non può essere affidato ad un giudizio necessariamente prognostico del giudice ma presuppone che la p.a., riesercitato il proprio potere, abbia riconosciuto all'istante il bene stesso, in questo caso riducendosi il risarcimento al solo pregiudizio determinato dal ritardo nel conseguimento di detto bene (Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2008 n. 248).

In senso conforme, è stato affermato che allorché un provvedimento di diniego viene annullato per vizi che comunque consentono il riesercizio del potere, se l'atto negativo viene reiterato, per ragioni diverse dal precedente, il sopravvenuto provvedimento negativo esclude, allo stato, la sussistenza di un danno risarcibile derivante dal primo provvedimento, salva la verifica degli estremi del danno in caso di annullamento giurisdizionale anche del secondo provvedimento (Cons. St., ad. plen., 3 dicembre 2008 n. 13).

4.3. La colpa della p.a.

Copiosa continua ad essere la giurisprudenza sull'elemento soggettivo dell'illecito commesso dalla p.a.

L'orientamento che continua ad essere seguito in via prevalente è quello secondo cui sotto il profilo dell'elemento soggettivo al privato non è chiesto un particolare sforzo probatorio, potendo invocare l'illegittimità del provvedimento quale presunzione (semplice) della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che non si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata (Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2763; sez. VI, 7 ottobre 2008 n. 4812).

In sostanza, mentre il privato può limitarsi a fornire al giudice elementi indiziari quali la gravità della violazione (come presunzione semplice di colpa e non già come criterio di valutazione assoluto), il carattere vincolato dell'azione amministrativa giudicata, l'univocità della normativa di riferimento ed il proprio apporto partecipativo al procedimento, dal canto suo l'amministrazione può allegare elementi, anch'essi indiziari, rientranti nello schema dell'errore scusabile, spettando poi al giudice apprezzarne e valutarne liberamente l'idoneità a comprovare o ad escludere la colpevolezza dell'amministrazione stessa, senza che possa considerarsi valida l'equazione "illegittimità dell'atto-colpa dell'apparato pubblico" (Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2008 n. 5124).

La colpa è una conseguenza altamente probabile della riscontrata illegittimità dell'atto; di regola, quindi, in base ad un apprezzamento di frequenza statistica, il danneggiato ben può limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto amministrativo annullato, in quanto essa indica la violazione dei parametri che, nella generalità delle ipotesi, specificano la colpa dell'amministrazione: in tali eventualità, allora, spetta all'amministrazione l'onere di fornire seri elementi idonei a superare la presunzione (Cons. St., sez. VI, 17 luglio 2008 n. 3602).

E' stato, tuttavia, precisato che l'imputazione della responsabilità nei confronti della p.a. non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, giacché ciò si risolverebbe in un'inammissibile presunzione di colpa, ma comporta, invece, l'accertamento in concreto della colpa dell'amministrazione, che è configurabile quando l'esecuzione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole proprie dell'azione amministrativa, desumibili sia dai principi costituzionali in punto di imparzialità e buon andamento, sia dalle norme di legge ordinaria in punto di celerità, efficienza, efficacia e trasparenza, sia dai principi generali dell'ordinamento, in punto di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza. (Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008 n. 4242).

L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato non ha preso posizione tra i vari orientamenti in tema di colpa della p.a. ed ha comunque escluso la sussistenza dell'elemento soggettivo nel caso in cui l'illegittimità commessa dall'amministrazione a seguito di un'attività interpretativa giuridica e dei fatti processuali, svolta dal giudice sul filo di principi estremamente complessi, tesi a superare difficoltà poste da precedenti pronunce, rispetto alle quali era obiettivamente arduo individuare l'azione corretta da seguire (Cons. St., ad. plen., 3 dicembre 2008 n. 13).

E' stato anche precisato che non esclude la colpa la circostanza che il giudice di primo grado abbia dato ragione all'amministrazione con decisione ribaltata in appello, in quanto anche il Tar può incorrere in errore, e comunque non appare ragionevole dare rilevanza ad un fatto successivo a quello che ha generato l'illecito. Aderendo a tale impostazione, la sussistenza della colpa sarebbe ravvisabile nelle sole ipotesi in cui il privato ottenga ragione in entrambi i gradi del giudizio,

finendo il giudizio di primo grado ad essere quello decisivo (Cons. St., sez. V, 17 ottobre 2008 n. 5100, che richiama Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2007 n. 114).

Secondo altra pronuncia, in caso di domande risarcitorie per danni relativi ad illegittime procedure di gara per l'affidamento di appalti pubblici, l'individuazione del soggetto onerato della prova deve necessariamente operarsi in conformità ai principi europei in materia di colpa della p.a. espressi dalla Corte Europea di Giustizia, a prescindere dal raggiungimento o meno della soglia comunitaria dell'appalto; pertanto, in tema di affidamento di appalti pubblici, va evitato il richiamo al meccanismo di prova della colpa e del dolo previsto dall'art. 2043, c.c., dovendo applicarsi la presunzione (relativa) di colpa della p.a. procedente, esonerando il danneggiato anche dalla semplice formalità di allegare nel suo ricorso risarcitorio l'ovvio indizio di colpevolezza connesso alla illegittimità dell'atto (Tar Abruzzo - L'Aquila, 4 settembre 2008 n. 1050).

4.4. Danni derivanti da atti amministrativi posti in essere in esecuzione di pronunce giurisdizionali

Una fattispecie particolare è costituita dal caso in cui un appalto sia stato aggiudicato in base ad una pronuncia del giudice (cautelare o di primo grado), poi riformata in sede di giudizio di merito o in appello; in tale ipotesi è evidente l'assenza di colpa della stazione appaltante che aveva correttamente individuato il contraente della p.a., ma era stata poi "costretta" ad eseguire una sentenza rivelatasi poi errata (Cons. St., sez. V, 18 ottobre 2002 n. 5789).

In questo caso vi è un soggetto (quello sbagliato) che ha svolto il rapporto con la p.a. e altro soggetto, a cui spettava l'aggiudicazione, che non ha potuto farlo a causa dell'avvenuta esecuzione di una decisione giurisdizionale, poi riformata, senza quindi che si sia verificato alcun errore da parte dell'amministrazione.

Vi è sicuramente un danno, ma è difficile pervenire al risarcimento.

In passato, è stato evidenziato che una possibile risposta può essere data dall'applicazione dell'art. 96 c.p.c.: prescindendo dai pochi casi-limite in cui sia applicabile il comma 1 di detta norma (che, come è noto, riguarda le sole ipotesi, raramente comprovabili, di "mala fede o colpa grave" della parte), risulta più interessante l'esame della possibilità di applicare il relativo II comma, che prevede che il giudice che accerta l'inesistenza di un diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, su istanza della parte danneggiata, condanna al risarcimento del danno l'attore che ha agito senza la normale prudenza. Si tratta nella sostanza del principio, secondo cui l'errore del giudice va considerato come errore della parte (bene intendasi: di quella che vi ha dato causa, non certo di quella che ne subisce le conseguenze). Anche quest'opzione, tuttavia, postula l'esistenza di uno specifico elemento soggettivo (consistente nel fatto che la parte beneficiaria del

provvedimento giurisdizionale, poi caducato nel proseguo del giudizio, abbia “agito senza la normale prudenza”). E’ stato quindi suggerito di spostare l’attenzione su fattispecie normative diverse dalla responsabilità civile, al fine di esplorare il ruolo da riconoscersi alle norme in tema di restituzione dell’indebitto, o di arricchimento senza causa: ovvero, mutuando l’espressione di una nota dottrina civilistica, “l’arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto” L’indebitto sarebbe costituito dall’utile di impresa, che potrebbe così essere in tutto o in parte restituito alla controparte privata dell’aggiudicazione di un appalto a seguito di una decisione giurisdizionale, portata ad esecuzione e solo successivamente riformata, dopo che il rapporto era stato svolto in fatto, nelle more della definizione del giudizio, da altro soggetto *sine titulo* (le suesposte considerazioni sono contenute in Cons. giust. sic., 22 giugno 2006 n. 315 e 19 ottobre 2006 n. 587, in cui viene anche affrontato il profilo delle liceità di un clausola fideiussoria, con cui l’amministrazione, in sede di transazione intervenuta con l’a.t.i. aggiudicataria, ha concordato che l’aggiudicataria si impegnasse a fornire congrua garanzia personale, fino a concorrenza di un determinato importo, per il caso che il Comune fosse stato condannato a risarcire i danni al controinteressato, con una sorta di traslazione del rischio; le tesi sulle azioni esperibili da chi ha subito un danno derivante dall’esecuzione di un provvedimento giurisdizionale poi riformato sono stata ulteriormente sviluppate da Cons. giust. sic., 21 luglio 2008 n. 600, senza tuttavia farne applicazione al caso in esame, avente ad oggetto una domanda di risarcimento proposta – in sede di ottemperanza – nei confronti della sola amministrazione, riconosciuta incolpevole).

La questione è stata ripresa dal Consiglio di Stato, che – per giustificare l’interesse di un’impresa alla decisione, non ha escluso che il soggetto che ha svolto *sine titulo* un appalto pubblico possa essere chiamato a restituire l’utile di impresa, o all’amministrazione ovvero direttamente alla controparte che, in esito al giudizio definitivo, sia risultata legittima aggiudicataria, avente come tale titolo a svolgere il lavoro o il servizio (Cons. St. sez. VI, 15 aprile 2008 n. 1750, che ha richiamato le sopra menzionate decisioni del Cons. giust. sic.).

L’ipotizzata domanda dell’originario aggiudicatario nei confronti del soggetto che ha effettuato i lavori dovrebbe comunque essere proposta davanti al giudice ordinario, tenuto conto che è stato escluso che il giudice amministrativo possa conoscere di controversie di cui non sia parte una pubblica amministrazione, o soggetti ad essa equiparati, in presenza di azioni tra privati, che non possono essere attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo per mere ragioni di connessione (Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2008 n. 2957).

Finora, non consta che la cassazione abbia trattato simili questioni, essendo intervenuta solo per precisare che in tema di azione d’indebitto arricchimento nei confronti della p.a., conseguente all’assenza di un valido contratto di appalto di opere, tra la p.a. ed un privato, l’indennità prevista

dall'art. 2041 c.c. va liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale subita dall'esecutore della prestazione resa in virtù del contratto invalido, con esclusione di quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace (Cass., sez. un., 11 settembre 2008 n. 23385).

4.5. La pregiudiziale amministrativa (ed effetti delle tesi sulla prescrizione)

La questione della c.d. pregiudiziale amministrativa continua a costituire oggetto di contrasti tra giudice amministrativo e giudice ordinario e all'interno della stessa giustizia amministrativa.

E' noto il contrasto tra la Cassazione, che esclude che la domanda risarcitoria per i danni causati da un provvedimento illegittimo debba necessariamente presupporre il previo annullamento dell'atto amministrativo lesivo, (Cass., sez. un., 13 giugno 2006 n. 13659 e n. 13660) e il Consiglio di Stato, che ha tenuto ferma la tesi della pregiudiziale (Cons. St., ad. plen., 22 ottobre 2007 n. 12).

Da un lato la Cassazione ha ribadito sia la sussistenza della giurisdizione del g.a. sui danni da provvedimento illegittimo sia l'esclusione della necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso (Cass., sez. un., 7 gennaio 2008 n. 35; 8 aprile 2008 n. 9040).

Dall'altro lato, la prevalente giurisprudenza amministrativa continua ad aderire alla tesi della pregiudiziale (Cons. St., sez. V, 27 maggio 2008 n. 2515; sez. V, 13 giugno 2008 n. 2967) e ha fornito ulteriori argomentazioni a sostegno della tesi della pregiudiziale, in applicazione della quale le domande risarcitorie sono state spesso respinte nel merito e non dichiarate inammissibili.

E' stato ritenuto che la domanda di risarcimento del danno derivante da provvedimento non impugnato (o tardivamente impugnato) è ammissibile, ma è infondata nel merito in quanto la mancata impugnazione dell'atto fonte del danno consente a tale atto di operare in modo precettivo dettando la regola del caso concreto, autorizzando la produzione dei relativi effetti ed imponendone l'osservanza ai consociati ed impedisce così che il danno possa essere considerato ingiusto o illecito la condotta tenuta dall'amministrazione in esecuzione dell'atto inoppugnato. Infatti, l'applicazione del principio della c.d. pregiudiziale amministrativa non comporta una preclusione di ordine processuale all'esame nel merito della domanda risarcitoria, ma determina un esito negativo nel merito dell'azione di risarcimento (Cons. St. sez. VI, 19 giugno 2008 n. 3059).

All'obiezione che si tratta della stessa situazione prevista dall'art. 2043 c.c. nei rapporti interprivatistici, il Consiglio di Stato replica, evidenziando che anche nei rapporti paritetici, in molti casi viene privilegiata tale esigenza di certezza con la previsione di termini decadenziali entro cui contestare la conformità a diritto di determinate situazioni giuridiche, la cui scadenza preclude anche l'azione risarcitoria: non è consentito domandare il risarcimento del danno per essere stati

assoggettati illegittimamente a sanzione amministrativa mediante ordinanza-ingiunzione non impugnata ai sensi della l. n. 689/1981; il lavoratore licenziato non può scegliere di optare per il risarcimento del danno, senza impugnare il recesso secondo le prescrizioni della l. n. 604/1966; non può essere chiesto il risarcimento del danno in assenza di impugnativa di delibere condominiali o societarie, che hanno costituito la fonte del danno (per le seconde v. l'art. 2377, co. 6, c.c.).

Inoltre, se è senz'altro vero che la tutela processuale dell'interesse legittimo, va ben oltre l'annullamento dell'atto lesivo, estendendosi fino alla conformazione più o meno completa del rapporto, è, tuttavia, altrettanto incontestabile che ogni forma «ulteriore» di tutela di tale posizione soggettiva non possa prescindere dalla rimozione degli effetti del provvedimento quale fattispecie precettiva idonea a cristallizzare un determinato componimento fra i diversi interessi, pubblici e privati, coinvolti in una determinata fattispecie concreta. Il provvedimento amministrativo anche quando incide su interessi legittimi, produce effetti sfavorevoli che, se non rimossi attraverso la sua (tempestiva) impugnazione, si consolidano, determinando la definitiva estinzione delle posizioni di vantaggio che ne stanno alla base. La possibilità che la situazione determinata dall'atto possa essere dichiarata illecita fino a quando perduri la possibilità di esperire l'azione risarcitoria comporta un'interpretazione del tutto riduttiva del termine decadenziale previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi, il cui decorso produrrebbe solo una stabilizzazione di fatto dell'assetto di interessi prodotto dall'atto ma non la sua incontrovertibilità (dal momento che la vicenda potrebbe essere rimessa in discussione nel giudizio risarcitorio), che, invece, costituisce un effetto tipico della decadenza anche nei rapporti di diritto privato (Tar Lombardia - Milano, sez. III, 12 agosto 2008 n. 3647, che anche ha respinto nel merito la domanda risarcitoria).

E' evidente che la reiezione nel merito della domanda risarcitoria sulla base della tesi della pregiudiziale rende più difficile l'attuazione da parte della Cassazione della possibilità di annullare a norma dell'art. 362, primo comma c.p.c. le sentenze del g.a., che non esaminando nel merito la domanda autonoma di risarcimento del danno per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti, costituirebbero un rifiuto di esercizio della giurisdizione (*obiter dictum*, contenuto nelle citate ordinanze del giugno del 2006).

Va segnalato che non sembra esservi alcuna preclusione per il risarcimento del danno, quando il provvedimento sia già stato caducato dall'amministrazione in via di autotutela, con efficacia sia "*ex nunc*", che "*ex tunc*"; anche quando viene meno l'interesse attuale all'annullamento, per intervenuti atti successivi, può ravvisarsi un interesse residuale a ricorrere, a fini risarcitori, per gli effetti negativi già prodotti dal provvedimento originario, o per fattori di non corretta conduzione del relativo procedimento (Cons. St., sez. VI, 18 marzo 2008 n. 1137).

Come già detto, anche all'interno della giurisprudenza amministrativa, si registrano decisioni in materia di pregiudiziale, difformi rispetto all'orientamento della Plenaria (Cons. giust. sic., 16 settembre 2008 n. 762; Tar Sicilia - Palermo, sez. II, 24 ottobre 2008 n. 1298).

Dall'abbandono della tesi della c.d. pregiudiziale amministrativa viene tratta la conseguenza della decorrenza del termine di prescrizione non dall'annullamento dell'atto, ma dalla data dell'illecito - e cioè dalla data di adozione dell'atto illegittimo; posto che l'intervenuto annullamento dell'atto amministrativo lesivo non costituisce un presupposto di ammissibilità della domanda risarcitoria - salvo a riverberarsi su di essa, nei sensi di cui all'art. 1227 c.c., il mancato esperimento, nei congrui casi, delle opportune tutele, anche giurisdizionali, da parte del danneggiato - ne deriva il corollario dell'immediato decorso del termine prescrizione dal momento in cui il danno si sia effettivamente verificato.

Anche la Cassazione ha affermato che in seguito al venir meno della pregiudiziale amministrativa, ossia della necessità che venga proposta prima l'azione di annullamento dell'atto illegittimo e poi la richiesta di indennizzo; il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento contro la p.a. decorre dalla data dell'illecito e non da quella del passaggio in giudicato della sentenza di annullamento dell'atto lesivo da parte del giudice amministrativo, in quanto l'esistenza dell'atto amministrativo illegittimo non costituisce più un impedimento all'esercizio dell'azione risarcitoria (Cass., sez. un., 8 aprile 2008 n. 9040, che ha temperato il principio aggiungendo che la domanda di annullamento dell'atto proposta al g.a. prima della concentrazione davanti allo stesso anche della tutela risarcitoria, pur non costituendo il prodromo necessario per conseguire il risarcimento dei danni, dimostra la volontà della parte di reagire all'azione amministrativa reputata illegittima ed è idonea ad interrompere per tutta la durata di quel processo il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria proposta dinanzi al g.o.)

Resta il fatto che l'applicazione della tesi che abbandona il principio della pregiudiziale non sempre determina un ampliamento della tutela, la decorrenza della prescrizione non dall'annullamento dell'atto fonte del danno, ma dalla precedente data di adozione dell'atto, comporterà la prescrizione di molte domande risarcitorie proposte dopo l'esito dell'azione di annullamento e costringerà il privato a proporre comunque la domanda di risarcimento, anche sapere l'esito dell'azione di annullamento proposta).

Si sottolinea che comunque la prevalente giurisprudenza amministrativa continua a ritenere che il *dies a quo* per il computo del termine di prescrizione relativo alla domanda di risarcimento del danno, non possa essere fatto risalire al momento dell'adozione del provvedimento amministrativo lesivo dell'interesse legittimo in quanto, a tal fine, occorre il previo annullamento dell'atto amministrativo, per cui, in applicazione della regola civilistica secondo cui la prescrizione

comincia a decorrere non già da quando il diritto è sorto, bensì da quando il diritto può essere fatto valere (art. 2935 c.c.), la pretesa risarcitoria può farsi valere solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento, e dunque, la prescrizione inizia a decorrere solo da tale momento (Cons. St., sez. V, 31 ottobre 2008 n. 5453).

Infine, per un'applicazione dell'art. 1227 c.c., si segnala l'orientamento secondo cui non può essere accolta la domanda risarcitoria proposta dal ricorrente che, pur avendo impugnato l'atto lesivo (revoca di incarico), non usi la dovuta diligenza nell'adoperarsi per evitare il danno (e non impugni la nomina del controinteressato), come imposto dall'art. 1227, co. 2, c.c., applicabile anche ai giudizi risarcitori conseguenti all'esercizio di poteri autoritativi (Cons. St., sez. VI, 22 ottobre 2008 n. 5183, che ha affermato che l'onere che incombe sul danneggiato ai sensi dell'art. 1227, co. 2, c.c., si estenda fino all'esperimento di un'azione giurisdizionale, da ritenersi non eccessivamente onerosa, tenuto conto che l'ordinamento amministrativo consente di porre in discussione i provvedimenti amministrativi anche mediante lo strumento del ricorso straordinario, che non presuppone la necessaria assistenza di un avvocato).

4.6. L'opzione tra gli effetti dell'azione di annullamento e il risarcimento del danno

Profilo distinto da quello della pregiudiziale è quello della scelta tra tutela demolitorio-conformativa e la tutela risarcitoria, rispetto alla quale ci si è chiesti se nel nostro sistema è desumibile una priorità in favore della tutela demolitorio-conformativa, ove possibile o se la scelta tra i due strumenti è rimessa alla volontà del ricorrente.

Il Consiglio di Stato ha affermato che spetta al ricorrente la scelta tra il conseguimento degli effetti della tutela demolitorio-conformativa e la tutela risarcitoria, nel caso in cui comunque il bene della vita controverso è ormai conseguibile solo in parte. La possibilità di optare per il risarcimento per equivalente e di rifiutare l'esecuzione, ormai solo parziale, del giudicato deriva anche dall'applicazione del principio di carattere generale, desumibile dall'art. 1181 c.c., secondo cui il creditore può sempre rifiutare l'offerta di un adempimento parziale rispetto all'originaria configurazione del rapporto obbligatorio (ad un adempimento parziale è equiparabile la possibilità di consentire l'esecuzione solo parziale del contratto). Deve, quindi, riconoscersi la possibilità per la ricorrente di optare per il solo risarcimento del danno, rinunciando ad avvalersi degli effetti conformativi del giudicato, non essendo l'esecuzione del giudicato più possibile in modo pieno (Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 213, in conformità con Cons. St., sez. VI, 10 novembre 2004, n. 7256).

Si tratterà ora di verificare se il principio della possibilità di optare per il solo risarcimento del danno sia estensibile all'ipotesi in cui l'esecuzione integrale del giudicato sia ancora possibile.

4.7. La quantificazione del risarcimento del danno per equivalente e gli elementi di prova

La giurisprudenza in materia di quantificazione del danno risarcibile dalla P.a. continua a riguardare soprattutto la materia degli appalti.

In caso di danno subito da un concorrente, che si sarebbe aggiudicato l'appalto se l'amministrazione avesse operato correttamente, l'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto, presuntivamente quantificato nel 10% dell'importo offerto, viene sempre più spesso ridotto al 5 % quando non si dimostra di non aver potuto utilizzare mezzi e personale per l'espletamento di altri servizi (Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2763; Tar Sardegna, sez. I, 12 agosto 2008 n. 1721).

In senso critico nei confronti del criterio presuntivo dell'utile di impresa, è stato evidenziato che il criterio è desunto da alcune disposizioni in tema di lavori pubblici, che riguardano però altri istituti, come l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'amministrazione committente o la determinazione del prezzo a base d'asta; tale riferimento, pur evocato come criterio residuale in una logica equitativa, conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale e in tal modo il ricorrente non ha più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe di meno (Cons. St., sez. V, 13 giugno 2008 n. 2967, che ritiene preferibile l'indirizzo minoritario che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, in primis, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara o da indici fattuali circostanziati che consentano il ricorso a perizie contabili integrative).

Il giudice amministrativo continua a risarcire anche la perdita della *chance* di aggiudicarsi la gara (e cioè quando non riesce a provare che l'aggiudicazione dell'appalto spettava a lui in assenza dell'illegittimità commessa dall'amministrazione); al riguardo è stato puntualizzato che la perdita di chance, diversamente dal danno futuro, che riguarda un pregiudizio di là da venire soggetto a ristoro purché certo ed altamente probabile e fondato su una causa efficiente già in atto, costituisce un danno attuale che non si identifica con la perdita di un risultato utile, bensì con la perdita della possibilità di conseguirlo e richiede, a tal fine, che siano posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato (ossia una probabilità di successo statisticamente valutabile con giudizio prognostico ex ante secondo *l'id quod plerumque accidit* sulla base di elementi forniti dal danneggiato (Cons. St., sez. IV, 4 luglio 2008 n. 3340).

Inoltre, i costi sostenuti per la partecipazione alla gara non sono risarcibili all'impresa che lamenta la mancata aggiudicazione dell'appalto (o anche solo la perdita della chance di aggiudicarselo), ma costituiscono danno emergente solo qualora l'impresa subisca un'illegittima esclusione, perché solo in tal caso viene in considerazione la pretesa del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili (Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2751).

La giurisprudenza ritiene infondata la domanda di risarcimento del danno da perdita di chance ove la sentenza abbia effetto demolitorio, riparando in forma specifica la possibilità di conseguire, in esito al rinnovato procedimento, il bene della vita cui aspira (Cons. St., sez. VI, 27 febbraio 2008 n. 726).

La giurisprudenza ha anche ritenuto che il ricorrente debba fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti; se anche può ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo, a monte, di allegare circostanze di fatto precise e quando il soggetto onerato della allegazione e prova dei fatti non vi adempie non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito (Cons. St. sez. V, 13 giugno 2008 n. 2967, secondo cui mentre nel caso di accertamento di danni non patrimoniali l'unica forma possibile di liquidazione è quella equitativa, per quelli patrimoniali è vero il contrario, specie se subiti da imprese nell'esercizio della propria attività).

Infine, molto spesso in materia di appalti il giudice amministrativo si trova ad esaminare una domanda di annullamento dell'aggiudicazione e di risarcimento del danno; in caso di accoglimento della domanda di annullamento il giudice può non sapere lo stato di esecuzione del contratto e l'orientamento che gli preclude di incidere in sede di cognizione sul contratto (v. par. 6) complica l'esame della domanda. Una possibilità, seguita in giurisprudenza, è quella di limitarsi ad indicare, ai sensi dell'art. 35, co. 2, d.lgs. n. 80/1998, i criteri del risarcimento prospettando un'alternativa tra: a) la corresponsione di una somma pari al 10% (o percentuale inferiore) del valore della parte di contratto già eseguita, calcolata in base all'offerta presentata in sede di gara dalla ricorrente, nel caso in cui l'impresa opti per il subentro nel contratto (ammettendo che il contratto sia caducato e che sia possibile la scelta come finora consentito, v. par. 6); b) nel caso, invece, che la ricorrente scelga il solo risarcimento del danno, la suddetta percentuale deve essere rapportata all'intero valore del contratto (Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 213).

Va precisato che è stato affermato che nel processo amministrativo non sono ammissibili domande di condanna generica ex art. 278 c.p.c. e il ricorso alla c.d. <<sentenza sui criteri>> di

liquidazione del danno ex art. 35, co. 2, postula che sia stata accertata l'esistenza del danno stesso e che il giudice sia in grado di individuare i criteri generali che saranno di guida per la formulazione dell'offerta da parte della p.a. (Cons. St. sez. V, 13 giugno 2008 n. 2967, secondo cui il meccanismo processuale divisato dal menzionato art. 35 non può essere strumentalizzato per eludere l'obbligo di allegazione dei fatti costitutivi del proprio diritto).

4.8. Particolari fattispecie di danno (danno da mobbing, danni non patrimoniali)

In aggiunta alle più frequenti ipotesi di risarcimento del danno da provvedimento amministrativo illegittimo, la giurisprudenza amministrativa ha affrontato anche problematica particolari, quali il danno da mobbing.

In un caso, è stato affermato, in applicazione del principio della pregiudiziale, che la domanda di risarcimento danni discendenti da illecito demansionamento e mobbing non può essere accolta qualora il lavoratore non abbia tempestivamente impugnato i provvedimenti organizzativi, adottati dall'amministrazione nell'ambito della sua attività gestionale, da cui è derivata l'asserita modifica *in peius* del rapporto di lavoro. Inoltre, la condotta di mobbing del datore di lavoro, ravvisabile in ipotesi di comportamenti materiali o provvedimentali contraddistinti da finalità di persecuzione e di discriminazione, indipendentemente dalla violazione di specifici obblighi contrattuali, deve essere provata dal lavoratore. A tal fine valenza decisiva è assunta dall'accertamento dell'elemento soggettivo e, cioè, dalla prova del disegno persecutorio (Cons. St., sez. V, 27 maggio 2008 n. 2515).

Con la stessa pronuncia, è stata indicata la linea di demarcazione fra la giurisdizione del giudice amministrativo e quella del giudice ordinario, in materia di lesione dell'integrità psicofisica del pubblico dipendente non contrattualizzato: mentre la proposizione dell'azione contrattuale, legata alla violazione degli obblighi sanciti dall'art. 2087 c.c., è attratta alla cognizione del giudice amministrativo, quella aquiliana, legata solo occasionalmente al rapporto di lavoro, è devoluta al giudice ordinario.

In altra controversia, è stato affermato che il termine mobbing deriva dal verbo *to mob* (che significa assalire, prendere d'assalto, malmenare) e viene spesso utilizzato in luogo del termine *harassment* per indicare le molestie morali sul luogo di lavoro e che costituisce mobbing l'insieme delle condotte datoriali protratte nel tempo e con le caratteristiche della persecuzione finalizzata all'emarginazione del dipendente con comportamenti datoriali, materiali o provvedimentali, indipendentemente dall'inadempimento di specifici obblighi contrattuali o dalla violazione di specifiche norme attinenti alla tutela del lavoratore subordinato; sicché, la sussistenza della lesione, del bene protetto e delle sue conseguenze deve essere verificata, procedendosi alla valutazione

complessiva degli episodi dedotti in giudizio come lesivi, considerando l' idoneità offensiva della condotta, che può essere dimostrata, per la sistematicità e durata dell' azione nel tempo, dalle sue caratteristiche oggettive di persecuzione e discriminazione, risultanti specificatamente da una connotazione emulativa e pretestuosa (Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2008 n. 2015, con cui, pur in presenza dell' annullamento degli atti amministrativi di tipo organizzativo, è stata esclusa la qualificazione degli stessi come "mobbing" in presenza di una ragionevole e alternativa spiegazione).

Più in generale, va evidenziato che tra i danni derivanti da provvedimento amministrativo illegittimo è stato in passato riconosciuto il danno non patrimoniale (risarcibile) inteso come categoria ampia, nella quale trovano collocazione giuridica tutte le ipotesi in cui si verifichi la lesione di beni o valori inerenti alla persona, ovvero sia il danno morale soggettivo (o danno da reato, consistente nel turbamento dell' animo della vittima), sia il danno biologico in senso stretto (o danno all' integrità fisica e psichica, coperto dalla garanzia dell' art. 32 Cost.), sia il c.d. danno esistenziale o danno conseguente alla lesione di altri beni non patrimoniali di rango costituzionale (Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2005 n. 1096 in relazione del pregiudizio sofferto per la mancata instaurazione di un rapporto di lavoro a titolo di supplenza per un soggetto portatore di handicap; Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2006 n. 125).

Oggi per l' esatto inquadramento dei danni non patrimoniali, si deve fare riferimento al più restrittivo orientamento espresso dalla Cassazione come le sentenze delle sezioni unite n. 26972, 26973, 26974 e 26975 dell' 11 novembre 2008.

Con tali decisioni, la Cassazione ha identificato il danno non patrimoniale con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica, affermando i seguenti principi.

L' art. 2059 c.c. è norma di rinvio, che consente la riparazione anche dei danni non patrimoniali, nei casi determinati dalla legge, nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell' illecito civile, che si ricavano dall' art. 2043 c.c. (e da altre norme, quali quelle che prevedono ipotesi di responsabilità oggettiva), elementi che consistono nella condotta, nel nesso causale tra condotta ed evento di danno, connotato quest' ultimo dall' ingiustizia, determinata dalla lesione, non giustificata, di interessi meritevoli di tutela, e nel danno che ne consegue.

L' ambito della risarcibilità del danno non patrimoniale si ricava dall' individuazione delle norme che prevedono siffatta tutela; si tratta, in primo luogo, dell' art. 185 c.p., che prevede la risarcibilità del danno patrimoniale conseguente a reato

Al di fuori dei casi determinati dalla legge, in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili, la tutela è estesa ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione, quali il danno da lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost.) denominato danno biologico, del quale è data, dagli artt. 138 e 139, d.lgs. n. 209/2005, specifica definizione normativa.

La rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2959 c.c., come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione, riporta il sistema della responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.).

Sotto tale aspetto, il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato da atipicità, postulando l'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante (sent. n. 500/1999), mentre quello del danno non patrimoniale è connotato da tipicità, perché tale danno è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona.

Di conseguenza, nell'ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, la formula "danno morale" non individua una autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata. Sofferenza la cui intensità e durata nel tempo non assumono rilevanza ai fini della esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento.

Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale.

4.9 La reintegrazione in forma specifica

All'interno del Consiglio di Stato è stata ribadita la tesi c.d. civilistica in ordine alla reintegrazione in forma specifica, secondo cui la reintegrazione in forma specifica rimane un rimedio risarcitorio (o comunque riparatorio), ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio; la reintegrazione in forma specifica non va confusa né con l'azione di adempimento (con la quale si chiede la condanna del debitore all'adempimento dell'obbligazione), né con il diverso rimedio dell'esecuzione in forma specifica, quale strumento per l'attuazione coercitiva del

diritto e non mezzo di rimozione diretta delle conseguenze pregiudizievoli (Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2763).

Con riferimento al settore televisivo, è stata esclusa l'ammissibilità di una domanda, qualificata di reintegrazione in forma specifica, diretta all'adozione da parte dell'amministrazione di provvedimenti amministrativi senza diretta impugnazione di un atto e al di fuori di un ricorso avverso il silenzio (Cons. St., sez. VI, 31 maggio 2008 n. 2622).

Con altre pronunce, la reintegrazione in forma specifica è stata intesa come esecuzione degli obblighi derivanti dal giudicato (Cons. St., sez. V, 20 maggio 2008 n. 2360).

4.10. Profili processuali dell'azione risarcitoria

Con riguardo al rito, la dimidiazione dei termini, di cui all'art. 23-bis, l. Tar, non è applicabile alle controversie che, sebbene conseguenti ad una procedura di espropriazione, sottopongono alla cognizione del giudice amministrativo profili di stampo esclusivamente risarcitorio (Cons. giust. sic., 20 novembre 2008 n. 946).

E' stata poi ritenuta inammissibile una domanda risarcitoria proposta con il rito del ricorso avverso il silenzio della p.a., in quanto con tale rito può unicamente essere impugnato il silenzio serbato dall'amministrazione su un'istanza, ma non si può formulare alcuna ulteriore domanda, né quella di impugnazione dell'atto che abbia dato riscontro all'istanza, né quella volta al risarcimento di un danno (Cons. St., sez. IV, 28 aprile 2008 n. 1873).

Va segnalata una pronuncia del Consiglio di Stato, in cui è stata trattata la questione del rapporto tra domanda risarcitoria, assorbimento dei motivi di ricorso e ordine di esame delle censure (Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 213).

Con tale decisione è stato affermato che l'ordine del giudice di esaminare le censure non può prescindere dal principio dispositivo, che regola anche il processo amministrativo e comporta la necessità di esaminare prima quelle censure, da cui deriva un effetto pienamente soddisfacente della pretesa del ricorrente. In presenza di un motivo diretto ad escludere il primo classificato di una gara di appalto e di altro motivo tendente ad una rinnovazione (parziale o totale) delle operazioni di gara, solo l'accoglimento della prima censura, che deve quindi essere esaminata per prima, soddisfa l'interesse della seconda classificata ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto.

Quale sia l'ordine di esame dei motivi, il giudice è tenuto a proseguire tale esame finché è certo che dall'accoglimento di un ulteriore motivo non deriva più alcuna utilità al ricorrente; la prassi del giudice amministrativo di assorbire alcuni motivi del ricorso, che già in precedenza poteva condurre a risultati errati, deve essere del tutto riconsiderata ora che è ammesso il risarcimento del danno derivante dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, in quanto,

per assorbire un motivo, deve essere evidente che dall'eventuale accoglimento della censura assorbita non possa derivare alcun vantaggio al ricorrente, neanche sotto il profilo risarcitorio.

Il mancato esame di alcune censure non può essere escluso in presenza di esigenze di carattere istruttorio, in quanto in alcun modo difficoltà istruttorie o esigenze di economia processuale possono condurre ad una limitazione della tutela.

4.11. Risarcimento del danno e giudizio di ottemperanza

Continua ad essere prevalente la tesi che nega la possibilità di chiedere per la prima volta in sede di ottemperanza il risarcimento del danno, risultando necessario a tal fine un apposito giudizio cognitorio, preordinato ad accertare i presupposti del diritto al risarcimento Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008 n. 4276; Tar Lazio-Roma, sez. II 3 novembre 2008 n. 9549).

Viene ribadito che in sede di ottemperanza, è possibile formulare richiesta di risarcimento solo per i danni che si siano verificati in seguito alla formazione del giudicato e proprio a causa del ritardo nella esecuzione della pronuncia irretrattabile; pertanto, il risarcimento di tutti i danni lamentati, che si riferiscano al periodo precedente al giudicato, deve essere richiesto nell'ambito di un giudizio cognitorio da proporsi dinanzi al giudice di primo grado (Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008 n. 849).

Tuttavia, si continuano a registrare aperture giurisprudenziali alla proposizione di una domanda risarcitoria in sede di ottemperanza: in ragione della specifica natura del giudizio di ottemperanza, mista di esecuzione e cognizione insieme, al giudice amministrativo non è precluso l'esame di atti o fatti che rendano impossibile l'adempimento in conformità al giudicato; accertata l'impossibilità della reintegrazione per fatto dell'amministrazione, ben può il giudice adito liquidare in sede di ottemperanza direttamente il danno subito dalla ricorrente, data l'alternatività del risarcimento per equivalente alla reintegrazione (Cons. St., sez. V, 20 maggio 2008 n. 2360).

5. PROCEDIMENTO E PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

5.1. Procedimento amministrativo

La disciplina introdotta dalla l. n. 241/1990 –che, in prosieguo di tempo è stata modificata e integrata in varie parti, talora in maniera molto consistente (come è avvenuto, ad es., con la l. n. 15/2005)- ha costituito una profonda innovazione, dal momento che con essa il legislatore poneva per la prima volta nell'ordinamento amministrativo la disciplina dell'azione dell'attività della p.a. e dei suoi rapporti con i cittadini, per aspetti molto significativi. Non occorre qui ricordare che si

tratta di una legge di principi -e perciò, in non poche parti recanti norme di rango superiore rispetto a quello delle leggi ordinarie (dove il rilievo del rapporto con altre norme, anche di settore, previgenti o ad essa posteriori)-, e specialmente che gli organi costituiti dai pubblici uffici, nel loro insieme e singolarmente, hanno faticato non poco ad assimilare detti principi, e a conformarvi il loro operato quotidiano.

Non poche sono state, in materia, le questioni sottoposte al giudizio dei giudici amministrativi (alla giurisprudenza elaborata dai quali, in molti punti, la l. n. 241/1990 si è ispirata, recependoli e sancendone il valore normativo). Il g.a., con qualche inevitabile tentennamento e oscillazione, va, ancora oggi, a distanza di anni dall'entrata in vigore della prima versione di questa fondamentale legge, chiarendo e traendo alla luce -dagli interstizi inesplorati del dato normativo- criteri di applicazione e di interpretazione delle varie parti della legge, fornendo linee-guida alla p.a. nel suo insieme per "navigare" nel *mare magnum* della prassi mantenendosi rispettosa di canoni ormai fondamentali dell'azione amministrativa.

Il nucleo in qualche maniera centrale della disciplina sul procedimento riguarda proprio la fase iniziale, e specialmente la partecipazione dei soggetti interessati a vario titolo al procedimento, la quale in tanto ha modo di esplicitarsi in quanto detti soggetti vengano messi a conoscenza dell'avvio del procedimento. Perciò -nonostante anni, ormai, di elaborazioni giurisprudenziali sul punto- rivestono ancora oggi grande rilievo le pronunce giurisdizionali inerenti a questa parte della disciplina legislativa posta dalla legge sul procedimento.

E' appena il caso di osservare che non si registrano, nella giurisprudenza del 2008 riguardante questo versante dell'attività della p.a., i contrasti, spesso anche accesi, e le oscillazioni che si registrano, invece, in relazione ad altre materie, del resto trattate in questa stessa rassegna (come, ad es., in tema di riparto di giurisdizione, di effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione di un appalto, ecc.). Non saranno, comunque, segnalate pronunce del G.A. (sia di 1° che di 2° grado) che enunciano principi e criteri ormai consolidati e pacifici (come, ad es., quelle che affermano l'illegittimità dell'omissione della comunicazione di avvio del procedimento, in assenza di reali esigenze di celerità, sia pure asserite: cfr., fra le tante: Tar Marche, 1. febbraio 2008 n. 17).

5.1.1. Comunicazione di avvio del procedimento – Partecipazione

Un filone che si può dire inesaurito di giurisprudenza sulla fase iniziale del procedimento amministrativo attiene alle fattispecie per le quali si sarebbe portati a pensare che non vi sia obbligo di dare detta comunicazione (ovvero, quando la p.a. procedente ha, in effetti, ragionato in questi

termini). Quindi continua l'emissione di sentenze al riguardo. Così, Tar Campania - Napoli, sez. V, 7 gennaio 2008 n. 23, ha chiarito che l'obbligo di dare comunicazione di avvio sussiste nel caso di *provvedimenti che esplicano effetti negativi* sulla sfera giuridica del destinatario, il quale deve essere messo senza meno in grado di partecipare al procedimento diretto a concludersi con un siffatto provvedimento finale.

Confermativo di un orientamento giurisprudenziale pressoché consolidato suona Tar Marche 17 febbraio 2008 n. 17, in tema di illegittimità dell'omessa comunicazione di avvio allorché non sussistano ragioni di urgenza o di celerità idonee a giustificare detta omissione (anche quando, stando alla giurisprudenza anteriore, le stesse siano enunciate nel provvedimento, ma non se ne riscontri l'effettiva esistenza).

Un altro filone concerne la delimitazione degli spazi di non applicabilità *ex lege* delle norme sulla partecipazione in relazione ai *procedimenti di pianificazione* (specialmente urbanistica), in forza dell'art. 13, l. n. 241/1990, che sancisce l'esclusione del capo della legge concernente la partecipazione, in relazione a una serie di tipi procedimentali, tra i quali, appunto, quelli pianificatori. Ma l'esatta delimitazione dell'area di esclusione richiede spesso, anche attualmente, l'apporto fondamentale e il conforto della giurisprudenza. Così Tar Lombardia- Milano sez. III, 9 gennaio 2008 n. 30 statuisce che sussiste l'obbligo di consentire la partecipazione –anche ai portatori di interessi di settore- nelle ipotesi che le norme di settore non garantiscano detta partecipazione (chiarendo, così, il senso dell'esclusione legislativa in discorso). Senz'altro pacifica suona, invece, Tar Calabria - Catanzaro, sez. I, 6 giugno 2008 n. 625, circa la non applicabilità delle norme sulla partecipazione alle categorie di atti elencati nell'art. 13. Di un certo interesse è il principio enunciato da Tar Friuli – Venezia Giulia 9 aprile 2008 n. 223, per il quale, in presenza di tipologie procedimentali che comportano l'esclusione dalla partecipazione ai sensi dell'art. 13 (atti normativi, generali, ecc.), è consentito alla p.a. procedente aprire spontaneamente a forme di consultazione dei cittadini (garantendo, così, livelli più elevati di partecipazione), fermo restando che la reiezione delle osservazioni presentate non richiede, in tal caso, una motivazione analitica e diffusa.

Ancora del Tar Marche, conviene richiamare anche la sentenza 28 febbraio 2008 n. 153, dove si enuncia il non irrilevante principio in forza del quale tra la comunicazione di avvio (in ipotesi effettuata) e la data di assunzione del provvedimento finale, deve intercorrere un congruo lasso di tempo, idoneo a consentire la presentazione di memorie scritte e documenti, nonché la conseguente valutazione della p.a. procedente (nella specie, il tempo intercorso era stato di appena quattro giorni).

Più drastica (*pour cause*) appare la massima della sentenza pronunciata –in ordine al medesimo tema- dal Tar Campania-Napoli, sez. II, 5 febbraio 2008, dove si afferma la palese incongruenza, per l'esame della documentazione prodotta, del termine brevissimo intercorso (tre giorni), soggiungendosi che il carattere necessariamente assorbente della censura inerente impedisce al giudice adito l'esame delle altre censure dedotte, attesa l'invalidità dell'istruttoria compiuta senza l'apporto partecipativo del ricorrente.

Una puntualizzazione interessante in ordine alla questione della comunicazione anche ai **controinteressati** (rispetto al provvedimento conclusivo emanando) fa Cons. St., sez. VI, 31 maggio 2008 n. 2626, chiarendo che agli stessi la comunicazione va data solo nel caso che dal contenuto del medesimo provvedimento emerga con immediatezza il carattere potenzialmente lesivo della loro sfera giuridica. Tar Puglia – Lecce, sez. I, 20 maggio 2008 n. 1444 chiarisce che anche per la rettifica e il ritiro di precedenti atti pregressi (a seguito di riesame, d'ufficio o a istanza di parte) occorre inviare la comunicazione di avvio del relativo procedimento ai soggetti nella sfera giuridica dei quali il ritiro o la rettifica potrebbero incidere sfavorevolmente.

Discutibile, invece, ci sembra l'assunto di Cons. St., sez VI, 22 aprile 2008 n. 1837, per il quale l'omessa comunicazione di avvio non conduce all'annullamento del provvedimento laddove il soggetto inciso da quest'ultimo non dimostri che, ove fosse stato reso edotto di detto avvio del procedimento, sarebbe stato in grado di fornire elementi di conoscenza e di giudizio tali da orientare in modo diverso le scelte dell'amministrazione. Ci sembra, invero, che in tal modo si capovolga il disposto normativo, che tale onere addossa alla p.a. resistente, al fine di conseguire la salvaguardia del provvedimento impugnato, con una vera e propria inversione dell'onere della prova, che non sembra consentita dal dettato normativo.

Sembra che affermi un principio pacifico, sulla scia del dato normativo testuale, Cons. giust. sic. 28 aprile 2008 n. 359 quando afferma che l'omessa comunicazione dell'avvio non comporta l'annullamento laddove risulti palese che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato in concreto. In realtà, il giudicante ha, qui, estrapolato ed esteso il disposto del primo comma dell'art. 21-*octies* (concernente i provvedimenti di natura vincolata), laddove, in relazione all'omissione della comunicazione, come si è visto, è l'amministrazione che deve dare la prova che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso (vero è che, laddove "risulti palese" che il dispositivo dell'atto non avrebbe potuto essere diverso, tanto sembra assorbire e contenere in sé la dimostrazione di ciò che..., essendo palese, non avrebbe bisogno di dimostrazione).

In relazione ai provvedimenti di natura sanzionatoria, Tar Veneto, sez. III, 9 aprile 2008 n. 903 afferma –sulla scia di un orientamento pressoché pacifico (cfr. Cons. St., sez. V, 12.ottobre 2004 n. 6567)- che, laddove l'accertamento della violazione sia avvenuta a mezzo di contestazione formale mediante consegna del verbale al trasgressore, non occorre, poi, al fine del compimento del procedimento di irrogazione della sanzione, comunicarne l'avvio.

Sul noto orientamento, pressoché consolidato, per il quale (ancor prima delle novelle introdotte dall'art. 21-*octies* circa il depotenziamento dei vizi formali e del procedimento) la conoscenza avuta *aliunde* dell'inizio del procedimento ne sana, in sostanza, il vizio di omissione, si esprime Tar Lazio-Roma, sez. II-*quater*, 30 maggio 2008 n. 5317, conformemente a Cons. St., sez. V, 17 maggio 2007 n. 2468, ecc.).

Merita anche di essere sottolineata Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2008 n. 2009, circa la possibilità (legittima) che il contenuto dispositivo del provvedimento conclusivo possa discostarsi da quello abbozzato nella comunicazione di avvio, in conseguenza dell'istruttoria svolta e degli elementi acquisiti dalla p.a. precedente.

5.1.2. Termini

Quanto ai termini di conclusione del procedimento, sottolineata la difficoltà di enunciazione di principi fermi in presenza di comandi normativi non ancora introiettati adeguatamente dai pubblici funzionari, e del conseguente difforme comportamento delle amministrazioni al riguardo (che sembrano davvero riottose ad osservare il dettato dell'art. 2, l. n. 241/1990), e spesso della non reazione all'inerzia e talora della sostanziale acquiescenza degli stessi interessati, si segnala Tar Lazio-Roma, sez. II-*ter*, 17 marzo 2008 n. 2420. Quivi, pur rimarcandosi il carattere ordinatorio di detti termini, si afferma che non può sottrarsi a una valutazione di legittimità, insieme con il provvedimento, il comportamento della p.a. che, a fronte di un termine prescritto di sessanta giorni, non emette il provvedimento che dopo un'inerzia protratta per più anni, per di più dopo la sopravvenienza di disposizioni normative che ne impediscono un esito favorevole.

Per Tar Lazio-Roma, sez. III-*ter*, 31 marzo 2008 n. 2704, peraltro, quando il termine è fissato direttamente dalla legge, l'amministrazione non può disporre il tempo per l'emissione del provvedimento, configurandosi in tali ipotesi l'interesse non solo formale al rispetto del termine di conclusione, ma anche quello sostanziale a ottenere tempestivamente l'utilità formale connessa al rilascio del provvedimento richiesto.

In casi di particolare urgenza, poi, deve ritenersi legittimo che la p.a. procedente anticipi il termine previsto della norma per la conclusione del procedimento, sempre che l'anticipazione non sia irragionevolmente ostativa per la rappresentazione delle proprie ragioni da parte dell'interessato (parere della sez. III n. 2221 del 23 ottobre 2007, reso su ricorso straordinario).

Tar Sardegna, sez. II, 23 giugno 2008 n. 1265 ribadisce, infine, che la sospensione feriale dei termini di cui alla l. n. 742/1969, essendo prevista *ex lege* in relazione al processo, non si applica al procedimento amministrativo.

TaR Lazio-Roma, sez. I, 21 luglio 2008 n. 7118 chiarisce che il termine di conclusione del procedimento va riferito alla data di adozione del provvedimento finale (completo ed efficace *ex se*), mentre –a meno che non si tratti di atto recettizio– la fase delle comunicazioni agli interessati ha lo scopo di mettere in grado costoro di conoscere l'atto, ed eventualmente di reagire con gli strumenti di giustizia che l'ordinamento appronta per gli interessati.

L'amministrazione procedente può sospendere il procedimento per il solo tempo occorrente per l'approfondimento delle circostanze e l'acquisizione di elementi necessari per la sua conclusione, ma non *sine die* in attesa della conclusione di un procedimento penale connesso (Tar Lazio- Roma, sez. III-*quater*, 1 aprile 2008 n. 2727).

5.1.3. Art. 10-bis

In tema di discordanza tra il contenuto del c.d. preavviso di rigetto e il provvedimento finale, un'interessante enunciazione si rinviene in Tar Campania-Napoli, sez. II, 23 maggio 2008 n. 4969, dove si afferma che non necessariamente deve riscontrarsi coincidenza completa, in ogni dettaglio, tra il contenuto del preavviso di rigetto e il successivo diniego, ben potendo l'amministrazione, oltre che considerare le osservazioni del privato, precisare meglio, in via autonoma, la propria posizione giuridica.

Emerge una tendenza della giurisprudenza (che, sul punto, non può essere certamente consolidata, data la recente introduzione nell'ordinamento della novella che ne occupa) a considerare il vizio in questione alla stregua di quello di cui all'art. 21-*octies* (su cui *infra*), vale a dire come un vizio formale che *vitiatur sed non vitiat*, allorquando –come afferma Tar Molise 19 marzo 2008 n. 92– sia stata data comunicazione di avvio del procedimento, consentendo così la partecipazione al medesimo, e sia stato emesso il provvedimento finale espresso (in questo caso, un diniego).

In netto contrasto con tale pronuncia se ne pone, tuttavia, un'altra, foriera di un opposto orientamento (che pare maggiormente condivisibile, data la finalità del nuovo istituto, chiaramente delineata nella norma). Ed invero, in relazione alla facoltà, riconosciuta alla p.a. resistente, di dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento finale non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, è da sottolineare la sentenza pronunciata da Tar Friuli-Venezia Giulia, 21 aprile 2008 n. 246. Quivi si afferma che, mentre l'omessa comunicazione di avvio del procedimento non comporta l'annullamento del provvedimento conclusivo ove l'amministrazione fornisca detta prova, lo stesso non vale per l'omessa comunicazione del c. d. preavviso di rigetto, in relazione alla quale nessuna statuizione similare pone la norma che lo disciplina (art. 10-*bis*), con il corollario (in tutto coerente con l'assunto) che, pertanto, il vizio inerente a detta omissione ha carattere assorbente di ogni altra censura.

Per Tar Lombardia-Milano, sez. III, 21 aprile 2008 n. 1232, il termine di dieci giorni per presentare osservazioni previsto dalla norma decorre dalla data del ricevimento del preavviso di diniego, cosicché è sufficiente che, prima del suo spirare, siano inoltrate le osservazioni medesime, non potendosi addossare all'interessato il tempo impiegato dall'amministrazione postale per svolgere il suo servizio.

Tar Puglia-Bari, sez. III, 21 ottobre 2008 n. 2348, dopo avere affermato che, dopo la l. n. 165/2002, la Soprintendenza non è tenuta a comunicare l'avvio del procedimento di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica, precisa che, invece, in relazione al controllo ministeriale, occorre dare il preavviso di diniego ex art. 10-*bis*, anche se ciò inerisce a un frammento del procedimento che si svolge presso diverso organo. Nella stessa pronuncia si ribadisce, peraltro, che l'organo detentore del potere di annullamento (il Ministero) di dette autorizzazioni è tenuto a dare adeguata motivazione della determinazione di annullamento.

Per i rapporti tra art. 10-*bis*, l. n. 241/1990 e il ricorso gerarchico, v. il par. 12.2.1.

5.2. Provvedimento amministrativo

5.2.1. Motivazione

La giurisprudenza sulla motivazione di atti e provvedimenti amministrativi non dovrebbe, oggi come oggi, presentare grande interesse, sia perchè in passato vi è stata una notevole elaborazione giurisprudenziale al riguardo (che ha prefissato canoni e criteri orientativi per l'attività provvedimentale della p.a., in mancanza di prescrizioni normative al riguardo), sia, a maggior

ragione, dopo che i frutti di tale elaborazione giurisprudenziale sono stati in gran parte sanciti normativamente dal fondamentale art. 3, l. n. 241/1990, con l'aggiunta di altre statuizioni.

Tuttavia, pare superfluo osservare che l'applicazione delle regole in ordine a tale ganglio centrale della quotidiana attività della p.a. dà tuttora luogo a contestazioni che vengono portate davanti al giudice amministrativo.

Per Tar Sicilia - Catania, sez. I, 8 febbraio 2008 n. 227 "Non è censurabile l'atto amministrativo per difetto di motivazione ove lo stesso contenga il riferimento a una disposizione di legge che connota con assoluta precisione la fattispecie cui la stessa trova applicazione".

In punto di integrabilità della motivazione in sede giurisdizionale si registrano due pronunce del medesimo Tar almeno apparentemente discordanti: mentre Tar Abruzzo, n. 474/2008 esclude tale possibilità (cfr. *infra*, sub art. 21-*octies*), Tar Abruzzo, 17 marzo 2008 n. 455 afferma che, ai sensi dell'art. 21-*octies*, tanto deve ritenersi consentito, data la possibilità di proporre (in relazione all'integrazione della motivazione), motivi aggiunti. Riafferma il vecchio principio, invece, Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2008 n. 2555, ribadendo che non è ammessa l'integrazione della motivazione in corso di giudizio, anche per l'esigenza di delimitazione del controllo giudiziale. A sua volta il parere n. 2131/2007 del 24 ottobre 2007 reso su ricorso straordinario dalla sez. II afferma che il vizio di difetto di motivazione non è di tipo formale ma assume valore sostanziale quando vi sia incertezza circa il percorso logico seguito dall'amministrazione, soggiungendo che non è consentita l'integrazione della stessa *aliunde* o *ex post*.

Riafferma enunciati pacifici circa la finalità dell'obbligo di motivazione Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2008 n. 2111. Altro indirizzo pacifico seguito dal giudice di appello (con il contrastato di pochi giudici di primo grado, tra cui il Tar Veneto e il Tar Campania- Napoli, Tar Sicilia- Catania, ecc.) in tema di sufficienza del punteggio numerico in relazione alle valutazioni e ai giudizi nelle procedure concorsuali o abilitative (invece che ad attività provvedimentali), viene riaffermato da Cons. giust. sic. 6 maggio 2008 n. 385.

Si veda, infine, Tar Puglia – Bari, sez. III, 21 ottobre 2008 n. 2348 (citata sub art. 10-*bis*) che ribadisce giurisprudenza pacifica in tema di obbligo di adeguata motivazione della determinazione di annullamento ministeriale dell'autorizzazione paesaggistica.

Per quanto non strettamente inerente all'oggetto della rassegna, si segnala, in tema di provvedimento amministrativo e disapplicazione per contrasto con il diritto comunitario, Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008 n. 4263. Ivi, in sostanza, si afferma che la disapplicazione di un atto amministrativo non opera *ex se*, dovendo, invece, la p.a. prima rimuovere in autotutela il provvedimento contrastante con il diritto comunitario, nel rispetto, peraltro, delle condizioni

previste dalla legge per l'esercizio del relativo potere (contemporanea presenza di preminenti ragioni di interesse pubblico alla rimozione dell'atto, se si tratta di situazioni consolidate o di atti che abbiano determinato un legittimo affidamento in coloro che ne sono interessati, e dall'osservanza delle garanzie che l'ordinamento appresta per i soggetti incisi dall'atto di autotutela, prima fra tutte quella di consentire ai soggetti interessati di partecipare al relativo procedimento).

5.2.2. Art. 21-octies

Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2008 n. 143 fornisce, si può dire, la *ratio* e la portata della novella introdotta dall'art. 21-octies circa la non annullabilità del provvedimento affetto da vizi formali (entro i limiti, beninteso, fissati dalla norma), chiarendo che dall'accertamento, da parte del g.a., che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso, discende non la degradazione dell'illegittimità in mera irregolarità, o che si versi in ipotesi di una fattispecie esimente, ma il venir meno dell'interesse a ricorrere poiché l'interessato non potrebbe ricevere alcuna utilità dall'accoglimento, né è ammessa la prova del conseguimento di un'utilità allorquando ciò implichi valutazioni di merito in sede di giudizio di legittimità.

Non essendo il difetto di motivazione un vizio formale (poiché non consente di comprendere l'iter logico-giuridico che ha condotto l'amministrazione ad emettere il provvedimento di natura discrezionale), né la fattispecie è inquadrabile nell'art. 21-octies, né può ammettersi l'integrazione della motivazione in corso di giudizio (Tar Abruzzo, 27 marzo 2008 n. 474).

5.2.3. Incompetenza

Volendo considerare a parte il vizio di incompetenza (che in apparenza potrebbe ascriversi alla categoria dei vizi di tipo formale), si segnala Tar Lazio-Roma, sez. III-ter, 23 gennaio 2008 n. 492, che –alla luce del disposto di cui all'art. 26, l. Tar, in forza del quale il g.a. che accerti l'incompetenza annulla l'atto e rimette l'affare all'organo competente- valorizza (fondatamente, ci pare) la circostanza che l'organo cui la competenza sia stata successivamente attribuita si sia già pronunciato, sostanzialmente equiparando detta competenza sopravvenuta alla convalida successiva da parte dello stesso organo.

5.3. Silenzio della p.a.

Si inserisce in quello che potremmo definire il “filone riduttivo” della portata del silenzio-rifiuto Cons. St., sez. VI, 7 gennaio 2008 n. 33, che ritiene non applicabile il giudizio previsto dall’art. 21-*bis* allorché la pretesa vantata dall’interessato, pur collegata a procedimenti doverosi (sia a istanza di parte che officiosi), sia qualificabile come diritto soggettivo. (Parrebbe, peraltro, difficile accettare la tesi che l’inerzia dell’amministrazione sia configurabile solo al cospetto di posizioni soggettive qualificabili come interesse legittimo). Cons. St., sez. IV, 27 marzo 2008 n. 1267, d’altronde, nell’enunciare, in sostanza, il medesimo assunto, precisa che l’azione ex art. 21-*bis* non è compatibile con le controversie che solo in apparenza abbiano per oggetto una situazione di inerzia dell’organo pubblico competente, come nel caso in cui l’accertamento verta su diritti patrimoniali, poiché in tale ipotesi non è necessario seguire il procedimento ex art. 25 ss. del T.U. n. 3/1957, onde accedere al sindacato giurisdizionale sulla condotta omissiva, ma è immediatamente proponibile l’azione di accertamento del diritto di credito o far valere la pretesa al risarcimento per equivalente.

In qualche modo analogamente si esprime Tar Emilia – Romagna, Bologna, sez. II, 17 gennaio 2008 n. 55, che dal difetto di giurisdizione del g.a. in ordine al rapporto sottostante -poiché è coinvolta una posizione di diritto soggettivo-, deduce il difetto di giurisdizione anche in relazione al ricorso contro l’inerzia dell’amministrazione (fattispecie di rapporto di pubblico impiego “privatizzato”). Sulla stessa posizione si attesta Tar Lazio-Roma, sez. III-*bis*, 30 gennaio 2008 n. 714 (che soggiunge essere dette posizioni giuridiche attivabili mediante azione di accertamento davanti al giudice dotato della giurisdizione).

Da notare –a prescindere dalla condivisione o meno di questo indirizzo- è che si opera, in tal modo, una sorta di inversione dei termini della questione: da una considerazione-premessa di carattere processuale si ricava una conclusione in ordine al diritto sostanziale.

In punto di limiti alla facoltà del giudice di pronunciarsi anche in ordine alla fondatezza della pretesa sottostante al giudizio ex art. 21-*bis*, Tar Toscana, sez. III, 23 gennaio 2008 n. 36, afferma che il potere del medesimo giudice, nell’esercitare detta facoltà, non può spingersi -salvo il caso di esecuzione del *decisum*- fino a compiere valutazioni di merito di competenza dell’amministrazione. Tar Lazio- Roma, sez. II-*ter*, 7 gennaio 2008 n. 70 precisa che non può esaminarsi la fondatezza dell’istanza se occorre acquisire elementi istruttori demandati al procedimento che non si è mai svolto o lo è stato in forma incompleta, essendo la posizione soggettiva che si vuole conseguire strutturalmente condizionata dalla formazione di atti non ancora esistenti o dall’effettuazione di valutazioni discrezionali non ancora compiute dall’amministrazione. Per Tar Calabria – Catanzaro, sez. II, 24 gennaio 2008 n. 69 è inconfigurabile l’obbligo di esercizio

dell'autotutela su provvedimenti divenuti inoppugnabili (dove l'inanità dell'instaurazione del giudizio contro il silenzio).

Per quanto non sembri convincente l'assunto che vi possano essere soggetti controinteressati nel giudizio contro il silenzio della p.a. (dove si controverte in tema di accertamento del "diritto alla risposta" dell'interessato nei confronti di una determinata amministrazione, Tar Lazio-Roma, sez. III-*quater*, 5 febbraio 2008 n. 959 afferma che anche qui sono individuabili controinteressati, coincidenti con i soggetti che riceverebbero un pregiudizio dalla pronuncia invocata.

Quanto all'ambito applicativo del silenzio, si è ribadito (Tar Campania-Napoli, sez. II, 22 febbraio 2008 n. 890) l'orientamento secondo il quale sulla richiesta di riesame, ovvero di rideterminazione della p.a. competente in autotutela (ciò, sia in relazione a istanze di ritiro di precedenti determinazioni sfavorevoli divenuti inoppugnabili, sia di blocco del procedimento diretto a sfociare in un provvedimento ampliativo per il terzo, sempre impugnabile), a fronte del comportamento inerte dell'amministrazione, non si forma il silenzio- rifiuto, poiché sulla stessa non incombe l'obbligo di provvedere, trattandosi, in entrambe le ipotesi, di potere discrezionale della p.a. cui corrisponde una posizione non di interesse qualificato del privato, ma di interesse semplice.

Con una pronuncia per la quale non constano precedenti, Tar Sardegna, sez. II, 12 marzo 2008 n. 423 ha affermato che l'istituto del silenzio- rifiuto è applicabile anche alle ipotesi di silenzio tipizzato con significato legale di diniego, in ragione del non comprimibile interesse del cittadino all'espletamento dell'istruttoria e allo sviluppo dell'intero procedimento (insomma, nell'ottica di una più efficace e ampia tutela dei soggetti amministrati).

Data la diversità del rito processuale ex art. 21-*bis* e delle relative finalità, Tar Campania-Salerno, sez. I, 13 marzo 2008 n. 291 giudica inammissibile la conversione del ricorso contro il silenzio in ricorso ordinario, con la conseguenza che contro l'atto esplicito sopravvenuto sarà esperibile l'ordinaria azione di impugnazione (la conversione determinerebbe una insanabile sovrapposizione di *petitum* e *causa petendi*). Invece, meno condivisibile a noi sembra, in considerazione, appunto, della diversità tra il rito (e l'oggetto) del giudizio contro il silenzio e quello ordinario –per quanto sia confortato da un precedente (Cons. St., sez. VI, 27 ottobre 2006 n. 6439) e dalla stessa sentenza di 1° grado appellata- l'assunto di Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008 n. 896, secondo il quale sono ammissibili i motivi aggiunti proposti contro il provvedimento esplicito sopravvenuto.

Per una fattispecie riguardante non il silenzio-rifiuto, ma una forma di silenzio endoprocedimentale (in tema di decorso del termine previsto dall'art. 16.7 della l.r. Puglia n. 11/2001 per la verifica di assoggettabilità a procedura VIA), si veda Cons. St., sez. V, 18 giugno

2008 n. 2991, per il quale non trovano applicazioni le norme della l. n. 241/1990 (nella specie, gli artt. 2.4 e 14.2 – là dove prevedono la sospensione dei termini fino all'acquisizione delle valutazioni richieste ad amministrazioni diversa da quella precedente-), dato il suo carattere di "legge breve" (sul procedimento e non del procedimento), donde la prevalenza delle norme di settore.

5.4. Dichiarazione inizio attività

A seguito della presentazione di dichiarazione (o denuncia) di inizio attività volta all'installazione di una stazione radio, la verifica della compatibilità con la normativa edilizia compete al Comune, mentre al privato richiedente non si può addossare l'onere di presentare un'apposita relazione tecnica che dia conto di tale compatibilità (Tar Basilicata, 19 gennaio 2008 n. 17).

Importante (per quanto, forse, scontato) ci sembra quanto enunciato da Tar Sicilia- Palermo, sez. II, 26 febbraio 2008 n. 266, nel senso che la DIA non costituisce liberalizzazione dell'attività edilizia, bensì semplificazione procedimentale, per consentire al privato di conseguire un titolo abilitativo implicito dopo un certo termine dalla presentazione della dichiarazione, con la conseguenza che detto titolo deve essere conforme alla normativa edilizia, e non da intendere conseguibile in deroga alla stessa. Sulla stessa linea si pone Tar Sicilia- Palermo sez. III, 4 febbraio 2008 n. 178, dove si precisa, inoltre, che la dichiarazione di inizio attività rimane un atto del privato, mentre dal punto di vista oggettivo una comunicazione indirizzata alla p.a. circa l'intendimento di realizzare l'interesse del dichiarante, e gli effetti che vi si collegano configurano la formazione progressiva di un titolo abilitativo implicito.

Il potere inibitorio previsto dall'art. 23.6 del t.u. approvato con d.P.R. n. 380/2001 è esercitabile entro il termine perentorio di trenta giorni. Dopo, alla p.a. competente è consentito soltanto di adottare provvedimenti in autotutela e sanzionatori (in base alle norme sugli abusi edilizi), in quanto dopo la scadenza di detto termine matura l'autorizzazione implicita ad eseguire i lavori indicati nella DIA (Cons. St., sez. II, parere n. 1698/2007 reso su ricorso straordinario). Circa le conseguenze della scadenza del termine di trenta giorni concesso alla p.a. per l'esercizio del potere inibitorio –vale a dire, per la sussistenza non di tale potere, ma di quello sanzionatorio ordinario in relazione a trasformazioni edilizie contrastanti con la disciplina urbanistica (e quindi per la sanzionabilità di un intervento realizzato a seguito di DIA laddove abbisognava di permesso di costruire)-, si esprime Cass. pen., sez. III, 13 marzo 2008 n. 11252.

Alla DIA non si applica il preavviso di rigetto contemplato nell'art. 10-*bis*, in quanto essa non dà inizio a un procedimento a istanza di parte, essendo un atto privato non soggetto alle regole del procedimento amministrativo (Tar Lazio - Latina, 11 marzo 2008 n. 180).

Quanto all'ambito applicativo della DIA –a confronto di quello del permesso di costruire-, Tar Puglia – Bari, sez. III, 10 giugno 2008 n. 1415 afferma che la realizzazione di intervento di mutamento di destinazione d'uso di immobile significativa per diversità di categorie (da villa padronale con pertinenze ad albergo), con più elevato carico urbanistico, non è assentibile mediante DIA.

6. ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE E SORTE DEL CONTRATTO

6.1. Premessa

Nell'anno 2008 sono intervenute importanti pronunce dei massimi organi della giustizia civile e amministrativa sul problema della sorte del contratto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Esse hanno riguardato principalmente il profilo della giurisdizione - che, invece, sembrava essere stato ormai risolto a favore del giudice amministrativo (vd. Rassegna 2007, § 2.10) - e, solo in parte o incidentalmente, quello della natura del vizio di cui risulterebbe affetto il contratto stipulato in presenza di un'aggiudicazione dichiarata illegittima.

6.2. La posizione della Corte di cassazione

6.2.1. L'orientamento delle sezioni unite

Al termine dello scorso anno le sezioni unite della Corte di cassazione, con la pronuncia n. 27169 del 28 dicembre, hanno affermato che “spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta ad ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l'annullamento del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica: posto che in ciascuno di questi casi la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta suddetta, ma il successivo rapporto di esecuzione che si concreta nella stipulazione del contratto di appalto, del quale i soggetti interessati chiedono di accertare un aspetto patologico, al fine di impedirne l'adempimento; che le situazioni giuridiche soggettive delle quali si chiede l'accertamento negativo hanno consistenza di diritti soggettivi pieni; e che il giudice è comunque chiamato a verificare la

conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui l'atto negoziale è sorto, ovvero è destinato a produrre i suoi effetti tipici”.

Senza prendere, dunque, espressamente posizione sul problema del vizio del contratto (nullità, inefficacia, annullabilità), la Corte ha precisato, con la sentenza di dicembre 2007, che la competenza a pronunciare *principaliter* - e quindi con forza di giudicato - sul contratto, non è del giudice amministrativo, ma del giudice ordinario, perché la giurisdizione amministrativa si ferma, per il chiaro tenore delle norme che la delineano (art. 244, d.lgs. n. 163/2006), nonché per la regola di riparto fissata dalla Costituzione (art. 103), all'aggiudicazione.

Siffatta impostazione è stata ripresa dalla sentenza n. 10443 del 23 aprile 2008, con la quale le sezioni unite della Corte hanno ribadito che il giudice amministrativo, di regola, esaurisce la propria giurisdizione sulle procedure di affidamento con l'annullamento degli atti di gara, eccedendo dai limiti dei propri poteri quando annulli i contratti stipulati all'esito di dette gare o si pronunci sugli effetti di questi.

Ulteriore linfa a questo orientamento è apportata dalla sentenza n. 19805 del 18 luglio 2008. Escluso che il rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di gara ed il contratto successivamente stipulato possa essere invocato al fine di determinare la giurisdizione, perché “nel criterio di riparto prescelto dal legislatore, provvedimento di aggiudicazione e contratto restano, invece, due realtà autonome e le vicende dell'uno non valgono ad ampliare o restringere l'ambito della giurisdizione stabilita sull'altro” la sentenza conferma che “spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta ad ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l'annullamento del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica”.

Merita, infine, di essere segnalata la pronuncia del 29 agosto 2008 n. 21928 riguardante la giurisdizione nel caso del recesso dal rapporto contrattuale in conseguenza di c.d. informativa prefettizia negativa. Le sezioni unite, questa volta, senza però approfondire il nesso tra serie procedimentale e serie negoziale, hanno ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, evidenziando che si tratta di valutazioni afferenti la sfera del diritto pubblico, mentre - hanno precisato - se il recesso venisse esercitato dall'amministrazione nella sfera del diritto privato (come è nell'ipotesi prevista dalla l. n. 2248/1865, art. 345, all. F), la giurisdizione spetterebbe al giudice ordinario.

6.2.2. L'orientamento della I sezione

A fronte di questo univoco orientamento maturato dalle sezioni unite della Cassazione nel corso del 2008, si registra la diversa posizione assunta dalla I sezione della Corte, che confermando

l'indirizzo espresso nel 2007 (vd. Rassegna 2007, § 5.2), ripropone la tesi della caducazione automatica del contratto in virtù del venir meno, in via giurisdizionale o amministrativa, degli atti della serie procedimentale.

In particolare con la sentenza n. 3185 dell'11 febbraio 2008 la I sezione esclude la configurabilità del recesso dell'ente appaltante (e, quindi, il diritto dell'appaltatore alla speciale indennità prevista dall'art. 345, l. n. 2248/1865, all. F) dopo che sia intervenuto l'annullamento dell'aggiudicazione, rilevando che il recesso presuppone l'esistenza di un contratto di appalto valido ed operante e, invece, nel caso di annullamento da parte del giudice amministrativo dell'atto di aggiudicazione, stante il carattere retroattivo dell'annullamento, il contratto d'appalto deve considerarsi come mai venuto ad esistenza.

Con la sentenza n. 9906 del 15 aprile 2008 la Corte rigetta il ricorso diretto ad ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento dell'amministrazione, precisando che il contratto d'appalto è destinato a subire gli effetti del vizio che affligge il provvedimento di aggiudicazione, cui è inscindibilmente collegato, e a "restare automaticamente e immediatamente caducato, senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell'amministrazione, in conseguenza della pronunciata inefficacia del provvedimento amministrativo *ex tunc*, travolto dall'annullamento giurisdizionale" che "segna, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici". Precisa anche che la caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti attraverso i quali si è formata in concreto la volontà contrattuale dell'amministrazione, invero, priva quest'ultima, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare, cosicché l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto *ex tunc*, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'amministrazione, come la deliberazione di contrattare, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato *iniure*, privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi.

6.3. La posizione della giurisprudenza amministrativa

6.3.1. L'intervento dell'adunanza plenaria (decc. 30 luglio 2008 n 9 e 21 novembre 2008 n. 12)

Con ordinanza n. 1328 del 28 marzo 2008 la V sezione del Consiglio di Stato, richiamando le argomentazioni poste a base delle ordinanze del 21 maggio 2004 n. 3355 della IV sezione e dell'8 maggio 2005 n. 104 del Consiglio di giustizia amministrativa della Sicilia (sulle quali, però, l'adunanza plenaria non si era potuta pronunciare per intervenuta rinuncia al ricorso e per

irrilevanza dei quesiti formulati), ha rimesso all'adunanza plenaria di valutare, *in primis*, in quale schema privatistico ascrivere l'inefficacia del contratto d'appalto (presupponendo non controverso tale effetto) quale conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione e poi l'ulteriore questione, ritenuta – diversamente da quanto asserito dalle sezioni unite - logicamente successiva, relativa all'individuazione dei limiti in cui sussiste la giurisdizione amministrativa in merito all'accertamento, diretto e incidentale, delle questioni relative alla validità ed all'efficacia del contratto d'appalto ed alla pronuncia delle relative decisioni (costitutive e dichiarative).

Con la decisione n. 9 del 30 luglio 2008, “doppiata” con la n. 12/2008 - scaturente dalla stessa ordinanza di rimessione che riguardava quattro appelli riuniti, due dei quali però erano poi stati dichiarati interrotti per fallimento della parte -, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha ritenuto di non doversi discostare dall'orientamento delle sezioni unite della Corte di cassazione, come sopra ricordato, secondo cui sussiste la giurisdizione civile sulla domanda volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo. Ha aggiunto anche che resta in tal modo estranea alla cognizione del giudice amministrativo la domanda di reintegrazione in forma specifica, pure prevista insieme al risarcimento per equivalente dall'art. 35, d.lgs. n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7, l. n. 205/2000, perché rientrando nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo fissata dall'art. 244, d.lgs. n. 163/2006 le sole controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, con esclusione di ogni domanda che attenga alla fase dell'esecuzione dei relativi contratti, alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione può conseguire solo il risarcimento del danno per equivalente, ma non anche la reintegrazione in forma specifica che, incidendo necessariamente sul contratto e, quindi, sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi, esula dai poteri giurisdizionali amministrativi.

La decisione n. 9/2008 puntualizza, però, che la sostituzione dell'aggiudicatario, quale "reintegrazione in forma specifica" del ricorrente vittorioso che ha ottenuto la statuizione di annullamento, appartiene agli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, che rimangono comunque salvi dopo la pronuncia emanata nel giudizio di legittimità. E di questi provvedimenti il giudice amministrativo conosce senz'altro nella sede dell'ottemperanza, perché appartengono alle condotte materiali e all'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto, che l'amministrazione è tenuta a realizzare nel dare esecuzione al giudicato e ripristinare le ragioni del ricorrente in conformità alle statuizioni dell'annullamento (per analoga soluzione già Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2008 n. 796, per il quale “ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sulla sorte del contratto, l'eventuale nullità o inefficacia del contratto stipulato può comunque essere valutata *incidenter tantum* dall'amministrazione chiamata a dare esecuzione al giudicato e, di

conseguenza, può essere incidentalmente valutata dal giudice amministrativo in sede di ottemperanza, in quanto in tale sede egli si sostituisce all'amministrazione rimasta inerte ed esercita una giurisdizione di merito”).

Per quanto allora focalizzata essenzialmente sul profilo della giurisdizione, la decisione della plenaria interviene ugualmente sul nodo dei rapporti tra aggiudicazione e contratto, rilevando come “in sede di esecuzione della sentenza l'amministrazione non può non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione” e precisando, poi, come tale caducazione dispieghi la propria efficacia sul contratto “similmente a quanto avviene nel caso di annullamento di una graduatoria di un pubblico concorso che comporta la caducazione degli effetti del contratto di lavoro su essa fondato, ovvero di annullamento di una concessione di un bene o di un servizio pubblico che comporta la caducazione degli effetti dell'accordo accessivo”.

Risulta allora incidentalmente accolta la soluzione della caducazione automatica, e non più praticabile la teoria dell'annullabilità relativa, né quella della nullità, in quanto il venir meno del contratto è collegato all'iniziativa del privato, terzo rispetto al contratto *medio tempore* concluso, e necessita di una previa pronuncia costitutiva del giudice.

6.3.2. La giurisprudenza prima e dopo la dec. n. 9/2008

La giurisprudenza amministrativa, prima dell'intervento dell'adunanza plenaria, aveva in parte già aderito all'insegnamento delle sezioni unite, affermando la giurisdizione del giudice ordinario sulle domande riguardanti il contratto (Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008 n. 4252; Tar Lazio-Roma, sez. II, 12 marzo 2008 n. 2232), mentre in parte riconosceva ancora la propria giurisdizione e si richiamava alla tesi dell'inefficacia successiva, tenendo così fermi gli effetti del contratto *medio tempore* prodottosi (Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2008 n. 490) o alla tesi dell'effetto caducante (Tar Lazio-Roma, sez. II 15 settembre 2008 n. 8328).

Si era andato sviluppando anche un orientamento per così dire intermedio, che, ritenendo di non poter comunque disattendere l'indirizzo dato dalla Cassazione, giudice della giurisdizione, affermava, tuttavia, che l'esclusione di un potere di cognizione diretta del giudice amministrativo in ordine all'invalidità o all'inefficacia del contratto, con attitudine di giudicato, non escludesse la possibilità di una cognizione indiretta, ovvero incidentale, della relativa questione ai sensi dell'art. 8, 1. Tar (così Tar Lombardia-Milano, sez. I, 8 maggio 2008 n. 1370 e 28 luglio 2008 n. 3048, che si pronuncia nel senso della “caducazione” del contratto con ricostruzione affatto particolare, e anche Tar Liguria, sez. II, 28 maggio 2008 n. 1132 e 11 aprile 2008 n. 532).

La giurisprudenza di primo grado, formatasi negli ultimi mesi del 2008, dopo l'intervento dell'adunanza plenaria, risulta aver aderito alle direttive tracciate dalla decisione n. 9 cit.,

declinando la propria giurisdizione in favore del giudice ordinario, ma pur sempre ribadendo che l'aggiudicazione della gara alla ricorrente vittoriosa, ricorrendone i presupposti necessari, costituisce un obbligo conformativo derivante dalla sentenza amministrativa (così Tar Campania-Napoli, sez. V, 2 settembre 2008 nn. 9991 e 9992; Tar Calabria - Reggio Calabria, 27 ottobre 2008 n. 554, Tar Umbria, 31 ottobre 2008 n. 694; Tar Piemonte, 5 novembre 2008 n. 2770).

In sede d'appello – a parte la decisione n. 12/2008 dell'adunanza plenaria che ribadisce essere “preclusa alla cognizione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva cognitoria, l'indagine sulla caducazione del contratto d'appalto che necessariamente precede in via logica il ripristino del ricorrente vittorioso nella posizione di contraente, come previsto dall'art. 35, d.lgs. n. 80/1998, per il risarcimento del danno con la reintegrazione in forma specifica” - si annovera, al momento, un unico precedente, emesso in sede cautelare, nel quale il Consiglio di Stato, proprio tenendo conto dei principi accolti dall'adunanza plenaria, ha respinto l'appello cautelare tendente a provocare l'inefficacia del contratto in atto e l'assegnazione del servizio all'appellante, in quanto, esulando dalla giurisdizione del giudice amministrativo in sede di legittimità il giudizio sulla sorte del contratto stipulato in base ad aggiudicazione illegittima, la pronuncia cautelare assumerebbe un contenuto più ampio di quello proprio della sentenza di merito (Cons. St., sez. V, 26 agosto 2008 n. 4532, ord.)

7. SERVIZI PUBBLICI E SOCIETÀ PUBBLICHE

7.1. Quadro di sintesi delle questioni

Il fenomeno delle società pubbliche, *in house* e miste, nel corso dell'anno 2008 ha formato oggetto di interventi normativi e giurisprudenziali, che rendono il quadro complessivo ancora carico di incertezze e nodi irrisolti nonostante l'intervento della stessa adunanza plenaria (con la pronuncia n. 1/2008).

I problemi ancora sul tappeto possono così sintetizzarsi:

- la necessità o meno, dopo la scelta del socio privato di una società mista con gara, di una seconda gara per l'affidamento dell'appalto alla società mista (vedi sub 7.2, 7.3, 7.4., 7.5.);
- la necessità o meno, per aversi società *in house*, di una partecipazione pubblica totalitaria (vedi sub 7.6.);
- la configurabilità o meno della società *in house* come modello organizzativo generale alternativo al mercato (vedi sub 7.7., 7.8., 7.9);
- l'ammissibilità in termini generali di una società *in house* per la realizzazione di lavori pubblici (vedi sub 7.8., 7.9., 7.10);

- le questioni esegetiche relative all'art. 13, d.l. n. 223/2006 (vedi sub 7.11.);
- le questioni esegetiche relative alle norme sulle società pubbliche dettate dalla legge finanziaria per il 2007 (l. n. 296/2006) e per il 2008 (l. n. 244/2007) (vedi sub 7.12. e 7.13.);
- i regimi di proroga di concessioni di servizi pubblici locali affidati senza gara (vedi sub 7.14.).

7.2. La plenaria n. 1/2008

La plenaria era stata chiamata dall'ordinanza di rimessione (Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007 n. 5587, ord.) a pronunciarsi sui seguenti profili:

- se il modello societario, vuoi della società *in house*, vuoi della società mista, possa essere utilizzato solo nei casi consentiti da norme espresse, o in ogni caso, in virtù della generale capacità di diritto privato della p.a.;
- se, conseguentemente, sia necessaria o meno una puntuale motivazione della scelta di utilizzo del modello societario;
- se nell'ambito del diritto comunitario l'utilizzo del modello societario sia eccezionale, o se invece l'affidamento a terzi, l'*in house* e il partenariato societario pubblico - privato siano alternative equivalenti;
- quali siano gli esatti presupposti della società *in house*, quanto, in particolare, al controllo analogo e all'attività prevalentemente dedicata;
- se in caso di società mista sia sufficiente un'unica gara per la scelta del socio, e sia poi consentito l'affidamento diretto di contratti alla società, o se invece occorra una doppia gara, una per la scelta del socio e una per l'affidamento del contratto;
- se sia ammissibile, nella società mista, scegliere un socio privato solo finanziario, e non anche operativo;
- se sia compatibile con il diritto comunitario un affidamento diretto a società mista, quando il socio privato sia stato scelto con gara;
- se sia ammissibile un affidamento diretto a società mista, quando il socio privato è stato scelto con gara, se il socio pubblico che procede all'affidamento diretto abbia fatto ingresso nella compagine societaria in un momento successivo alla sua costituzione, e dunque successivo alla scelta con gara del socio privato.

Chiamata a pronunciarsi su tutte le questioni attuali e controversie sia in materia di *in house* che di società miste, la plenaria, con la decisione 3 marzo 2008 n. 1, ha scelto di attenersi al

caso di specie, per il quale molte delle questioni sollevate non erano rilevanti, sicché ha potuto prescindere.

Nella specie, vi era stato l'affidamento diretto di servizi di carattere socio - sanitario da parte di una pubblica amministrazione ad una società a composizione mista.

Pertanto, la plenaria ha accantonato per difetto di rilevanza tutte le questioni sull'*in house*, che presuppone una partecipazione pubblica totalitaria.

La plenaria si è infatti limitata a ricostruire la giurisprudenza comunitaria sull'*in house*, concordando sulla necessità della partecipazione pubblica totalitaria e del controllo analogo.

La plenaria ha pertanto circoscritto il suo esame a due questioni:

- l'applicabilità o meno delle procedure comunitarie di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi socio – sanitari;

- la necessità o meno di una gara per l'affidamento di tali servizi ad una società mista, quando il socio privato è già stato scelto con gara.

Sulla prima questione, rileva che i servizi socio – sanitari ricadono tra quelli sottratti quasi integralmente al diritto comunitario (allegato II B al d.lgs. n. 163/2006), e dunque al d.lgs. n. 163/2006. Anche per essi, tuttavia, devono essere osservati i principi del Trattato a tutela della concorrenza come si evince dalla giurisprudenza comunitaria e come specifica l'art. 27, d.lgs. n. 163/2006.

Anche a voler configurare l'affidamento di tali servizi non come appalto, ma come concessione di servizio pubblico, prosegue la plenaria, devono essere osservati i principi del Trattato suddetti, come si evince dalla giurisprudenza comunitaria e come specifica l'art. 30, d.lgs. n. 163/2006.

Quanto alla seconda questione, la plenaria, nel ricordare il precedente della sez. II del Consiglio di Stato n. 456/2007, precedente che si è mostrato possibilista ponendo tuttavia precisi paletti, ha rilevato che il modello ivi previsto è una delle possibili soluzioni, ma non l'unica.

Tale modello presuppone la fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale, e si fonda sulla necessità che la gestione del servizio venga prevista allorquando si costituisce la società, con una sorta di società di <<missione>> e con la previsione di un socio <<d'opera>>. La plenaria ritiene che, allo stato, e in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo, diversamente si corre il rischio di dar luogo a interpretazioni *praeter legem*, che potrebbero non trovare l'avallo della Corte di giustizia.

Nel caso specifico, poi, la plenaria rileva che la fattispecie al suo esame differisce da quella esaminata dal citato parere della II sez.: manca, infatti, un socio d'opera, e l'affidamento del

servizio contestualmente alla costituzione della società. Vi è invece una società da tempo costituita, e *multiutilities*, a cui è stato affidato senza gara un ulteriore servizio socio – sanitario.

La plenaria ha ritenuto illegittimo tale affidamento senza gara, atteso che per lo stesso andavano rispettati i principi del Trattato e che non vi erano i presupposti, indicati dalla II sez., per l'affidamento diretto alla società mista.

Va considerato che la pronuncia della plenaria, sebbene pubblicata il 3 marzo 2008, è stata deliberata il 10 dicembre 2007, e non ha dunque potuto tener conto della comunicazione della Commissione europea 5 febbraio 2008, che ha aggiunto ulteriori tasselli alla tematica della società mista.

7.3. La comunicazione della Commissione europea 5 febbraio 2008 sulle società miste

La Commissione europea, con la comunicazione 5 febbraio 2008, ha fatto importanti affermazioni su come vada applicato il diritto comunitario dei pubblici appalti e concessioni in caso di partenariato pubblico – privato istituzionale (IPPP), che in Italia assume la forma tipica della società mista.

Il nodo sinora irrisolto e più delicato è stato quello della necessità o meno di una doppia gara, una per la scelta del socio privato, una per l'affidamento dell'appalto o concessione alla società mista, una volta che essa sia stata costituita previa scelta con gara del socio privato.

Sul punto già il Consiglio di Stato, con un parere della II sezione reso nel 2007, si era espresso nel senso della non necessità di una doppia gara, nel rispetto di condizioni determinate.

In questa direzione si muove anche la comunicazione in commento.

La Commissione premette di intendere l'IPPP come una cooperazione tra parte pubblica e soggetto privato che implica la costituzione di un soggetto a capitale misto, che esegue appalti o concessioni pubblici. L'apporto privato all'IPPP consiste, oltre che nell'apporto di capitale o altre risorse, nella partecipazione attiva ai contratti affidati al soggetto a capitale misto e/o all'amministrazione di tale soggetto. Invece, semplici iniezioni di capitale fatte da investitori privati in società a capitale pubblico, non costituiscono IPPP e sono perciò fuori dall'ambito della comunicazione della Commissione.

La Commissione europea ammette che la percepita mancanza di certezze legali circa il coinvolgimento di partners privati può minare il successo dell'operazione, e che esigere una doppia gara è soluzione non pratica, e tale da scoraggiare i privati dall'apportare il proprio capitale nell'ambito di un partenariato istituzionale.

La Commissione ritiene pertanto sufficiente una sola procedura di gara, che abbia un duplice oggetto, vale a dire la scelta del partner privato, di cui verranno fissati requisiti e

prestazioni, e l'affidamento a tale partner privato della missione al cui perseguimento è finalizzato l'IPPP.

Sicché, la selezione del partner privato è accompagnata sia dalla costituzione dell'IPPP, sia dall'affidamento della missione (appalto o concessione), al partner privato.

Se l'appalto o concessione ricade nell'ambito di applicazione delle direttive appalti, anche la scelta del partner privato dovrà seguire le relative procedure di evidenza pubblica.

La Commissione osserva che le direttive appalti presentano una certa rigidità di procedure, che potrebbero mal attagliarsi ad una gara finalizzata alla scelta di un socio finanziario.

Ma ritiene che si possa ovviare a tale rigidità utilizzando il dialogo competitivo, procedura adeguatamente flessibile, mentre meno utile è la procedura negoziata, praticabile solo in casi tassativi.

Nella procedura di evidenza pubblica avente il duplice oggetto di scelta del partner privato e affidamento ad esso della missione, occorre rispettare i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza.

Secondo la Commissione, per soddisfare parità di trattamento e non discriminazione, occorre che il bando di gara contenga informazioni sufficientemente dettagliate:

- 1) sugli appalti e concessioni che saranno affidati alla società mista;
- 2) in ordine allo statuto e all'atto costitutivo della società mista;
- 3) in ordine agli accordi tra azionisti;
- 4) in ordine al rapporto tra stazione appaltante pubblica e partner privato;
- 5) in ordine al rapporto tra soggetto pubblico e futura società mista.

Per soddisfare il principio di trasparenza, occorre sin dal bando iniziale indicare gli eventuali opzionali rinnovi o modifiche dell'originario appalto o concessione, sia l'eventuale opzionale affidamento alla società mista di ulteriori missioni.

E, invero, l'IPPP è ordinariamente impiegato per missioni a lunga scadenza, nelle quali può sorgere la necessità di modifiche o rinnovi in corso di esecuzione.

Ma modifiche e rinnovi in corso di esecuzione sono consentiti entro limiti molto stretti dalle direttive appalti, perché possono minare la trasparenza e la *par condicio*.

Pertanto, in caso di IPPP il bando iniziale deve già prevedere tali eventualità, che altrimenti non saranno consentite in corso di esecuzione, senza ricorrere a nuova gara.

La Commissione consiglia inoltre di indicare nel bando o nel contratto cosa accade alla società mista se ad essa non vengono affidate ulteriori missioni rispetto a quella iniziale.

Resta chiaro che la società mista non può in nessun caso rientrare nell'ambito del c.d. *in house providing*.

Perciò la società mista opera nei limiti dell'affidamento iniziale e non può ottenere senza gara ulteriori missioni che non siano già previste nel bando originario.

La società mista, comunque, rientra nella nozione di operatore economico che può partecipare, come offerente, a procedure pubbliche per l'affidamento di appalti o concessioni.

Può, pertanto, partecipare anche a procedure volte ad affidare appalti o concessioni che costituiscono modifica o ampliamento dell'originario appalto o concessione affidato alla società mista, modifica o ampliamento che, per non essere previsto nel bando originario, non può essere affidato in via diretta, senza gara, alla società mista.

Se, peraltro, indetta una gara di tale genere, ad essa vi partecipa la società mista, occorrerà adottare particolari cautele per assicurare la trasparenza e la *par condicio* con gli altri concorrenti, e per garantire che nessuna informazione confidenziale passi dalla stazione appaltante alla società mista.

7.4. Il Consiglio di Stato sulle società miste <<generaliste>>

Si è ritenuto che in caso di società mista <<generalista>> è illegittimo l'affidamento diretto di un appalto, ancorché il socio privato sia stato scelto con gara. In tale prospettiva si è affermato che è illegittimo l'affidamento diretto di lavori a una società mista il cui socio privato sia scelto con una procedura ad evidenza pubblica, nel caso di mancata identificazione dei concreti compiti operativi collegati all'acquisto della qualità di socio, così che la scelta di quest'ultimo, ancorché selezionato con gara, non avviene dunque per finalità definite, ma solo al fine della costituzione di una società "generalista", alla quale affidare l'esecuzione di lavori non ancora identificati al momento della scelta stessa: nel caso specifico, una società a totale partecipazione pubblica aveva indetto una gara per la scelta di un partner privato con cui dare vita ad una società mista destinata a svolgere in via diretta un numero indeterminato di lavori; il giudice ha ritenuto illegittima la mancata identificazione dei concreti compiti operativi collegati all'acquisto della qualità di socio, che si traduce in una distorsione della concorrenza, essendo evidente che la scelta di assumere l'incarico operativo per l'esecuzione di lavori indeterminati ma di rilevanti importi, e per la durata di un quinquennio, è di per sé discriminante in danno delle imprese di piccole dimensioni, che ben potrebbero, invece, concorrere per singoli lavori, di portata più limitata e ben precisata (Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2008 n. 4603).

7.5. La rimessione alla C. giust. CE da parte del Tar Catania in ordine alla necessità o meno di doppia gara in caso di società mista

Come visto sub a) e sub b), da un lato la plenaria non ha assunto una posizione definitiva sulla questione della necessità o meno di una doppia gara per l'affidamento di appalto a società mista, dall'altro lato la Commissione europea ha fissato le condizioni in presenza delle quali la doppia gara non sembra necessaria.

L'ultima parola spetta alla C. giust. CE, espressamente e specificamente investita di tale questione dal Tar Catania (Tar Sicilia – Catania, sez. III, 22 aprile 2008 n. 164, ord.).

In particolare, la C. giust. CE è chiamata a pronunciarsi sulla questione se è conforme al diritto comunitario, in particolare agli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 43, 49 e 86, Trattato, un modello di società mista pubblico-privata costituita appositamente per l'espletamento di un determinato servizio pubblico di rilevanza industriale e con oggetto sociale esclusivo, che sia direttamente affidataria del servizio in questione, nella quale il socio privato con natura "industriale" ed "operativa", sia selezionato mediante una procedura di evidenza pubblica, previa verifica sia dei requisiti finanziari e tecnici che di quelli propriamente operativi e gestionali riferiti al servizio da svolgere e alle prestazioni specifiche da fornire

7.6. La C. giust. CE di luglio 2008 ribalta la tesi della necessità partecipazione totalitaria nelle società *in house*

Finora la C. giust. CE aveva affermato che essenziale nell'*in house* è la partecipazione pubblica totalitaria, e che essa non sussiste in presenza di una quota, ancorché infima, di capitale in mano a soci privati, e anche per il solo fatto che lo statuto preveda la possibilità di vendere una parte del capitale a privati.

Tuttavia, secondo una pronuncia della C. giust. CE del 2008 (C. giust. CE, sez. II, 17 luglio 2008 C-371/05) una certa apertura al capitale privato non sembra possa escludere la sussistenza del controllo analogo ed il conseguente affidamento diretto. La Corte, ribaditi gli indici sintomatici del controllo analogo, ha affermato che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella oggetto del giudizio, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta.

7.7. L'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 e la dubbia sopravvivenza delle società *in house* per i servizi pubblici locali di rilevanza economica

Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'art. 113, t.u. enti locali (d.lgs. n. 267/2000), prevede, oltre che l'affidamento a società di capitali private, l'affidamento a società miste, nonché l'affidamento diretto a società *in house*.

Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica vi è stata una riforma organica con l'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008, che ha abrogato l'art. 113, t.u. enti locali, per la parte incompatibile con la nuova disciplina (co. 11).

L'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 afferma il principio della procedura di evidenza pubblica per l'affidamento di tali servizi pubblici.

In particolare, la disciplina ha come suo ambito l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti all'universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. e) e m), Cost., assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione (art. 23-*bis*, co. 1, d.l. n. 112/2008).

La nuova disciplina si applica a tutti i servizi pubblici locali e prevale sulle relative discipline di settore con essa incompatibili (art. 23-*bis*, co. 1, d.l. n. 112/2008).

Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità (art. 23-*bis*, co. 2, d.l. n. 112/2008).

In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2 dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, il successivo co. 3 dispone che, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.

Sul piano delle categorie soggettive che possono essere affidatarie dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la nuova disciplina sembra <<esternalizzare>>, prevedendo l'affidamento a imprese e società in qualunque forma, mediante gara, e voler precludere il modello *in house*.

Il riferimento a società di qualunque forma, potrebbe a prima lettura indurre a ritenere che si sia intesa mantenere la possibilità di affidamento a società miste e *in house*.

Tuttavia, la necessità della gara sembra comportare un implicito superamento del modello *in house*, nel quale, per definizione, vi è affidamento diretto senza gara.

Invece, sembra rimanere la possibilità di affidamento a società mista, purché vi sia una gara per la scelta del socio e l'affidamento della specifica missione.

Il problema esecutivo non è tuttavia di soluzione lineare.

Posto, infatti, che l'art. 113, t.u. enti locali, viene abrogato dall'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, solo nei limiti di incompatibilità con il *jus superveniens*, si tratta di capire se il co. 5 dell'art. 113 (che contempla come modalità di gestione l'affidamento esterno, l'affidamento a società mista e l'*in house*) sia o meno incompatibile con la nuova disciplina.

Si potrebbe infatti sostenere che l'art. 23-bis abbia inteso solo disciplinare le modalità dell'affidamento esterno, quando l'ente abbia prescelto tale formula organizzativa, ma non abbia inteso precludere la scelta discrezionale dell'ente locale circa la migliore formula organizzativa.

Ma se questa fosse la lettura dell'art. 23-bis, si dovrebbe allora affermare che la norma dà vita ad una finta liberalizzazione, e non innova granché: infatti, già dall'art. 113, t.u. enti locali e dall'art. 30, d.lgs. n. 163/2006, si desumeva la necessità del rispetto dei principi comunitari e nazionali in materia di contratti pubblici, per l'affidamento esterno dei servizi pubblici locali.

Sicché, se si vuole dare all'art. 23-bis effettiva portata liberalizzatrice, in coerenza con le finalità proconcorrenziali enunciate nella stessa disposizione, si deve ritenere che la norma abbia inteso incidere sui modelli gestionali dei servizi pubblici locali, affermando il principio che quando si tratta di servizi di rilevanza economica, essi vanno esternalizzati mediante gara, e non possono essere gestiti *in house*.

Tanto, anche alla luce del sistema normativo complessivo, nazionale e comunitario, come risulta anche dall'elaborazione giurisprudenziale, secondo cui l'*in house* è un modello da ritenere eccezionale, da utilizzare motivatamente e con cautela, solo laddove il mercato non sia in grado di assicurare lo svolgimento efficiente di un dato servizio. Sicché, fintanto che vi sia un servizio di rilevanza economica, il che implica che il servizio può essere adeguatamente soddisfatto mediante ricorso al mercato, la società *in house* va ritenuta fuori gioco.

Non può ritenersi di ostacolo a tale ricostruzione la circostanza che l'art. 23-bis, co. 10, d.l. n. 112/2008 demanda al regolamento di delegificazione il compito, tra l'altro, di <<prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e l'osservanza da parte delle società *in house* e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale>>. Infatti si deve ritenere che questa disciplina regolamentare abbia ad oggetto le società *in house* già

esistenti e gli affidamenti diretti già posti in essere, ma che non si sia intesa invece mantenere, per il futuro, la possibilità di costituire società *in house*.

Alla luce, dunque, delle finalità proconcorrenziali enunciate nella disposizione, e del dato letterale che afferma la necessità della gara, si deve pervenire alla conclusione che l'art. 23-*bis* abbia inteso escludere il modello *in house*, e che pertanto l'art. 113, co. 5, t.u. enti locali sia incompatibile con la nuova disciplina.

Tuttavia, come ha segnalato la Corte dei conti nella propria relazione della Corte di conti sullo stato dei controlli della Corte sugli organismi partecipati dagli enti locali, nell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 l'avvicinamento a forme di liberalizzazione effettiva dei servizi pubblici locali appare estremamente cauto ed il percorso non chiaramente delineato.

Ad esempio, la previsione di deroghe al principio dell'affidamento ordinario con gara in presenza della generica impossibilità di "un efficace ed utile ricorso al mercato" da un lato sembra indebolire l'affermazione del principio dell'affidamento attraverso procedure di evidenza pubblica e dall'altro, in realtà, circoscrive la possibilità di affidamento diretto a casi del tutto eccezionali (se non inesistenti), data la difficoltà di individuare ipotesi di impossibilità di ricorso al mercato in presenza di servizi pubblici locali. Inoltre, dubbi sorgono in merito all'affermazione della proprietà pubblica delle reti, al momento prevalentemente in mano a soggetti privati, all'ambito e ai poteri di intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e delle altre autorità di regolazione in caso di scelta, da parte dell'ente locale, di affidamento diretto del servizio, all'estensione alle Regioni della competenza locale di definire i bacini di gara per i diversi servizi, alla genericità del concetto di scelta "economicamente vantaggiosa" nel caso di affidamento di *multiutilities*, alla difficile compatibilità tra la generale previsione di deroghe agli affidamenti ordinari attraverso procedure di evidenza pubblica (co. 3) e l'affermazione dell'obbligo dell'affidamento dei servizi "in ogni caso" mediante procedura competitiva entro la data del 31 dicembre 2010 (co. 9).

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è intervenuta con comunicazione del 20 ottobre 2008, avente ad oggetto l'applicazione dell'art. 23-*bis* in commento, che ha indicato anche l'ambito dell'*in house*.

Tale comunicazione si applica agli enti locali con riguardo alla scelta dei modelli gestionali dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e fornisce alcune indicazioni in relazione ai compiti consultivi affidati all'Autorità dall'art. 23-*bis*, co. 3, in commento.

Secondo tale comunicazione si definiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale.

Secondo la comunicazione, per gli affidamenti in deroga di cui all'art. 23-bis, co. 3, dovendo essi avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria, l'affidamento diretto è relegato ad ipotesi eccezionali.

Ai criteri elaborati dalla Corte di giustizia e che qualificano il rapporto tra l'ente locale e la società affidataria, si aggiungono quelli esogeni inerenti le "particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento", in maniera tale da circoscrivere ulteriormente l'ambito di applicazione dell'affidamento diretto attraverso modalità *in-house*.

L'ente locale che intenda affidare un servizio pubblico locale ai sensi dell'art. 23-bis, co. 3, deve presentare una richiesta di parere, utilizzando l'apposito formulario, corredata dalle informazioni e dai documenti rilevanti, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, prima della delibera con la quale l'ente locale stesso affiderà il servizio ed in ogni caso, in tempo utile per il rilascio del prescritto parere.

L'ente locale deve fornire all'Autorità almeno:

a) una relazione contenente gli esiti dell'indagine di mercato dai quali risulti, in termini comparativi, la convenienza dell'affidamento diretto rispetto all'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica;

b) informazioni circa le modalità con le quali sono resi pubblici gli elementi di cui al punto sub a); c) tutte le indicazioni soggettive relative all'impresa/e interessata/e;

d) dati relativi al tipo ed al valore dei servizi in questione;

e) l'atto costitutivo, lo statuto e le informazioni relative al campo di attività della società affidataria; f) informazioni concernenti le caratteristiche economiche del settore o del mercato tali da giustificare l'affidamento *in-house*;

g) indicazioni in merito ai principali concorrenti;

h) indicazioni in merito alle eventuali forme di finanziamento o di sussidio dell'attività oggetto di affidamento e delle attività a questa connesse.

L'Autorità rilascia il parere di cui all'art. 23-bis, co. 4, entro il termine di sessanta giorni decorrenti dal ricevimento della richiesta avanzata dall'ente locale, purché la medesima contenga tutte le informazioni previste dal formulario e sia corredata degli allegati e di tutti gli elementi essenziali ad una completa valutazione da parte dell'Autorità.

In caso di incompletezza delle informazioni fornite dall'ente, l'Autorità può fissare un termine per il completamento della richiesta di parere. In tal caso, il termine di sessanta giorni previsto per il rilascio del parere decorre nuovamente dal ricevimento delle informazioni complete.

In ogni caso, qualora lo ritenga necessario, l'Autorità può richiedere all'ente ulteriori informazioni ai fini della valutazione.

L'Autorità ritiene che l'ente locale è chiamato a tenere nella dovuta considerazione le valutazioni espresse nel parere rilasciato.

7.8. La Corte dei conti sull'*in house* e sulle società miste

La relazione della Corte di conti sugli organismi partecipati dagli enti locali (C. conti, sez. autonomie, deliberazione 16 settembre 2008 n. 13) fornisce interessanti dati quantitativi sull'entità del fenomeno <<società partecipate dagli enti locali>>.

Sono state rilevate dalla Corte dei conti 3367 partecipazioni (2813 in società, 554 in altro) in 2231 organismi partecipati, ripartiti in 1791 società ed in 440 altri organismi.

Il Consiglio di Stato, con una pronuncia di aprile 2007, aveva ritenuto l'*in house* un modello eccezionale, non utilizzabile per i lavori pubblici, e segnatamente per i lavori pubblici nel settore dei beni culturali (Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007 n. 1514).

Tale tesi è stata messa in discussione nel corso del 2008 dalla Corte dei conti, che ha preso espressamente posizione a favore dell'*in house* come modello generale, dichiarando espressamente di non condividere la citata pronuncia del Consiglio di Stato n. 1514/2007 (C. conti, sez. contr. Lombardia, 23 gennaio 2008 n. 10, deliberazione).

Afferma la Corte dei conti che <<la gestione *in house* è espressione di un principio generale sia nazionale che comunitario di auto organizzazione in forza del quale gli enti pubblici possono organizzarsi per offrire i loro servizi o per reperire le prestazioni di cui hanno bisogno per esercitare le loro finalità istituzionali. Quella di auto organizzazione è peraltro una facoltà concessa dal diritto comune a tutti i soggetti dell'ordinamento, salvo espresse deroghe normative. Fuor d'ottica pertanto appare il richiamo al principio di legalità operato per escludere l'affidamento *in house* in mancanza di un espresso conferimento legislativo di poteri amministrativi. In effetti il potere dovere di svolgere il servizio nasce dall'ambito di attribuzioni dell'ente locale (peraltro costituzionalmente garantito) e dalla deliberazione di porre in essere il servizio. In sede esecutiva di gestione la copertura legislativa di un potere potrebbe giocare solo per l'esercizio di poteri compressivi di diritti di terzi, non certo per l'attività gestionale di un servizio.

Potrebbe invece configurarsi come espresa limitazione normativa il disposto dell'art. 53, d.lgs. n. 163/2006, secondo il quale, fatti salvi i contratti di sponsorizzazione e i contratti eseguiti in economia, i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione. In ogni caso la disposizione riguarda solo i lavori pubblici e non anche i servizi e le forniture.

In tal senso non sembra potersi condividere la tesi estremamente restrittiva di Cons. St. sez. VI, n. 1514/2007, secondo la quale solo l'espressa copertura legislativa consentirebbe l'applicazione dell'istituto dell'*in house*, dal momento che esso è un principio derogatorio della disciplina generale di carattere eccezionale che consente e non obbliga il legislatore nazionale a prevedere tale forma di affidamento.

Al riguardo si ricorda che nella risoluzione 14 gennaio 2004 del Parlamento europeo concernente il "libro verde sui servizi di interesse generale [COM (2003) 270 – 2003/2152 (INI)]", al punto 35, si formula l'auspicio che, "in ossequio al principio di sussidiarietà, venga riconosciuto il diritto degli enti locali e regionali di "autoprodurre" in modo autonomo servizi di interesse generale a condizione che l'operatore addetto alla gestione diretta non eserciti una concorrenza al di fuori del territorio interessato". Nella risoluzione 26 ottobre 2006 del Parlamento europeo sui "Partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni [2006/2003 (INI)]", ancora, si "respinge l'applicazione della legislazione in materia di appalti nei casi in cui gli enti locali intendono svolgere compiti nel loro territorio assieme ad altri enti locali nell'ambito di una riorganizzazione amministrativa, senza offrire a terzi operanti sul mercato la fornitura dei servizi in questione" (p.to 46) e si "ritiene tuttavia necessaria l'applicazione della normativa sugli appalti quanto gli enti locali offrono prestazioni sul mercato alla stregua di un'impresa privata nel contesto della cooperazione tra enti locali o fanno eseguire compiti pubblici da imprese private o da altri enti locali" (p.to 48)>>.

7.9. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato sull'*in house*

La tesi affermata dal Consiglio di Stato nel 2007 e ricordata nel par. f) che precede sembra smentita anche dall'AGCM. Questa, con l'atto di segnalazione 4 agosto 2008 n. 894, nel mentre ha stigmatizzato gli affidamenti diretti senza gara a società mista, al di fuori dei confini segnati dalla giurisprudenza nazionale e dagli organi comunitari, sembra aver voluto affermare che la società *in house*, che abbia tutti i requisiti fissati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, costituisce un legittimo caso di deroga generale al ricorso al mercato.

L'Autorità, infatti, nel ricordare che il d.lgs. n. 163/2006 afferma <<il principio fondamentale secondo cui "L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture [...] deve rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità [...]" (articolo 2, co. 1). La gara rappresenta dunque lo strumento privilegiato di affidamento di contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture>>, aggiunge poi che: <<Una deroga di carattere generale all'obbligo di esperire la gara d'appalto è ammissibile nel caso in cui l'affidamento del contratto

avente ad oggetto l'acquisizione di beni, servizi o forniture, venga disposto a favore di un soggetto legato all'Ente pubblico di appartenenza da un rapporto di delegazione interorganica. Tale assunto è desumibile, a contrario, dall'art. 1, co. 2, del d.lgs. 163/2006. Questo, infatti nel prevedere che "Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica", sembra implicitamente ammettere che almeno nel caso in cui la società risulti controllata al 100% dall'Ente pubblico interessato, l'affidamento diretto (o *in house*) del contratto di acquisizione di servizi o forniture divenga senz'altro un'ipotesi praticabile.>>.

7.10. L'*in house* per i lavori pubblici: rimessa la questione alla C. giust. CE da parte del Tar Catania

Il Tar Sicilia – Catania, con l'ordinanza 8 luglio 2008 n. 291, ha rimesso alla C. giust. CE, tra l'altro, la questione se i principi comunitari in materia di tutela della concorrenza ostano ad una normativa nazionale che consenta alla p.a. di affidare ad una società pubblica attività di caratterizzazione, progettazione ed esecuzione di interventi di bonifica – *id est* di realizzazione di opere pubbliche – in via diretta, senza esperire preliminarmente le necessarie procedure di evidenza pubblica.

Nel caso specifico l'affidamento in via diretta di tali opere pubbliche era avvenuto in favore della società *in house* Sviluppo Italia s.p.a. (società istituita con legge e a totale capitale pubblico), nel settore dei lavori pubblici.

7.11. Il controllo analogo in caso di pluralità di soci pubblici

La C. giust. CE ha fatto il punto su come si configura il controllo analogo in caso di pluralità di soci pubblici, giungendo a conclusioni analoghe a quelle già elaborate dalla giurisprudenza nazionale.

La Corte ha ritenuto che ove le decisioni relative alle attività di una società cooperativa intercomunale detenuta esclusivamente da autorità pubbliche sono adottate da organi statutari di detta società composti da rappresentanti delle autorità pubbliche associate, il controllo esercitato su tali decisioni dalle autorità pubbliche in parola può essere considerato tale da consentire loro di esercitare sulla società di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercitano sui propri servizi (peraltro, con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio dei fatti attinenti al margine di autonomia di cui fruisce la società in causa, in circostanze come quelle di cui alla causa principale) (C. giust. CE, 13 novembre 2008 C-324/07, *Coditel Brabant SA*.).

La pronuncia in commento si è soffermata anche sulle modalità di esercizio del controllo analogo in caso di pluralità di soci pubblici, affrontando il tema se il controllo debba essere individuale o possa essere congiunto, e addivenendo alla seconda soluzione.

Si è concluso che qualora un'autorità pubblica si associ ad una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, al fine di trasferirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità associate a detta società esercitano su quest'ultima, per poter essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, può essere esercitato congiuntamente dalle stesse, deliberando, eventualmente, a maggioranza.

Gli argomenti sono i seguenti.

Da un lato, va ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte, quando un ente concessionario è detenuto da varie autorità pubbliche, la condizione relativa alla parte più importante della sua attività può ricorrere considerando l'attività che tale ente svolge con l'insieme di dette autorità (v., in tal senso, sentenze Carbotermo e Consorzio Alisei, punti 70 e 71, e Asemfo, punto 62).

Sarebbe coerente con il ragionamento sotteso alla citata giurisprudenza considerare che la condizione relativa al controllo esercitato dalle autorità pubbliche possa essere parimenti soddisfatta tenendo conto del controllo esercitato congiuntamente sull'ente concessionario dalle autorità pubbliche che lo detengono.

La giurisprudenza impone che il controllo esercitato sull'ente concessionario da un'autorità pubblica concedente sia analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento (v., in tal senso, sentenza Parking Brixen, cit., punto 62). L'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale.

D'altro canto, allorché varie autorità pubbliche scelgono di svolgere le loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad un ente concessionario comune, è di norma escluso che una di tali autorità, salvo che detenga una partecipazione maggioritaria nell'ente in questione, eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di tale ente. Richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità pubblica intendesse associarsi ad un gruppo formato da altre autorità pubbliche, come una società cooperativa intercomunale.

Orbene, un risultato del genere non sarebbe conforme al sistema di norme comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni. Si riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri

strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi (sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 48).

Detta possibilità per le autorità pubbliche di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle loro missioni di servizio pubblico può essere utilizzata in collaborazione con altre autorità pubbliche (v., in tal senso, sentenza Asemfo, cit., punto 65).

Occorre quindi riconoscere che, nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano un ente concessionario cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente.

Trattandosi di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide. Siffatta conclusione non è inficiata dalla citata sentenza Coname. Di sicuro la Corte ha ivi considerato che una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire ad un comune di esercitare il controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico (v. sentenza Coname, cit., punto 24). Tuttavia, in questo stralcio della sentenza considerata, la Corte non affrontava la questione se un siffatto controllo potesse essere esercitato in maniera congiunta.

Del resto, in una sentenza successiva, cioè la citata sentenza Asemfo (punti 56-61), la Corte ha dichiarato che, in talune circostanze, la condizione relativa al controllo esercitato dall'autorità pubblica poteva essere soddisfatta nel caso in cui tale autorità detenesse solamente lo 0,25% del capitale di un'impresa pubblica.

7.12. Questioni esegetiche e di costituzionalità in relazione all'art. 13, d.l. n. 223/2006

L'art. 13, d.l. n. 223/2006, convertito nella l. n. 248/2006, ha limitato la partecipazione alle gare di appalto e ad affidamenti diretti da parte delle società pubbliche, sia *in house* che miste.

In particolare, per le società *in house* e per le società miste delle regioni e degli enti locali, si è occupato dell'ambito di attività consentite a tali società al di fuori di quelle con i soci pubblici.

L'art. 13, nel dettaglio, prevede che le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti.

Dalla limitazione costituita dall'esercizio esclusivo, e non solo prevalente, dell'attività della società con i soci pubblici, sono escluse le società finalizzate ai servizi pubblici locali

(essenzialmente quelle di cui all'art. 113, t.u. enti locali) (Tar Lazio-Roma, sez. III, 21 marzo 2008 n. 2514; Tar Veneto, sez. I, 31 marzo 2008 n. 788,).

In caso di società che abbia come oggetto sociale sia servizi strumentali che servizi pubblici locali, si è ritenuto che si ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 13 in commento (Tar Sardegna, sez. I, 11 luglio 2008 n. 1371).

La norma limitativa si applica anche alle società miste con capitale pubblico minoritario (Cons. St., sez. IV, 5 marzo 2008 n. 946), e anche al caso in cui la società pubblica o mista partecipi ad un appalto quale componente di un'a.t.i. (Tar Veneto, sez. I, 7 maggio 2008 n. 305, ord.).

E' controverso se sia ammissibile o meno la partecipazione di tali società ad appalti banditi prima della data di entrata in vigore del d.l., talora accogliendosi la soluzione affermativa, tal'altra quella negativa. La soluzione corretta è quella negativa, atteso che la salvezza normativa riguarda solo i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del d.l. purché le relative procedure di affidamento siano state bandite prima di tale data; nulla si dice se il bando è anteriore a tale data, e la procedura si svolge dopo di essa ma non c'è ancora conclusione del contratto (Cons. St., sez. IV, 5 marzo 2008 n. 946); sicché, ancorché il bando sia anteriore al d.l. n. 223/2006, se l'aggiudicazione è successiva all'entrata in vigore del citato art. 13, esso trova applicazione, precludendo l'aggiudicazione in favore di una società pubblica che operi *extra moenia* (Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008 n. 4080).

Il Consiglio di Stato ha ritenuto di non rimettere alla Corte cost. questioni di legittimità del citato art. 13, osservando che esso non limita, ma amplia la concorrenza, dato che elimina posizioni di privilegio per società a partecipazione pubblica (Cons. St., sez. IV, 5 marzo 2008 n. 946).

La Corte cost. si è peraltro pronunciata su questioni di legittimità del citato art. 13, sollevate in via principale da svariate Regioni, ritenendo che non sono state invase competenze regionali, atteso che le regole introdotte rientrano nella competenza esclusiva del legislatore statale in materia di ordinamento civile, poiché funzionali alla definizione dei confini tra l'attività amministrativa e l'attività d'impresa, soggetta alle regole del mercato, nonché nella competenza legislativa statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, in quanto finalizzate ad eliminare distorsioni della concorrenza stessa (Corte cost., 1 agosto 2008 n. 326).

7.13. Questioni di costituzionalità sulle norme sulle società pubbliche contenute nella finanziaria per il 2007

La l. finanziaria per il 2007 (l. n. 296/2006) detta importanti disposizioni di carattere ordinamentale in relazione alle società *in house* e miste degli enti locali e delle Regioni, in ordine al

numero massimo di amministratori, al compenso massimo ad essi erogabile e ad una specifica responsabilità di risultato (art. 1, co. da 725 a 735).

Altre disposizioni, sugli stessi temi, sono dettate in altri co. della l. finanziaria per gli amministratori delle società a partecipazione statale.

Nel corso del 2008, la Corte cost. si è pronunciata sulla legittimità costituzionale di tali disposizioni, sotto il profilo del riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni.

Ha dichiarato illegittimo l'art. 1, co. 730, (su ricorso principale della Regione Veneto e della Provincia autonoma di Bolzano), in quanto, se è vero che il legislatore statale può dettare principi di coordinamento della finanza pubblica anche nelle materie riservate alla competenza legislativa regionale, tuttavia deve trattarsi, appunto, di principi, laddove la disciplina in materia di società pubbliche dettata dalla l. n. 296/2006 è, secondo la Corte, eccessivamente dettagliata. La Corte cost. ha infatti statuito che il co. 730 è costituzionalmente illegittimo perché irriducibile a quanto prescritto nell'ultimo periodo del co. 3 dell'art. 117, Cost.: <<quand'anche la norma impugnata venga collocata nell'area del coordinamento della finanza pubblica, è palese che il legislatore statale, vincolando Regioni e Province autonome all'adozione di misure analitiche e di dettaglio, ne ha compresso illegittimamente l'autonomia finanziaria, esorbitando dal compito di formulare i soli principi fondamentali della materia>> (Corte cost., 20 maggio 2008 n. 159).

La medesima pronuncia si è poi occupata degli altri co., con riferimento alla loro legittimità o meno per la Provincia autonoma di Bolzano (e per estensione, di Trento).

In relazione ai co. da 725 a 729, la Corte cost. ha escluso che essi siano espressivi del potere legislativo statale in tema di ordinamento civile di cui all'art. 117, co. 2, lett. 1), Cost. (per le Regioni ad autonomia speciale ci si dovrebbe riferire al cosiddetto limite del "diritto civile"): ciò perché queste disposizioni pongono semplicemente alcuni ulteriori limiti alle forme di partecipazione degli enti locali in società di diritto privato rispetto a quelli già ampiamente previsti dalle speciali disposizioni legislative sull'amministrazione locale (art. 4, d.l. n. 26/1995, d.P.R. n. 533/1996 recante «Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali»; artt. 113-*bis*, 115 e 116, d.lgs. n. 267/2000, recante «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali»), mentre le società partecipate dagli enti locali restano, dal punto di vista civilistico, disciplinate dalle pertinenti disposizioni del codice civile ed in particolare - per quanto qui rileva - dall'art. 2449 c.c.

Secondo la Corte, spetterà ai rappresentanti dell'ente locale, sulla base delle nuove prescrizioni legislative, operare per le modifiche eventualmente necessarie al fine dell'adeguamento

statutario o dell'adozione delle deliberazioni assembleari richieste in tema di numero e di compenso degli amministratori.

Secondo la Corte, nei co. da 725 a 729 vi è la compresenza di esigenze sia ordinamentali, sia di disciplina della spesa degli enti locali: la Corte ha ritenuto che la Provincia autonoma è abilitata a dedurre la lesione della sola autonomia finanziaria dell'ente locale, in quanto spetta alla Regione Trentino - Alto Adige la competenza in materia ordinamentale.

Peraltro, non appare dubbio che nei co. 725, 726, 727 e 728 prevalgono le esigenze di tipo finanziario, implicate dal livello di spesa direttamente conseguente alla determinazione del compenso degli amministratori, mentre nel co. 729 appaiono prevalenti le esigenze di tipo ordinamentale, che si esprimono nelle modalità partecipative dell'ente alla società, tramite la nomina degli amministratori.

Da queste qualificazioni deriva anzitutto l'inammissibilità dell'impugnativa da parte della Provincia autonoma di Bolzano del co. 729.

Invece, la prevalenza delle esigenze di tipo finanziario nei co. 725, 726, 727 e 728 legittima la Provincia, ai sensi degli artt. 5 e 80 dello statuto, a dedurre la indebita compressione dell'autonomia finanziaria dei propri enti locali da parte della legge statale.

Secondo la Corte la questione è fondata: il carattere analitico e molto dettagliato delle norme impugnate ne comporta l'illegittimità costituzionale, per il territorio della sola Provincia di Bolzano e, data l'identità delle competenze statutarie, della Provincia di Trento, cui si estendono gli effetti della declaratoria di incostituzionalità.

La Corte ha poi dichiarato illegittimo il co. 734, nei confronti sia delle Regioni che delle Province autonome di Trento e Bolzano.

Il co. 734 pone un limite alla possibilità di nominare ad «amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi», con una norma che riguarda sia lo Stato che gli altri enti pubblici.

Secondo la Corte, non si può negare la competenza del legislatore statale in tema di organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali (art. 117, co. 2, lett. g), Cost.); per quanto riguarda gli enti locali presenti nelle Regioni ad autonomia ordinaria, viene in rilievo la competenza esclusiva statale prevista dall'art. 117, co. 2, lett. p), Cost.; ma già diverso è il problema nelle Regioni ad autonomia speciale, i cui statuti attribuiscono alle leggi regionali la competenza in tema di ordinamento degli enti locali. Per ciò che concerne, invece, i profili

organizzativi delle Regioni e delle Province autonome, sembra evidente che il legislatore statale non dispone in materia di una propria competenza, la quale appartiene, invece, alle stesse Regioni e Province autonome.

Il ricorso della Provincia di Bolzano non si riferisce all'impatto della disposizione sulle nomine che riguardino enti e società a partecipazione statale. Esso non è ammissibile per quanto concerne la sua incidenza sull'ordinamento degli enti locali, avendo lo statuto regionale attribuito la competenza in materia alla Regione e non alla Provincia.

Fondata è, invece, secondo la Corte, la censura riferita alla lesione apportata dal co. 734 all'autonomia organizzativa di Regioni e Province. Tale autonomia è, infatti, garantita non solo dalle loro speciali disposizioni statutarie, ma altresì dall'art. 117, co. 4, Cost., da intendersi applicabile a tutte le Regioni, ai sensi dell'art. 10, l. cost. n. 3/2001, il quale riserva alla potestà legislativa residuale regionale la disciplina dell'autonomia dell'organizzazione amministrativa.

Peraltro, anche ove si volesse accedere all'interpretazione secondo cui il co. 734 atterrebbe alla materia del coordinamento della finanza pubblica, resta non superabile il rilievo, costante nella giurisprudenza della Corte cost., che disposizioni di principio in tema di coordinamento della finanza pubblica possono prescrivere solo criteri ed obiettivi, ma non imporre vincoli specifici e puntuali.

Il co. 734 va quindi dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui si riferisce alle Regioni e alle Province autonome.

Invece sono state ritenute non fondate le questioni di costituzionalità del co. 735.

La Corte cost. ha più volte affermato la non lesività rispetto all'autonomia regionale degli «obblighi di trasmissione all'amministrazione centrale di dati ed informazioni a scopo di monitoraggio» ed equivalenti, che appaiono prescrizioni, come quelle *de quo*, relative al conferimento di piena pubblicità per alcune categorie di dati. Inoltre, la Corte ha più volte ritenuto riferibile anche alle autonomie regionali speciali la titolarità esclusiva statale in tema di «coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale», di cui all'art. 117, co., lett. r).

Peraltro, se si opera nell'ambito di una competenza esclusiva statale, spetta al legislatore statale prevedere eventualmente sanzioni amministrative, in coerenza con la costante giurisprudenza della Corte secondo la quale la disciplina in tema di sanzioni accede alla disciplina sostanziale.

In sintesi, la Corte ha ritenuto:

- costituzionalmente illegittimi i co. 730 e 734, sia per le Regioni ordinarie che per quelle speciali e per le Province autonome;

- costituzionalmente illegittimi i co. 725, 726, 727, 728, per le sole Province autonome di Trento e Bolzano.

7.14. Questioni esegetiche sulle norme sulle società pubbliche contenute nella finanziaria per il 2008

Dopo ampio dibattito, la l. n. 244/2007 ha introdotto un divieto di costituzione di società da parte delle pubbliche amministrazioni elencate nell'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001 (art. 3, co. 27, 28, 29, l. n. 244/2007).

Il divieto è rivolto al dichiarato fine di tutelare la concorrenza e il mercato, vale a dire di impedire che gli enti pubblici, attraverso la costituzione di società, intervengano in settori dove il mercato è in grado di operare, inquinandolo con la presenza di soggetti che godono di indebito vantaggio concorrenziale per il tramite del finanziamento pubblico.

Il divieto, sotto il profilo soggettivo, riguarda le amministrazioni di cui al citato art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001.

Sotto il profilo oggettivo, il divieto riguarda la costituzione di società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Le disposizioni sono formalmente applicabili anche alle società quotate.

Il divieto si estende all'assunzione o mantenimento direttamente o indirettamente di partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

In deroga a tale divieto, è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società.

Sicché deve ritenersi che resta consentito il modello societario *in house* o misto, ad es., per i servizi pubblici locali (ivi compresi quelli che ricevono una specifica disciplina, quale il servizio idrico integrato e quello del gas).

Nell'esegesi della previsione che fa riferimento alla perdurante possibilità di costituire società per perseguire i fini istituzionali, la Corte dei conti ha ritenuto che una società comunale per la gestione del servizio farmaceutico può essere ricondotta tra le società che perseguono finalità istituzionali dell'ente ovvero tra le società di produzione di servizi di interesse generale, sicché non ricade nel divieto di detenere partecipazioni diviso dall'art. 3, co. 27, l. n. 244/2007 (C. conti, sez. contr. Puglia, 27 febbraio 2008 n. 3, parere).

Sempre la Corte dei conti si è invece espressa in termini dubitativi circa la possibilità di costituzione di una società comunale per programmare e realizzare infrastrutture per favorire l'insediamento di attività produttive. Fermo che il rafforzamento e lo sviluppo dell'economia e delle attività produttive locali corrisponde ad un bisogno che rientra fra quelli che gli enti locali possono contribuire a soddisfare, sempre che, in base ad una corretta ed obiettiva analisi che deve essere condotta in modo motivato e trasparente dagli organi di governo dell'ente, si tratti di un'esigenza reale che possa essere soddisfatta solo a seguito di un intervento diretto dell'ente locale.

Tuttavia, notevoli dubbi sussistono in ordine alla possibilità di intervenire direttamente da parte del Comune nell'attività di realizzazione e commercializzazione di insediamenti produttivi e residenziali, sia in relazione al diritto interno che a quello comunitario.

In relazione al primo profilo quest'attività sembra esulare dalle finalità proprie dell'ente territoriale, configurandosi come attività tipicamente commerciale che, come si è detto sopra, può solo essere favorita dall'ente pubblico creando le migliori condizioni infrastrutturali e territoriali affinché gli interessati procedano nella costruzione ed insediamento.

Quanto al secondo profilo, la costituzione di una società partecipata dall'ente locale alla quale verrebbero conferiti i diritti di costruzione degli insediamenti produttivi o residenziali appare porsi in deciso contrasto sia con le regole sulla concorrenza che con quelle sul divieto di aiuti di stato che sono contenute nel Trattato istitutivo delle Comunità europee e, in ogni caso, potrebbe falsare la libertà del mercato (C. conti, sez. contr. Lombardia, 11 aprile 2008 n. 23).

In via transitoria è stabilito che entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della l. n. 244/2007, le amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate.

Occorre pertanto anzitutto una ricognizione delle partecipazioni possedute, prodromica al loro mantenimento o dismissione.

L'atto che eventualmente autorizzi il mantenimento della partecipazione appare atto necessitato e preliminare ad un'operazione di reinternalizzazione del servizio medesimo.

Difatti, la norma, la cui *ratio* è la tutela della concorrenza e del mercato, pur non vietando espressamente processi di reinternalizzazione, appare contraria al coinvolgimento sostanziale della p.a. nelle attività non strettamente necessarie alla sua missione istituzionale, indipendentemente dalla veste societaria o pubblica dell'organizzazione che ad essa sovrintenda.

Da ciò deriva che, a partire dal 1° gennaio 2008, in presenza di un eventuale diniego di autorizzazione al mantenimento, la cessione a terzi della partecipazione vietata è obbligatoria, e non alternativa a processi di reinternalizzazione, così come non sono possibili operazioni, quali la reinternalizzazione di un servizio precedentemente esternalizzato, tali da comprimere le esigenze di

tutela della concorrenza e del mercato sottese alla normativa della finanziaria del 2008, senza una preventiva valutazione da parte dell'organo elettivo dell'ente locale dell'appartenenza dell'attività svolta dalla società partecipata al core business dell'azionista pubblico.

In secondo luogo la scelta in ordine all'esternalizzazione come al processo inverso della reinternalizzazione (o *re-insourcing*) di un servizio deve scaturire da un'attenta valutazione da parte dell'ente locale dei vantaggi dell'operazione, in termini sia di efficienza che di economicità del servizio, per cui la pianificazione dell'operazione dovrebbe rendere conto del fatto che i costi di gestione gravanti sulla società subirebbero un decremento in caso di riassunzione dei compiti in capo all'ente locale (in tal senso la necessità del conseguimento di economie di gestione appare condizione necessaria ricavabile dall'art. 29, co. 1, l. n. 448/2001 essendo tale disposizione espressione di un principio immanente in ogni processo di trasformazione organizzativa della p.a.) (C. conti, sez. contr. Veneto, 22 maggio 2008 n. 18).

Secondo l'interpretazione data dalla Corte dei conti (C. conti, sez. contr. Lombardia, 8 luglio 2008 n. 48, parere.), entro il termine fissato per legge, le amministrazioni devono avviare la procedura di dismissione, ma non obbligatoriamente completarne l'iter. E ciò per evitare svendite o speculazioni dei soggetti privati nella determinazione del prezzo di acquisto della partecipazione o della società in mano pubblica.

L'asimmetria della posizione delle pubbliche amministrazioni alienanti rispetto a quella dei terzi concorrenti alla gara, non vincolati, al contrario delle prime, ad un termine legale ed obbligatorio di alienazione, se non correttamente intesa, produrrebbe una debolezza strutturale delle ragioni di parte pubblica la quale, per ciò solo, vedrebbe notevolmente ridotte le possibilità di svolgere una gara effettiva ad un congruo prezzo di dismissione.

Il cedere obbligatoriamente le partecipazioni vietate entro un termine legale, produrrebbe occasioni di speculazione privata tesa al ribasso del prezzo di acquisto, in una prospettiva del tutto contraria all'interesse pubblico alla sana e corretta gestione del patrimonio e delle risorse della collettività.

Inoltre, a seguito dell'attività ricognitiva in materia di partecipazioni vietate, le grandi realtà territoriali o gli enti istituzionali di maggiori dimensioni, potrebbero trovarsi a dover contemporaneamente gestire un elevato numero di dismissioni, senza poter oggettivamente approdare in tempi brevi al perfezionamento delle procedure di cessione.

In tali evenienze, in conformità con la delibera autorizzativa, occorrerà stilare un accurato programma che scandisca i tempi e le modalità delle previste dismissioni.

Il termine per la cessione a terzi di società o partecipazioni vietate, che potrebbe incidere su un'adeguata valutazione della convenienza economica dell'operazione è comunque da ritenersi non perentorio data, tra l'altro, la mancata previsione di sanzione.

7.15. La proroga delle concessioni del gas legittima secondo la C. giust. CE

La giurisprudenza nazionale aveva sollevato questione di compatibilità comunitaria in ordine alla disciplina italiana (art. 23, d.l. n. 273/2005, conv. in l. n. 51/2006) che ha disposto la proroga legale (ancorata al ricorso di determinati presupposti) del regime transitorio delle concessioni di servizi di distribuzione del gas naturale (v. l'originario d.lgs. 164/2000, che nel liberalizzare il settore ha dettato un regime transitorio per le concessioni affidate senza gara), a suo tempo affidate senza procedura di evidenza pubblica (Tar Lombardia – Brescia, 4 agosto 2006 n. 963, ord).

Tale regime transitorio è stato <<salvato>> dalla C. giust. CE nel 2008, secondo cui la direttiva 2003/55/CE, relativa al mercato interno del gas naturale, non osta a una normativa nazionale che, nel prevedere la risoluzione anticipata delle concessioni in essere del servizio di distribuzione del gas (non contemplata dalla direttiva), stabilisca un periodo transitorio e ne disponga successivamente il prolungamento; una normativa nazionale che preveda un periodo transitorio per la risoluzione anticipata delle concessioni in essere del servizio di distribuzione del gas naturale e ne disponga il prolungamento può costituire, in relazione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, una discriminazione indiretta; essa può tuttavia giustificarsi sulla base del principio della certezza del diritto, quando la durata del periodo transitorio sia rispettoso del limite della proporzionalità. Secondo la Corte, il principio della certezza del diritto non soltanto consente, ma altresì esige che la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico.

Compete al giudice del rinvio valutare se, in particolare, il prolungamento della durata del periodo transitorio, posto in atto da una normativa come quella in questione nella causa principale, possa essere considerato necessario ai fini del rispetto del principio della certezza del diritto (C. giust. CE, sez. II, 17 luglio 2008 C-347/06).

7.16. Le società pubbliche sono organismi di diritto pubblico?

Nel senso che la RAI, società pubblica, costituisce organismo di diritto pubblico si è pronunciata la Cassazione, secondo cui solo gli appalti specificamente relativi a servizi di

radiodiffusione e televisione si sottraggono alle procedure di evidenza pubblica, mentre gli altri appalti, quale quello inerente il servizio di vigilanza delle sedi, devono seguire le procedure di evidenza pubblica, con conseguente giurisdizione del g.a. (Cass., sez. un., 23 aprile 2008 n. 10443).

8. ESPROPRIAZIONE “SANANTE” EX ART. 43 D.P.R. N. 327/2001

Posto che, a seguito dell'introduzione dell'art. 43, t.u. espropriazioni l'occupazione del fondo privato unita alla sua irreversibile trasformazione non determina più l'automatico acquisto del bene al patrimonio pubblico, l'adozione di un formale provvedimento amministrativo che determini tale effetto obbliga l'amministrazione a risarcire il privato per il danno arrecatogli.

In tema di risarcimento del predetto danno, e con particolare riferimento alla esperibilità della relativa azione, si è registrato nel 2008 un mutamento di indirizzo nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Infatti, da una parte, l'occupazione *sine titulo* era stata qualificata – dopo le sentenze della C.E.D.U. dell'anno 2000 – come *illicito permanente*, con la conseguenza che l'azione giudiziaria intrapresa dal privato per ottenere il risarcimento del danno subito non potesse essere considerata prescritta decorsi cinque anni dall'avvenuta trasformazione del fondo (Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2007 n. 3752; 16 novembre 2007 n. 5830). Dall'altra parte, in senso contrario, con la sentenza del 26 settembre 2008 n. 4660, la stessa sezione ha invece affermato che – in applicazione dei principi generali di cui all'art. 2935 c.c. - l'azione risarcitoria soggiace al termine di prescrizione quinquennale, che inizia a decorrere dallo spirare del termine dell'occupazione validamente autorizzata.

Nel solco di tale orientamento, la stessa sezione ha poi affermato che la decorrenza della prescrizione non può essere interrotta per effetto della proposizione del ricorso giurisdizionale avverso il decreto di esproprio, o del giudizio di opposizione alla stima, essendo il diritto al risarcimento del danno o il diritto alla indennità di occupazione e di espropriazione, entità ontologicamente diverse (Cons. St., sez. IV, 6 novembre 2008 n. 5498).

Sempre in tema di azione risarcitoria per occupazione appropriativa, va segnalata la sentenza del Consiglio di Stato (Cons. St., sez. IV, 10 aprile 2008 n. 1552) con la quale si è precisato che, l'impresa che ha realizzato i lavori su di un terreno occupato d'urgenza - ma per il quale non sia mai stato emanato il decreto di esproprio - non può ritenersi legittimata passiva nella relativa azione risarcitoria.

In tema di individuazione del plesso giurisdizionale competente a conoscere la domanda risarcitoria avanzata a seguito di occupazione acquisitiva di un fondo privato, determinata dall'irreversibile trasformazione dell'area, la Corte di cassazione (sez. un., 11 settembre 2008 n. 23388) ha ritenuto sussistente la giurisdizione ordinaria, in considerazione del fatto che la concreta vicenda sottoposta al suo esame si era dispiegata tutta (inclusa la domanda giudiziale) in data antecedente all'entrata in vigore dell'art. 34, d.lgs. 80/1998, ossia, prima della introduzione di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.a. che coprisse tutta la materia dell'urbanistica.

In ossequio alle decisioni dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (nn. 9 e 12 del 2007), la giurisprudenza amministrativa è ormai univoca nell'affermare che sussiste la giurisdizione del g. a. con riferimento alla richiesta di risarcimento dei danni per occupazione illegittima, in quanto l'annullamento degli atti della procedura espropriativa, pur eliminando con efficacia *ex tunc* i provvedimenti ablatori, non determina un'ipotesi di carenza assoluta di potere in capo all'Amministrazione tenuto conto che, nel momento in cui quest'ultima ha agito, lo ha fatto esercitando delle prerogative pubblicistiche di cui era titolare, seppure l'esercizio delle stesse sia stato successivamente riconosciuto viziato e vi sia stato l'annullamento degli atti della procedura ablatoria (*ex multis*, Cons. giust. sic. 29 maggio 2008 n. 490; Tar Sicilia-Palermo, 8 maggio 2008 n. 601).

Ai sensi dell'art. 43, co. 3, d.P.R. n. 327/2001, qualora sia pendente un giudizio volto ad ottenere la restituzione del fondo occupato *sine titulo* dall'Amministrazione, ovvero l'annullamento del provvedimento emesso per l'acquisizione "in sanatoria" del fondo, la p.a. può chiedere che il giudice – in caso di fondatezza della domanda – disponga il risarcimento del danno quale succedaneo della restituzione. Una pronuncia (Tar Emilia Romagna-Parma, 18 settembre 2008 n. 384) ha sostenuto che la domanda di parte pubblica rivolta all'a.g. con la quale si opti per il risarcimento del danno in luogo della restituzione del fondo debba essere ritualmente introdotta in giudizio sotto forma di ricorso incidentale notificato alle altre parti in causa, trattandosi di domanda riconvenzionale diretta a modificare l'originario *petitum* del ricorso. Era stato inoltre precisato, già in precedenza (Cons. giust. sic. 28 settembre 2007 n. 915), che la domanda giurisdizionale di acquisizione di beni al patrimonio dello Stato ex art. 43, co. 3, d.P.R. n. 327/2001 non può essere formulata per la prima volta nel corso del giudizio di ottemperanza, essendo oramai già definitivamente consolidato l'assetto delle pretese dalla sentenza di ultimo grado.

Sotto altro profilo, si deve dare conto dell'orientamento giurisprudenziale – già affiorato negli anni scorsi (Cons. St., sez. IV, 21 maggio 2007 n. 2582; Tar Emilia Romagna- Bologna 7

dicembre 2007 n 802) e consolidatosi nel corso del 2008 - alla stregua del quale la procedura di acquisizione "in sanatoria" dell'area occupata *sine titulo* descritta dall'art. 43 trova applicazione in ogni caso, anche con riguardo alle occupazioni perpetrate prima dell'entrata in vigore del d.P.R. 327/2001 (così Tar Puglia-Bari, sez. III, 17 settembre 2008 n. 2131; Tar Sicilia-Catania, sez. II, 18 novembre 2008 n. 2098). Infatti, l'art. 57 del medesimo testo unico, richiamando i "procedimenti in corso" ha previsto norme transitorie unicamente per individuare l'ambito di applicazione della riforma in relazione alle diverse fasi "fisiologiche" del procedimento, mentre l'atto di acquisizione ex art. 43 è emesso *ab externo* del procedimento espropriativo e non rientra, pertanto, nell'ambito di operatività della normativa transitoria.

Si segnalano poi alcune recenti decisioni di merito con le quali il Tar Sicilia-Catania (sez. II, 28 maggio 2008 n. 973, ed altre) con le quali l'organo giudicante ha valutato quale comportamento concludente, che deporrebbe in favore della condanna al risarcimento monetario, piuttosto che alla restituzione del bene (ex art. 43, co. 3, d.P.R. n. 327/2001), l'azione della p.a. che ha decretato la pubblica utilità dell'opera, occupato il terreno, eseguito ed utilizzato il manufatto per scopi di pubblico interesse. Per tale guisa è stata accolta la domanda di risarcimento del danno avanzata dal proprietario spogliato del terreno, che ha esplicitamente chiesto - non la reintegrazione nel diritto di proprietà, ma - l'equivalente monetario per la perdita subita; mentre la condotta dell'ente pubblico è stata valutata come un'implicita scelta di mantenimento dello *status quo*, fermo restando naturalmente l'obbligo di procedere alla formalizzazione dell'acquisizione del bene.

Va, infine, segnalato che il Tar Campania-Napoli, sez. V (ordinanza 28 ottobre 2008 n. 730), ha rimessa alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 43, d.P.R. n. 327/2001 (nella parte in cui disciplina la cd. acquisizione "sanante") avendo ritenuto non manifestamente infondati i seguenti vizi di incostituzionalità: a) violazione dell'art. 42 Cost., dal momento che la norma denunciata di illegittimità capovolge la garanzia costituzionale del diritto di proprietà consentendo alla p.a. di acquisire un immobile da essa utilizzato per fini di interesse pubblico e modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità; b) violazione del principio di intangibilità del giudicato amministrativo, insita nella possibilità per l'amministrazione di procedere all'acquisizione sanante dell'immobile, anche nelle ipotesi in cui il giudice abbia già annullato la dichiarazione di p.u. e disposta la restituzione dell'area agli aventi diritto; c) violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., sotto il profilo del mancato rispetto degli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, d) eccesso rispetto alla delega conferita con la l. n. 50/1999.

9. AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

9.1. Natura delle autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale sugli atti

La questione della natura delle autorità indipendenti è stata da tempo risolta nel senso della natura amministrativa di tali soggetti.

Dapprima il giudice ordinario ha affermato che l'ordinamento giuridico non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente gli artt. 111 e 97, inquadrando nell'ambito della prima le autorità indipendenti (Cass., sez. I, 20 maggio 2002 n. 7341).

Anche il giudice amministrativo ha rilevato che riconoscere nell'ambito dei procedimenti antitrust il diritto al contraddittorio ed alla difesa per le parti private non implica certo il contestuale riconoscimento della natura para-giurisdizionale dell'organo alla cui competenza quei procedimenti sono attribuiti (Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001 n. 652).

Esclusa la natura giurisdizionale o para-giurisdizionale delle autorità indipendenti, il problema si è spostato sulle modalità del sindacato giurisdizionale, da esercitare in ordine a provvedimenti caratterizzato da un elevato livello di tecnicismo.

Nelle prime decisioni pronunciate soprattutto in materia antitrust, è ricorrente l'affermazione del principio, secondo cui i provvedimenti dell'Autorità sono sindacabili, in giudizio, per vizi di legittimità, e non di merito. Purché si rimanga nell'ambito dei vizi di legittimità, il sindacato giurisdizionale non incontra limiti, potendo essere esercitato, oltre che in relazione ai vizi di incompetenza e violazione di legge, anche in relazione a quello di eccesso di potere in tutte le sue forme. Allorché, peraltro, viene dedotto, avverso i provvedimenti dell'Autorità, il vizio di eccesso di potere, il giudice, nell'ambito del suo sindacato, circoscritto alla sola legittimità dell'atto, e non esteso al merito delle scelte amministrative, può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole; correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate (Cons. St., sez. VI, 14 marzo 2000 n. 1348).

Successivamente, il Consiglio di Stato ha riconfermato tale orientamento, fornendo alcune ulteriori precisazioni ed evidenziando che i provvedimenti dell'Autorità antitrust hanno natura atipica e sono articolati in più parti, che corrispondono alle fasi del controllo svolto dall'Autorità: a) una prima fase di accertamento dei fatti; b) una seconda di "contestualizzazione" della norma posta a tutela della concorrenza, che facendo riferimento, soprattutto nel settore antitrust, a "concetti giuridici indeterminati" (quali il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante, le intese

restrittive della concorrenza) necessita di un'esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato; c) una terza fase in cui i fatti accertati vengono confrontati con il parametro come sopra "contestualizzato"; d) un'ultima fase di applicazione delle sanzioni, previste dalla disciplina vigente (Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002 n. 2199).

Ciò premesso, il Consiglio di Stato esclude che il controllo di legittimità possa precludere al giudice amministrativo la verifica della verità del fatto posto a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità, in quanto a seguito del progressivo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto controverso (pretesa fatta valere, secondo alcuni) deve ormai ritenersi superato quell'orientamento che negava al giudice amministrativo l'accesso diretto al fatto, salvo che gli elementi di fatto risultassero esclusi o sussistenti in base alle risultanze procedimentali.

Sulla base di tale orientamento, quindi, i fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità possono senza dubbio essere pienamente verificati dal giudice amministrativo sotto il profilo della verità degli stessi; ciò presuppone la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione.

Per quanto concerne le fasi sopra indicate sub b) e c), consistenti nell'individuazione del parametro normativo e nel raffronto con i fatti accertati, in relazioni alle quali l'Autorità esercita, almeno in parte, un'attività discrezionale di carattere tecnico e non amministrativo, fondata non su regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma in base a scienze inesatte ed opinabili (in prevalenza, di carattere economico) con cui vengono definiti i "concetti giuridici indeterminati", la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione.

Il passaggio ad un controllo intrinseco assume una notevole importanza e conduce il giudice amministrativo a sindacare la stessa analisi economica svolta dall'Autorità, seppur con alcuni limiti, che nella decisione vengono qualificati in termini di "sindacato di tipo debole", nel senso che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato" all'operato dell'Autorità.

La qualificazione del controllo giurisdizionale come sindacato "di tipo debole" è stata oggetto di numerose critiche da parte della dottrina che ha ritenuto l'intervento del Consiglio di Stato di carattere prevalentemente restauratore, di sostanziale conferma di orientamenti pregressi, in

cui ad alcune aperture affermate in astratto non ha fatto seguito una corretta applicazione, ma il rifiuto di valersi di conoscenza tecniche.

La qualificazione del sindacato come debole è stata inoltre ritenuta non compatibile con le posizioni di diritto soggettivo coinvolte nell'esercizio dei poteri dell'Autorità, che imporrebbe che il controllo giurisdizionale investa l'intero rapporto giuridico intercorso tra le parti e non sia limitato alla mera valutazione della legittimità dell'atto impugnato.

Successivamente, il percorso della giurisprudenza amministrativa sembra aver trovato un definitivo approdo in altra decisione, con cui ulteriori precisazioni sono state rese all'espresso fine di "di fugare i dubbi riguardo l'effettività della tutela giurisdizionale" (Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004 n. 926).

Il Consiglio di Stato ha precisato che, nonostante la qualificazione come esclusiva della giurisdizione del g.a., questa resta una "giurisdizione che agisce quale istanza di ricorso", in cui al giudice spetta di verificare se il potere spettante all'Autorità sia stato correttamente esercitato

Ciò premesso, il massimo organo della giustizia amministrativa si affretta anche a precisare come anche nel modello impugnatorio il sindacato giurisdizionale sia oggi particolarmente penetrante e, nelle controversie in materia antitrust, si estenda sino al controllo dell'analisi economica compiuta dall'Autorità (potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame).

Nella preoccupazione che la definizione del sindacato "di tipo debole" possa essere interpretata come limitativa dell'effettività della tutela giurisdizionale, il Consiglio di Stato precisa che con tale espressione non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata, ma ha voluto solo porre un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere. Il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sotto ogni profilo.

Nel corso del 2008, è stato definitivamente superata la terminologia "sindacato forte o debole"; il sindacato è stato definito "forte, pieno ed effettivo" per porre l'attenzione unicamente sulla ricerca di "un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in

cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato" (Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 595, n. 597; 8 febbraio 2008 n. 424).

Per un caso di esercizio del predetto sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust, v. Cons. St., sez. VI, 7 marzo 2008 n. 1006.

9.2. Il sindacato sulle sanzioni irrogate dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato

Per quanto concerne le sanzioni previste dalla disciplina antitrust italiana, si era in passato posta la questione del difficile coordinamento tra l'art. 33, l. n. 287/1990, che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa i ricorsi avverso i provvedimenti adottati dall'Autorità antitrust e l'art. 31 della stessa legge, che contiene un richiamo alla l. n. 689/1981, che attribuisce al giudice ordinario le controversie in materia di opposizione alle ordinanze ingiunzioni che comminano sanzioni amministrative pecuniarie.

La questione è stata ormai chiarita nel senso della prevalenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a partire dalla sentenza della Cassazione a sezioni unite del 5 gennaio 1994 n. 52, che ha evidenziato come il richiamo alla l. n. 689/1981 è limitato alle sole disposizioni sostanziali, e non alle norme in materia di giurisdizione.

Ulteriore problema interpretativo era costituito dai limiti del sindacato giurisdizionale ed, in particolare, dall'applicabilità dell'art. 23, co. 11, l. n. 689/1981, che prevede che il potere del giudice di annullare in tutto o in parte (l'ordinanza) o di modificarla anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta.

Il Consiglio di Stato ha aderito alla tesi dell'applicabilità del citato art. 23 e della conseguente giurisdizione di merito sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità (con possibilità quindi di modificarle in sede giurisdizionale), richiamando sia il principio di legalità, che tutela il diritto del privato a non subire imposizioni patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge (art. 23 Cost.), sia la compatibilità con i principi della l. n. 287/1990 dell'art. 23, l. n. 689/1981, sia infine la diversità del potere esercitato dall'Autorità per l'applicazione di una sanzione amministrativa tipicamente punitiva, quale quella pecuniaria (Cons. St., sez. VI, 24 maggio 2002 n. 2869; 30 agosto 2002 n. 4362; 2 agosto 2004 n. 5368 e, nel corso del 2008, Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 595 e n. 597; 8 febbraio 2008 n. 424).

Per un utilizzo del sindacato di merito sulle sanzioni irrogate dall'Autorità antitrust, anche sotto il profilo dell'individuazione di criteri uniformi di quantificazione della sanzione desumibili

da precedenti provvedimenti e da una tabella riassuntiva delle precedenti sanzioni, richiesta dal giudice amministrativo in sede istruttoria, v. Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6469).

9.3. La legittimazione a impugnare i c.d. provvedimenti negativi adottati dalle Autorità indipendenti e nuovi poteri attribuiti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato

Ulteriore questione è quella della legittimazione a impugnare i c.d. provvedimenti negativi, con cui le Autorità indipendenti archiviano una determinata denuncia o comunque rifiutano di intervenire.

Tali provvedimenti o l'inerzia dell'Autorità, infatti, non incidono in senso sfavorevole sulle imprese che hanno posto in essere il comportamento segnalato, poiché ne viene riconosciuta la liceità o espressamente o implicitamente omettendo di intervenire, ma possono incidere sulle posizioni di soggetti terzi, che possono assumere la veste di controinteressati rispetto al comportamento consentito.

Rispetto a tali soggetti si era in passato formato un orientamento giurisprudenziale contrario al riconoscimento della legittimazione a ricorrere, che è stato superato dal Consiglio di Stato, che ha precisato che il denunziante, in quanto tale, non è titolare di un interesse qualificato ad un corretto esame della sua denuncia, ma lo diventa solo quando dimostra di essere portatore di un interesse particolare e differenziato, che assume essere stato leso dalla mancata adozione del provvedimento repressivo; la legittimazione deriva allora non dalla qualità di denunciante, ma da quella di controinteressato (Cons. St., sez. VI, 14 giugno 2004 n. 3865, sul riconoscimento alla legittimazione a impugnare un'autorizzazione in deroga; sez. VI, 3 febbraio 2005 n. 280, per la legittimazione del Codacons a impugnare le archiviazioni delle denunce in tema di pubblicità ingannevole e sez. VI, 21 marzo 2005 n. 1113, per il ricorso avverso un provvedimento di autorizzazione di una operazione di concentrazione).

Il principio si è consolidato nel corso del 2008 con una decisione, con cui il Consiglio di Stato ha chiarito che deve, quindi, oggi ritenersi riconosciuta, anche nell'ordinamento interno, la legittimazione a ricorrere avverso i provvedimenti negativi o di archiviazione delle denunce in capo ai soggetti "controinteressati" rispetto ai comportamenti esaminati dalle Autorità indipendenti e tale principio vale per qualsiasi tipo di provvedimento di tal genere: archiviazioni di denunce, autorizzazioni ad operazioni di concentrazione, chiusure di istruttorie antitrust con accettazione degli impegni proposti dalle imprese e giudizi di non ingannevolezza di messaggi pubblicitari (Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2761).

Con tale ultima decisione è stato rimarcato che la modifica del precedente orientamento giurisprudenziale era necessaria anche alla luce dell'esigenza di un allineamento con la

giurisprudenza comunitaria, che si era già espressa in tal senso (C. giust. CE 11 ottobre 1983 C-210/81, Demo-Studio Schmidt/Commissione, punti 14 e 15; 28 marzo 1985 C-298/83, CICCE/Commissione, punto 18 e 17 novembre 1987, BAT e Reynolds, cause riunite 142/84 e 156/84, punto 12; sentenza del Tribunale - sez. IV, 17 febbraio 2000T-241/97, Stork Amsterdam BV, punto 53).

Sempre con la decisione n. 2761/2008, il Consiglio di Stato ha, quindi, confermato che le nuove decisioni dell'Autorità antitrust di chiusura dell'istruttoria con accettazione di impegni possono essere impugnate dagli eventuali soggetti controinteressati (concorrenti che si dolgono del mancato intervento sanzionatorio o consumatori).

La chiusura dell'istruttoria con accettazione di impegni è prevista dall'art. 14-ter, l. n. 287/1990, introdotto dalla l. n. 248/2006, in attuazione del regolamento comunitario n. 1/2003.

Al riguardo il Consiglio di Stato ha precisato che anche prima dell'entrata in vigore della l. n. 248/2006 era possibile adottare una decisione di accettazione di impegni; tuttavia, fino all'entrata in vigore della l. n. 248/2006, non era possibile sanzionare con ammenda il mancato rispetto degli impegni, in quanto l'art. 23 del regolamento n. 1/03, che prevede tale possibilità, riguarda solo la Commissione e non le Autorità nazionali, che quindi potevano solo disporre la riapertura del caso a seguito del mancato rispetto degli impegni assunti (sanzione ora possibile ex art. 14-ter, co. 2, l. n. 287/1990). Ciò comporta che fino all'introduzione del citato art. 14-ter vi era in effetti, come sostenuto dall'Autorità, una maggiore discrezionalità nel procedere all'accettazione di impegni, trattandosi di uno strumento sfornito di potere sanzionatorio in caso di mancato rispetto degli impegni. Tale maggiore discrezionalità è comunque soggetta al sindacato giurisdizionale e tanto più lo è a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14-ter, con possibilità di contestare sia la mancata accettazione degli impegni, sia l'accettazione degli stessi (contestazione in questo caso azionabile dalle imprese controinteressate rispetto a quelle assoggettate al procedimento). Del resto, lo stesso reg. n. 1/03 (considerando 13), all'evidente fine di evitare che l'accettazione degli impegni diventi solo un modo per evitare la sanzione, diminuendone così l'efficacia deterrente, precisa che le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione (in questo caso, l'Autorità) intende comminare un'ammenda, inducendo a ritenere applicabile l'istituto soprattutto nei casi meno gravi (principi affermati da Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 595, n. 597; 8 febbraio 2008 n. 424, che ha anche affermato che i poteri indicati dall'art. 5, reg. n. 1/03, che riguarda le autorità nazionali, sono immediatamente esercitabili da queste, mentre le ulteriori misure previste dagli artt. 7 e ss., che si riferiscono alla sola Commissione, necessitano di un intervento normativo interno, in parte avvenuto per l'Italia e non sono quindi esercitabili per la parte del regolamento non ancora recepita).

9.4. Il sindacato sugli atti delle autorità regolatorie

Qualche problema maggiore è emerso con riguardo al sindacato sugli atti delle c.d. autorità regolatorie.

Le difficoltà derivano dal fatto che in questi casi può mancare il parametro normativo di riferimento, in quanto, non essendo spesso il legislatore in grado di approvare una disciplina legislativa completa di una determinata materia, vengono delegati poteri normativi ad apparati amministrativi.

I settori in cui operano le Autorità di *regulation* presentano infatti in molti casi caratteristiche tecniche e economiche complesse e sono soggetti a rapide evoluzioni, che amplificano le difficoltà del Parlamento nel porre per legge un sistema di regole certe, con la conseguente necessità di prevedere deleghe molto ampie.

Il rischio di rimettere alle Autorità un potere così ampio da svuotare praticamente di contenuto il principio di legalità inteso in senso sostanziale è stato temperato dalla giurisprudenza, che ha individuato una legittimazione dei poteri regolatori delle Autorità indipendenti è stato individuato nelle garanzie procedurali, nell'applicazione del principio del giusto procedimento.

E' stato affermato che ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa, che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali. Infatti, l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative; in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può, quindi, trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurative le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale (Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2006 n. 2201; 27 dicembre 2006 n. 7972).

Tali concetti erano stati affermati anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva, secondo cui l'attribuzione di poteri normativi alle autorità indipendenti deve ormai ritenersi compatibile con il nostro sistema ordinamentale; le Autorità devono prevedere idonee garanzie partecipative in sede di approvazione dei propri regolamenti e devono dotarsi di sistemi di consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati (il rapporto tra consultazione e qualità della regolazione è sottolineato anche, a livello comunitario, dal Protocollo

n. 7 al Trattato di Amsterdam, in quanto una regolamentazione negoziata e concordata ha maggiori probabilità di essere accettata e quindi applicata; Cons. St., sez. atti norm., 6 febbraio 2006 n. 355, in occasione dell'espressione del parere sul c.d. codice appalti. L'osservazione del Consiglio di Stato è stata poi recepita nel testo del codice: art. 8, co. 1, d.lgs. n. 163/2006, che prevede che al fine di migliorare la qualità dei propri atti, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture utilizza metodi di consultazione preventiva, consistenti nel dare preventivamente notizia del progetto di atto e nel consentire agli interessati di far pervenire le proprie osservazioni, da valutare motivatamente).

Diventa così utile l'introduzione, già avvenuta da parte delle autorità regolatorie, di un meccanismo di *notice and comment*, grazie al quale viene resa pubblica la proposta di atto e su quella proposta devono convergere tutte le osservazioni dei soggetti interessati, di cui l'autorità deve poi tenere conto, anche motivando, in sede di regolazione finale.

Nel corso del 2008, tali principi sono stati tenuti fermi ed è stato aggiunto che il riconoscimento del suddetto potere normativo alle autorità regolatorie non può determinare la prevalenza di detto potere su fonti di rango primario, in quanto la previsione del potere normativo di un soggetto diverso dal legislatore e, segnatamente, di un organo amministrativo (pur se imputabile allo Stato-comunità e non all'amministrazione in senso tradizionale), deve necessariamente trovare fondamento in una previsione di legge, a garanzia dei principi fondamentali dello Stato di diritto, sanciti dalla Costituzione (Cons. St., sez. VI, 11 novembre 2008 n. 5622).

10. I PUBBLICI APPALTI

10.1. Le novità normative

Sul piano normativo, il 2008 è segnato da interessanti novità in materia di pubblici appalti:

1) il reg. CE n. 1422/2007, pubblicato nella G.U.C.E. del 5 dicembre 2007, con cui sono state riviste le soglie comunitarie recate dalle direttive 2004/17 e 2004/18; le nuove soglie sono in vigore dal 1° gennaio 2008 e sono state automaticamente introdotte nell'ordinamento italiano ai sensi dell'art. 248, d.lgs. n. 163/2006: nei settori ordinari, la soglia dei lavori passa da 5.278.000 a 5.150.000 euro, le soglie previste per servizi e forniture in 137.000 e 211.000 euro passano a 133.000 e 206.000 euro; nei settori speciali, la soglia dei lavori passa da 5.278.000 a 5.150.000 euro, la soglia per servizi e forniture passa da 422.000 a 412.000 euro;

2) il terzo (e ultimo correttivo) del codice n. 163/2006, d.lgs. n. 152/2008, in vigore dal 17 ottobre 2008, a cui il Consiglio di Stato ha contribuito con il parere sullo schema di regolamento;

3) il d.l. n. 162/2008, il cui art. 1 introduce, per l'anno 2008, un meccanismo di revisione prezzi meno severo di quello di cui all'art. 133, d.lgs. n. 163/2006;

4) un nuovo giudizio immediato in materia di pubblici appalti, introdotto dal d.l. n. 185/2008, limitatamente agli interventi inclusi nel quadro strategico nazionale, per i quali è prevista la vigilanza di commissari straordinari delegati, che, se correttamente applicato, consentirà di concludere il processo di primo grado entro tre mesi; sono infatti previsti:

tempi certi di conoscenza degli atti amministrativi lesivi e di accesso agli atti del procedimento;

un termine dimezzato, rispetto a quello ordinario di trenta giorni, per la proposizione del ricorso al Tar,

termini più brevi anche rispetto a quelli dimezzati ex art. 23-*bis*, l. Tar, per la fase di deposito del ricorso e proposizione di memorie, ricorsi incidentali, motivi aggiunti;

la celebrazione del merito in un'udienza fissata entro quindici giorni dalla scadenza del termine di costituzione di resistente e controinteressati;

la pubblicazione del dispositivo in pubblica udienza;

la redazione della sentenza sempre in forma semplificata ai sensi dell'art. 26, l. Tar, anche al di fuori dei casi di situazioni manifeste;

la tutela risarcitoria solo per equivalente, se il contratto è stato nel frattempo stipulato, sulla falsariga di quanto già previsto dall'art. 246, d.lgs. n. 163/2006 per le infrastrutture strategiche;

la fissazione di criteri legali di quantificazione del risarcimento del danno per equivalente, che non potrà comunque eccedere risarcimento la misura di utile effettivo che il ricorrente avrebbe conseguito se fosse risultato aggiudicatario, desumibile dall'offerta economica presentata in gara: viene perciò sconfessato il criterio giurisprudenziale che quantifica il mancato utile nella misura forfetaria del dieci per cento del prezzo base dell'appalto; l'utile atteso dovrà essere specificamente provato e sarà pari a quello atteso, come desumibile dall'offerta presentata in gara;

5) il varo del regolamento sulla revisione straordinaria delle attestazioni SOA (d.m. n. 272/2007, in G.U. 11 febbraio 2008) (su di esso v. il parere del Cons. St., sez. atti normativi, 8 ottobre 2007);

6) il varo del regolamento per l'accreditamento degli organismi di ispezione per la verifica dei progetti delle infrastrutture strategiche (d.m. n. 119/2008, su cui vedi parere del Cons. St., sez. atti normativi, 31 marzo 2008 n. 139/2008);

7) il varo dei regolamenti concernenti il riparto dell'incentivo di progettazione (d.m. infrastrutture 17 marzo 2008, n. 84; d.m. giustizia 9 luglio 2008 n. 139);

8) il differimento, allo stato fino al 31 dicembre 2008 (ma l'art. 1-bis, AC 1936 prevede il differimento fino al 30 marzo 2009), del divieto di arbitrato introdotto dalla l. n. 244/2007 e subito dopo differito;

9) i <<lavori in corso>> per il regolamento generale di attuazione ed esecuzione del codice appalti;

10) i <<lavori in corso>> per il recepimento della direttiva ricorsi n. 2007/66/CE (lo schema di delega è stato inserito nel disegno di legge comunitaria), che contiene importanti innovazioni processuali in tema di pubblici appalti.

10.2. Gli <<arresti>> giurisprudenziali

10.2.1. Ambito della rassegna

Una disamina analitica e completa della giurisprudenza dell'anno 2008 sui pubblici appalti occuperebbe centinaia di pagine ed esulerebbe dalle finalità della presente rassegna.

Si è scelto, pertanto, come suggerito dal titolo del presente paragrafo, di segnalare solo gli <<arresti>> giurisprudenziali del 2008 in materia di pubblici appalti, cioè le pronunce più significative, o perché pongono fine o inizio a contrasti di giurisprudenza, o perché affermano principi o interpretazioni nuovi rispetto agli anni precedenti.

10.2.2. Appalti pubblici e legislazione regionale

a) La declaratoria di incostituzionalità della l.r. Calabria e della l.r. Veneto

La Corte costituzionale, dopo le storiche sentenze n. 401/2007 e n. 431/2007, che hanno delineato il confine tra legge statale e leggi regionali in materia di pubblici appalti, e inserendosi nel loro solco, nel corso del 2008 ha dichiarato illegittima la l.r. Calabria n. 12/2007, il cui art. 2

disciplinava la procedura di affidamento di un servizio pubblico regionale (elisoccorso) (Corte cost., 30 luglio 2008 n. 320), e numerose disposizioni della l.r. Veneto n. 17/2007 (Corte cost., 1° agosto 2008 n. 322), in particolare quelle relative ai seguenti oggetti: affidamento dei servizi tecnici relativi all'architettura e all'ingegneria (artt. 6, co. 1, e 7, co. 2 e 3) riferibile all'ambito della legislazione sulle «procedure di affidamento»; verifica e validazione del progetto (art. 8), inerente all'ambito della «progettazione»; offerte anomale (art. 22) e procedura negoziata (art. 24), relative all'ambito delle procedure di affidamento; subappalti (art. 29), relativi ad analoga materia disciplinata dal codice dei contratti pubblici; *leasing* immobiliare (art. 32), relativo in parte all'ambito della «progettazione», in parte alla «esecuzione dei contratti» e comunque rientrante, insieme all'istituto del subappalto, nella materia «ordinamento civile»; verifica preventiva dell'interesse archeologico (art. 43), inerente a «contratti relativi alla tutela dei beni culturali».

b) Tutela della concorrenza e competenza legislativa regionale esclusiva sui lavori pubblici di interesse regionale (il ricorso pendente sulla l.p. Trento n. 10/2008)

Resta aperta la questione dei limiti dell'intervento in materia di pubblici appalti da parte delle Regioni ad autonomia speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano, i cui statuti, varati prima della riforma del Titolo V Cost., contemplano come oggetto di legislazione regionale (o provinciale) esclusiva i lavori pubblici <<di interesse regionale>> (o provinciale).

Sul tappeto è la l.p. n. 10/2008 della Provincia di Trento, che ha sostanzialmente riscritto l'intera materia dei pubblici appalti per la Provincia di Trento, e impugnata dal Governo (ricorso n. 62/2008).

Tale legge, promanante da una Provincia ad autonomia speciale, induce a riflettere sulla portata di Corte cost. n. 401/2007, riferita, formalmente, alla competenza legislativa delle sole Regioni a statuto ordinario in materia di pubblici appalti, e sull'ambito di competenza della Regioni e Province autonome su tale materia.

Sembra corretto muovere dalla considerazione che gli statuti delle Regioni ad autonomia speciale prevedono come competenza legislativa regionale esclusiva i <<lavori pubblici di interesse regionale>> ovvero (per Trento e Bolzano) <<i lavori pubblici di interesse provinciale>>.

Tale competenza esclusiva incontra i seguenti limiti:

- armonia con la Costituzione;
- armonia con i principi dell'ordinamento giuridico dello Stato;
- rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali;
- rispetto delle norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica.

Inoltre, alle Regioni ad autonomia speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano:

- non è attribuita competenza legislativa in materia di contratti relativi a servizi e forniture e, segnatamente, servizi inerenti l'ingegneria e l'architettura;

- non è attribuita competenza alcuna in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, giurisdizione e norme processuali, giustizia amministrativa;

- l'elencazione delle materie rientranti nella competenza legislativa delle Regioni e Province autonome (secondo le tre tipologie indicate nello statuto: competenza esclusiva, concorrente e attuativa) è tassativa; le materie non espressamente elencate, e non rientranti nemmeno nella competenza legislativa della Regione o Provincia autonoma, rientrano nella competenza legislativa esclusiva statale;

- la potestà legislativa, anche se esclusiva, deve essere esercitata nel rispetto dei limiti già indicati.

In tale contesto costituzionale, va esattamente delimitato il confine della materia <<lavori pubblici di interesse provinciale>>, ovvero <<lavori pubblici di interesse regionale>>.

Tale materia, infatti, va definita tenendo conto delle competenze legislative statali esclusive, fissate dalla Costituzione, atteso che la competenza legislativa regionale e provinciale deve essere esercitata <<in armonia con la Costituzione>>.

Tale materia va definita tenendo conto anche del mutato assetto costituzionale, rispetto all'epoca di adozione degli statuti delle Regioni ad autonomia speciale; non può non essere verificato l'impatto che ha su di essi la riforma costituzionale del Tit. V Cost., che è legge costituzionale successiva.

Va allora considerato che nel mutato quadro costituzionale, spetta allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza, di ordinamento civile, di giurisdizione e norme processuali e giustizia amministrativa, così come definite, in relazione ai contratti pubblici relativi a lavori, servizi, e forniture, dalle pronunce della Corte costituzionale, e in particolare da C. cost. n. 401/2007.

Ne deriva che tutti gli aspetti relativi ai lavori pubblici, che siano riconducibili alla tutela della concorrenza, all'ordinamento civile, alla giurisdizione e giustizia amministrativa, non possono essere disciplinati dalla legge regionale o provinciale.

E, tanto, ove si consideri che da un lato, e in negativo, tali materie non sono elencate tra quelle di competenza regionale o provinciale dagli statuti, e dunque ricadono, in via residuale, nella competenza legislativa statale esclusiva, e che, dall'altro lato, e in positivo, tali materie sono espressamente attribuite allo Stato dall'art. 117 Cost. Sebbene l'art. 117 Cost. regoli il rapporto tra Stato e Regioni a statuto ordinario, tuttavia, dovendo gli statuti delle Regioni ad autonomia speciale

armonizzarsi con la Costituzione, le relative materie di competenza regionale e provinciale vanno interpretate in armonia con tale previsione.

Stante il ruolo unificante e di armonizzazione che compete alla legislazione statale a garanzia dell'unità nazionale, sarebbe ben strano che il legislatore statale possa legiferare a tutela della concorrenza, e in materia di ordinamento civile e giustizia solo nel rapporto con le Regioni ordinarie, e non anche in quello con le Regioni ad autonomia speciale (e Province autonome) che, al pari di quelle ordinarie, non hanno in siffatte materie alcuna competenza legislativa.

Siffatta interpretazione, volta a ricondurre ad unità il rapporto tra ordinamento statale e ordinamenti regionali e provinciali, attribuendo alla legislazione statale un ruolo unificante e trasversale uniforme, trova conforto nella considerazione che le tre materie indicate (tutela della concorrenza, ordinamento civile, giurisdizione, processo e giustizia amministrativa) sono sempre più permeate dal diritto comunitario, che impone una disciplina uniforme a livello sopranazionale e dunque, inevitabilmente, anche in ambito infranazionale.

Il diritto comunitario, infatti, non impinge solo sulle procedure di affidamento dei pubblici appalti, ma anche sul contenzioso relativo ai pubblici appalti, sul diritto societario, commerciale e del lavoro, rientranti nell'ordinamento civile.

Siffatta impostazione trova conferma nei precedenti della Corte cost., da cui si desume che la materia <<tutela della concorrenza>> spetta al legislatore statale anche nel rapporto con la competenza legislativa di Regioni a statuto speciale e Province autonome.

Corte cost. 1° agosto 2008 n. 326 ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 13, d.l. n. 223/2006 (che pone limiti all'attività delle società pubbliche partecipate da Regioni ed enti locali), sollevate, tra le altre, dalle Regioni a statuto speciale Friuli Venezia Giulia, Valle d'Aosta e Sicilia.

La q.l.c. è stata sollevata da tali Regioni a statuto speciale sotto il profilo che la disciplina statale delle società a partecipazione pubblica invaderebbe la competenza legislativa esclusiva di tali Regioni in materia di organizzazione amministrativa.

La Corte ha ritenuto che l'attività delle società pubbliche rientri nelle materie <<ordinamento civile>> e <<tutela della concorrenza>>, che rientrano nella competenza legislativa statale esclusiva, e ha per l'effetto respinto i ricorsi.

La pronuncia ha una importante portata sistematica perché da essa si desume che e materie <<ordinamento civile>> e <<tutela della concorrenza>>, ancorché elencate nell'art. 117 Cost. (relativo al rapporto tra competenza legislativa statale e competenza legislativa delle Regioni a statuto ordinario), rientrano nella competenza legislativa statale esclusiva anche nel rapporto con la competenza legislativa di Regioni e Province ad autonomia speciale.

Nella stessa prospettiva vanno menzionate anche:

- Corte cost. 7 marzo 2008 n. 51, in tema di disciplina statale dei diritti aeroportuali, secondo cui tale materia è riconducibile anche alle materie <<ordinamento civile>> e <<tutela della concorrenza>> riservate allo Stato anche nei confronti della Regione autonoma Sicilia (nella specie ricorrente in via principale);

- Corte cost. 14 gennaio 2008 n. 1 in tema di disciplina statale delle concessioni di grandi derivazioni di acque pubbliche a scopo idroelettrico; in relazione all'art. 1, co. 483, l. n. 266/2005, che prevede l'affidamento delle concessioni con procedure di evidenza pubblica, tale pronuncia ha affermato che le procedure di evidenza pubblica rientrano nella tutela della concorrenza, riservata alla legislazione statale esclusiva; tale affermazione ha riguardato anche il rapporto con la Regione Friuli Venezia Giulia, ad autonomia speciale, che impugnava in via principale la l. statale, ivi compreso il co. 483 citato;

- Corte cost. 21 dicembre 2007 n. 443, in relazione all'art. 2, d.l. n. 223/2006, ha ritenuto che la liberalizzazione delle tariffe professionali, ivi contemplata, rientri nella materia <<tutela della concorrenza>> spettante alla competenza legislativa esclusiva dello Stato anche nel rapporto con la Regione Sicilia (ad autonomia speciale) (nella specie ricorrente principale).

A tali considerazioni va aggiunta, quella ulteriore, che la nozione di lavori pubblici di interesse regionale o provinciale non può essere individuata con un criterio meramente soggettivo, atteso che nella Costituzione, come novellata, è scomparsa l'omologa e previgente nozione di <<lavori pubblici di interesse regionale>>.

E come ha osservato la Corte cost. (n. 401/2007), <<non è configurabile né una materia relativa ai lavori pubblici nazionali né una materia afferente ai lavori pubblici di interesse regionale, né è possibile tracciare il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni secondo un criterio soggettivo, distinguendo tra gare indette da amministrazioni statali e regionali o subregionali>>.

Tale affermazione, ancorché resa in relazione al novellato art. 117 Cost. (e dunque in relazione al rapporto tra legge statale e leggi delle Regioni ordinarie), non può non indurre ad una riflessione volta a riconsiderare il significato e la portata dei <<lavori pubblici di interesse regionale>> o <<provinciale>>, ancora menzionati negli statuti delle Regioni ad autonomia speciale.

Le leggi regionali e provinciali delle Regioni a statuto speciale non possono inoltre disciplinare i servizi di progettazione e in generale i servizi inerenti l'architettura e l'ingegneria, perché da un lato non menzionati negli statuti, e perché dall'altro lato sono riconducibili, quanto alle procedure di affidamento:

ai contratti di servizi e alla tutela della concorrenza, istituti non rientranti nella materia <<lavori pubblici di interesse provinciale>>;

quanto alle norme tecniche rilevanti:

alle materie ordinamento civile, determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale;

quanto all'esecuzione, alla materia <<ordinamento civile>>.

Va poi considerato che secondo gli statuti delle Regioni ad autonomia speciale costituisce limite della competenza legislativa regionale e provinciale il rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico statale e delle norme fondamentali di riforma economico – sociale.

Sebbene il d.lgs. n. 163/2006 non contenga alcuna autoqualificazione, che sarebbe in ogni caso irrilevante, non è negabile che tale atto normativo statale, al pari della previgente l. n. 109/1994 e successive modificazioni, contenga principi che costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico statale e norme fondamentali di riforma economico-sociale.

Sotto tale profilo, costituisce sia principio generale dell'ordinamento, sia norma fondamentale di riforma economico-sociale, la scelta del legislatore nazionale sottesa a molte disposizioni del codice n. 163/2006, volta a dare alla concorrenza una tutela rafforzata e maggiore rispetto allo stesso diritto comunitario, mediante:

- un minor numero di ipotesi di procedura negoziata;
- il divieto di procedura negoziata per l'affidamento delle concessioni di lavori;
- l'estensione dei principi del Trattato ai contratti di sponsorizzazione;
- la tassatività dei casi di utilizzo dell'accordo quadro per gli appalti di lavori;
- una maggiore apertura alla concorrenza nelle procedure ristrette.

Le Regioni ad autonomia speciale e le Province autonome, pur nelle materie di loro competenza legislativa esclusiva, devono comunque rispettare anche gli obblighi internazionali.

Tra gli obblighi internazionali rientra senz'altro quello di prestare puntuale osservanza al diritto comunitario.

La violazione di siffatto obbligo da parte di una legge provinciale espone, sul versante <<esterno>>, lo Stato italiano nel suo complesso a procedura di infrazione comunitaria.

Sul versante <<interno>>, la violazione del dovere di rispettare gli obblighi internazionali, sancito da una norma costituzionale, espone la legge provinciale a sindacato di costituzionalità, in cui l'acclarata violazione dell'obbligo internazionale si traduce anche in incostituzionalità della norma per contrasto con lo statuto, che ha rango costituzionale.

In tal senso si ricorda Corte cost. 15 aprile 2008 n. 102, che ha ritenuto costituzionalmente illegittima una legge della Regione autonoma Sardegna che imponeva oneri fiscali, ritenendola

lesiva della concorrenza tra imprese, secondo il diritto comunitario. Secondo tale pronuncia, davanti alla Corte costituzionale adita in via principale, la valutazione della conformità della legge regionale alle norme comunitarie si risolve, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost. (id est delle analoghe disposizioni degli statuti speciali che impongono il rispetto, da parte delle leggi regionali, dell'ordinamento comunitario), in un giudizio di legittimità costituzionale; con la conseguenza che, in caso di riscontrata difformità, la Corte non procede alla disapplicazione della legge, ma ne dichiara l'illegittimità costituzionale con efficacia *erga omnes*

Sotto tale profilo, giova segnalare la l.p. della Provincia autonoma di Trento n. 10/2008 che ha integralmente riscritto il codice dei contratti pubblici, e di cui svariate disposizioni sono in contrasto con le direttive sui pubblici appalti, e dunque violano l'art. 4 dello statuto, non rispettando l'obbligo internazionale di dare puntuale esecuzione al diritto comunitario; esemplificando:

- la possibilità, secondo la l.p. (art. 1, l.p. n. 10/2008) di affidamento diretto delle opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri di urbanizzazione negli appalti sotto soglia: tema oggetto di infrazione comunitaria nei confronti dello Stato italiano, che si è adeguato con il terzo decreto correttivo del codice n. 163/2006 (v. art. 122);

- il mancato rispetto di procedure di evidenza pubblica per l'affidamento esterno di incarichi di collaudo (art. 27, l.p. n. 10/2008), che ha già esposto lo Stato italiano a procedura di infrazione in relazione a previgenti analoghe norme statali, ora adeguate al diritto comunitario;

- l'affidamento dei lavori, in caso di risoluzione del contratto per fallimento o grave inadempimento dell'originario aggiudicatario, ai soggetti che seguono in graduatoria, alle condizioni da essi offerte nell'originaria gara: l'analoga norma statale ha formato oggetto di procedura di infrazione comunitaria ed è stata modificata (art. 140, d.lgs. n. 163/2006).

Non rileva, poi, che, spesso le leggi regionali e provinciali (v. ad. es. l.p. Trento n. 10/2008) si limitino a riprodurre pedissequamente il contenuto di articoli del d.lgs. n. 163/2006. Infatti, o una materia rientra, o non rientra nella competenza legislativa regionale o provinciale.

Se non vi rientra, non può essere disciplinata affatto, nemmeno mediante riproduzione del contenuto delle norme statali, perché questo si traduce:

a) in una inutile duplicazione delle fonti di una identica norma, ingenerando confusione, sfalsamenti in caso di modifiche della norma in una fonte e non nell'altra, proliferazione inutile di norme in un contesto ordinamentale in cui obiettivo strategico è la semplificazione normativa;

b) in uno sperpero di risorse pubbliche, se la medesima competenza viene esercitata da diversi organi, con distrazione di risorse umane e strumentali dalle competenze proprie ed esclusive, e in contrasto con gli altri obiettivi strategici di semplificazione amministrativa e burocratica.

c) Il ricorso pendente sulla legge obiettivo della Regione Lombardia

Il Governo ha impugnato (ricorso n. 42/2008) la legge obiettivo della Regione Lombardia (l. r. n. 15/2008) che ha riscritto la procedura di approvazione delle infrastrutture strategiche per la Regione Lombardia (in vista dell'Expo 2012), prevedendo meccanismi in cui la Regione ha il potere di sostituirsi agli organi statali inerti, persino un organo politico quale è il CIPE. Tale legge, inoltre, detta una disciplina delle concessioni e del contraente generale difforme da quella statale.

In vista di una possibile definizione transattivi della lite tra Stato e Regione, la Regione Lombardia ha in prosieguo varata una legge modificatrice della n. 15/2008 (l. r. n. 26/2008), tese a chiarire che la speciale procedura sostitutiva in cui la Regione, in casi urgenti, si sostituisce allo Stato inerte, può essere attivata solo se ciò sia previsto da una specifica intesa tra la Regione e lo Stato.

Resta la questione di fondo se una intesa che intervenga a livello amministrativo o anche politico (tra Ministri e Presidente della Regione) sia idonea a consentire una modifica delle competenze legislative e amministrative stabilite a livello costituzionale.

10.2.3. Incompetenza del Consiglio superiore dei lavori pubblici a rendere pareri giuridici

La giurisprudenza amministrativa ha affermato che il Consiglio superiore dei lavori pubblici, tra l'altro in ambito di consulenza facoltativa a seguito di quesiti posti dall'amministrazione e a prescindere dall'emanazione di uno specifico provvedimento, non possa rendere un parere di contenuto, anche prevalentemente, giuridico, anziché tecnico: infatti, il Consiglio superiore dei lavori pubblici è il "massimo organo tecnico consultivo dello Stato" in materia di opere pubbliche, che dà parere nei casi previsti dalla legge (art. 1, l. n. 1460/1942), mentre il Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 100, co. 1, Cost., è "organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione".

Si è perciò ritenuto illegittimo un parere del CSLP che effettui valutazioni e interpretazioni di carattere giuridico, procedendo a una ricostruzione interpretativa della normativa sul piano dei principi e dei rapporti tra le fonti in base al principio di gerarchia, nonché all'individuazione del carattere generale e speciale dei relativi settori di disciplina. Conseguentemente, si è ritenuto viziato da illegittimità derivata il decreto ministeriale adottato in adesione al parere giuridico del CSLP (Cons. St., sez. IV, 10 aprile 2008 n. 1526; negli stessi termini Cons. St., sez. VI, 9 ottobre 2007 n. 5278).

10.2.4. Il patrocinio *ex lege* dell'Avvocatura dello Stato è compatibile con le regole sugli appalti di servizi (legali)

La questione della compatibilità comunitaria del patrocinio *ex lege* dell'Avvocatura dello Stato, è stata nel 2008 affrontata dal Consiglio di Stato, e risolta nel senso della compatibilità (Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2008 n. 1852).

Secondo il Consiglio di Stato, non può in alcun modo ritenersi che l'affidamento *ex lege* (*rectius*: la possibilità di un tale affidamento) all'Avvocatura dello Stato della difesa in giudizio di un soggetto comunque deputato allo svolgimento di attività di interesse pubblicistico (quale l'I.P.Z.S.) risulti lesivo del principio di libera circolazione dei servizi nel settore del patrocinio legale. Non è possibile escludere *a priori* che l'espletamento di servizi *lato sensu* riconducibili all'assistenza legale in favore di amministrazioni pubbliche possa essere ricondotta all'ambito di applicazione della normativa comunitaria – segnatamente, in tema di libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali. Depone in tal senso la previsione di cui all'Allegato IB della direttiva 92/50/CEE (da ultimo trasfusa *in parte qua* nell'Allegato IIB alla direttiva 2004/18/CE in tema di c.d. 'appalti nei settori classici'), secondo cui rientra nel novero dei c.d. 'servizi non prioritari' ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie in materia di appalti, l'intero ambito dei servizi legali (n. di riferimento da 74110000-3 a 74114000-1 del Vocabolario Comune degli Appalti al livello comunitario – CPV).

10.2.5. Servizi di brokeraggio

I servizi di brokeraggio rientrano nel novero dei servizi finanziari di cui all'allegato II A, che include nei servizi finanziari quelli assicurativi.

Ne consegue che essi devono seguire le procedure di evidenza pubblica, e che è illegittima la scelta del *broker* a trattativa privata al di fuori dei casi di procedura negoziata previsti dal d.lgs. n. 163/2006 (Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2008 n. 1094).

10.2.6. Fallimento di componente di a.t.i. e sorte del contratto

In caso di fallimento del mandatario di a.t.i. ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo, nonché nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal d.lgs. n. 163/2006 purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto (art. 37, co. 18, d.lgs. n. 163/2006).

In caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo, nonché nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto all'esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire (art. 37, co. 19, d.lgs. n. 163/2006).

Le disposizioni in commento danno luogo a svariati dubbi esegetici quanto alle condizioni per la sostituzione del mandatario, al se il nuovo mandatario debba essere esterno all'a.t.i. originaria o possa anche essere interno, al se sia possibile sostituire al mandatario l'originario mandante in caso di a.t.i. di soli due soggetti.

Si pone inoltre la questione del rapporto tra la previsione in commento, e la legge fallimentare.

Su tali questioni ha fatto il punto un parere del Consiglio di Stato.

Si è osservato che:

- in caso di fallimento del mandatario dell'a.t.i., il rapporto contrattuale non può automaticamente proseguire con la curatela fallimentare, autorizzata all'esercizio provvisorio dell'impresa, ai sensi dell'art. 82, l. fall., dovendo invece trovare applicazione l'art. 37, co. 18, d.lgs. n. 163/2006, che è norma speciale e prevalente sulla l. fall., e che consente alternativamente il recesso ovvero la prosecuzione dell'originario rapporto con novazione soggettiva (sostituzione del fallito);

- ove la curatela fallimentare stipuli un contratto di affitto di azienda, tale contratto non è opponibile alla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 116, d.lgs. n. 163/2006, atteso che i primi tre co. dell'art. 116 si riferiscono alla cessione di azienda da parte di appaltatore non fallito, e il quarto co. dell'art. 116, pur contemplando l'affitto di azienda da parte del curatore fallimentare dell'appaltatore, presuppone un appalto con impresa singola e non con a.t.i. di cui fallisca il mandatario;

- posto che il fallimento del mandatario estingue il contratto di mandato (art. 78, l. fall.), in caso di fallimento di mandatario di un'a.t.i., il sostituto del mandatario fallito deve essere a sua volta costituito mandatario dell'a.t.i., e dunque deve essere designato dai componenti dell'a.t.i. ancora *in bonis*, e non dalla curatela fallimentare del mandatario fallito.

- in caso di fallimento del mandatario dell'a.t.i., la stazione appaltante ha facoltà di scelta tra la prosecuzione del rapporto con un nuovo operatore economico e il recesso, facoltà di scelta rimessa tuttavia non a valutazioni di opportunità bensì alla verifica che il nuovo mandatario venga

indicato tempestivamente, abbia i requisiti di qualificazione adeguati, e accetti le condizioni contrattuali già pattuite; detta facoltà di scelta è da esercitarsi entro il termine ragionevolmente necessario, o entro quello fissato dal singolo contratto;

- in caso di fallimento del mandatario dell'a.t.i., il rapporto contrattuale può proseguire con un <<altro operatore economico>> qualificato, che può essere sia uno degli originari mandanti dell'a.t.i., sia un soggetto estraneo all'a.t.i. originaria;

- in caso di fallimento del mandatario dell'a.t.i., se l'a.t.i. originaria si componeva, oltre che del mandatario, di una sol mandante, il rapporto contrattuale non può proseguire solo con l'originario mandante, anche se in astratto questo fosse in possesso di requisiti di qualificazione adeguati al residuo oggetto contrattuale, perché la sostituzione di un'impresa singola all'a.t.i. originaria, oltre a contrastare con il dettato letterale dell'art. 37, co. 18, d.lgs. n. 163/2006, priverebbe la stazione appaltante di un soggetto responsabile degli eventuali inadempimenti del mandatario originario, commessi prima del fallimento (Cons. St., comm. spec., 22 gennaio 2008 n. 4575/07).

10.2.7. Commissioni di gara costituite prima della pubblicazione dei bandi di gara

Alla luce dell'art. 84, d.lgs. n. 163/2006, secondo cui la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte una sentenza di primo grado ha ritenuto che sia illegittima la costituzione di una commissione permanente, destinata ad occuparsi di un numero indeterminato di gare di appalto, non ancora in corso, in caso di gare da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso (Tar Lazio – Roma, sez. II, 13 febbraio 2008 n. 1268,).

Tuttavia il giudice di appello, in riforma di tale pronuncia, ha osservato che la prescrizione cautelativa divisata dall'art. 84, co. 10, d.lgs. n. 163/2006, secondo cui la commissione di gara deve essere nominata dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, si giustifica solo quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in cui la commissione di gara compie valutazioni discrezionali ed è perciò esposta al rischio di inquinamento e parzialità. Invece, la norma non si applica quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, sicché in tale ipotesi la commissione di gara può essere nominata in via preventiva per un numero indeterminato di gare (Cons. St., sez. IV, 23 settembre 2008 n. 4613).

10.2.8. Appalti in materia di armi e trattativa privata: ancora sull'annosa vicenda degli elicotteri *dual use*

L'art. 16, d.lgs. n. 163/2005, avvalendosi di una deroga consentita dal diritto comunitario, sottrae alle procedure di evidenza pubblica i contratti relativi alla produzione e commercio di armi, nel settore della difesa, che siano destinati a fini specificamente militari.

La giurisprudenza comunitaria ha interpretato in maniera restrittiva i presupposti di applicazione di tale deroga al diritto comunitario degli appalti, affermando che la sua utilizzazione non costituisce una riserva generale ed automatica, ma deve essere giustificata caso per caso, vale a dire solo se è necessaria per realizzare l'obiettivo della salvaguardia degli interessi essenziali di sicurezza invocati dal Trattato. L'onere della prova incombe sullo Stato membro.

Tuttavia non solo l'Italia, ma la maggior parte degli Stati comunitari, si avvalgono ampiamente di tale deroga, che in concreto si presta ad abusi, specie con riguardo alle forniture c.d. *dual use*.

In Italia è emblematico il contenzioso giudiziario sugli elicotteri *dual use*, che hanno formato oggetto di acquisto a trattativa privata, sulla base di un programma giustificato dai fatti dell'11 settembre 2001, non solo per le amministrazioni militari e di pubblica sicurezza, ma anche per altre amministrazioni, come il Ministero dell'agricoltura e foreste (con riferimento agli elicotteri destinati al servizio antincendi).

La giurisprudenza comunitaria ha accolto un'interpretazione restrittiva degli appalti *dual use*, osservando che ai sensi dell'art. 296, Trattato la sottrazione dell'appalto al diritto comunitario si giustifica solo se vi sia un fine specificamente militare, che manca quando la destinazione militare sia dubbia. La C. giust. CE (C. giust. CE, grande sezione, 8 aprile 2008 C-337/05) ha condannato l'Italia in relazione alla prassi, <<esistente da lungo tempo e tuttora seguita, di attribuzione diretta all'Agusta degli appalti per l'acquisto di elicotteri di fabbricazione Agusta e Agusta Bell, destinati a sopperire alle esigenze di diversi corpi militari e civili, al di fuori di qualsiasi procedura di gara e, segnatamente, senza rispettare le procedure previste dalle direttive>>, osservando che in relazione a detti elicotteri la vocazione civile è certa e la finalità militare eventuale.

In punto di fatto, la <<prassi>> duratura di affidamento diretto all'Agusta della fornitura di elicotteri a vocazione civile è stata riscontrata dalla C. giust. CE sulla scorta di vari contratti conclusi nel periodo 2000-2003 con il Corpo dei Vigili del fuoco, i Carabinieri, il Corpo forestale dello Stato, la Guardia Costiera, la Guardia di Finanza, la Polizia di Stato nonché con il Dipartimento della Protezione civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Con riguardo al periodo precedente l'anno 2000, le autorità italiane avrebbero riconosciuto di aver acquistato elicotteri di fabbricazione Agusta e Agusta Bell senza alcuna procedura di gara. La Commissione rileva, infine, che le flotte dei Corpi di Stato interessate sono costituite esclusivamente da elicotteri

di tale fabbricazione, e che nessuna è stata acquistata in esito ad una procedura di gara a livello comunitario.

Con analoghi argomenti la C. giust. CE ha stigmatizzato il decreto del Ministro dell'interno 11 luglio 2003 n. 558 che autorizzava la deroga al diritto comunitario degli appalti per l'acquisizione di elicotteri leggeri per le Forze di Polizia di Stato e per il Corpo nazionale dei Vigili del fuoco, atteso che di tali elicotteri era certa la destinazione civile, e meramente eventuale quella militare (C. giust. CE, sez. II, 2 ottobre 2008 C-157/06).

10.2.9. Esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sotto soglia comunitaria

La C. giust. CE, con una sentenza di maggio 2008 (. giust. CE, 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06), resa sulla I. Merloni, ma i cui principi sono estensibili al codice appalti, ha ritenuto che negli appalti sotto soglia vanno rispettati i principi del Trattato e che pertanto l'esclusione automatica delle offerte anomale è in linea di massima in contrasto con il diritto comunitario, anche se può giustificarsi negli appalti di modesto importo e che non presentino alcun interesse transfrontaliero. Nella versione del terzo decreto legislativo correttivo approvata in via preliminare dal Governo, si era scelto di allineare integralmente la disciplina delle offerte anomale negli appalti sotto soglia a quella degli appalti sopra soglia, eliminando perciò ogni possibilità di esclusione automatica (anche in considerazione della difficoltà di dare puntuale e incontrovertibile attuazione alla pronuncia della C. giust. CE, rimanendo vaghe le nozioni di appalto di interesse transfrontaliero e di appalto di modesto importo).

Tuttavia, in sede di approvazione definitiva del correttivo, e alla luce dei pareri della Conferenza unificata, della Camera e del Senato, si è ritenuto che l'esclusione automatica risponda ad esigenze di semplificazione e vada pertanto mantenuta per gli appalti di minore importo.

Sicché, si è ora stabilito che l'esclusione automatica è possibile, se prevista dal bando, per gli appalti di lavori di importo inferiore o pari a un milione di euro, e per gli appalti di servizi o forniture di importo inferiore o pari a 100.000 euro. Inoltre, l'esclusione automatica non è possibile se il numero di offerte ammesse è inferiore a dieci (in precedenza, se fosse inferiore a cinque).

10.2.10. L'aggiornamento dei prezziari per determinare il prezzo a base di gara

Al fine di prevenire l'applicazione di meccanismi di adeguamento del prezzo in corso di esecuzione, e di garantire una corretta fissazione dei prezzi a base di gara, l'art. 133, co. 8, d.lgs. n. 163/2006 dispone che le stazioni appaltanti provvedono ad aggiornare annualmente i propri prezziari, con particolare riferimento alle voci di elenco correlate a quei prodotti destinati alle

costruzioni, che siano stati soggetti a significative variazioni di prezzo legate a particolari condizioni di mercato. I prezzi cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell'anno successivo per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data. In caso di inadempienza all'obbligo di aggiornamento, i prezziari possono essere aggiornati dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con le Regioni interessate.

In applicazione di tale previsione, si è ritenuto che è illegittimo il bando che ponga a base di gara un prezziario non aggiornato ai sensi dell'art. 133, co. 8, d.lgs. n. 163/2006, incongrui e non aggiornati, oggettivamente inferiori a quelli di mercato come rilevabili dal tariffario regionale (Tar Veneto, sez. I, 17 marzo 2008 n. 670; Tar Sicilia – Catania, sez. I, 20 maggio 2008 n. 938; Tar Umbria, sez. I, 7 giugno 2008 n. 247).

10.2.11. Contrasto di giurisprudenza in ordine alla pubblicità delle sedute di gara nei settori speciali

Nei pubblici appalti dei settori ordinari il principio di pubblicità impone che la seduta in cui sono esaminate le offerte sia pubblica, affinché gli interessati possano presenziarvi, a fini di trasparenza e di garanzia contro irregolarità della procedura; la piena attuazione della pubblicità postula che agli interessati sia dato preventivo avviso della sede, del giorno e dell'ora di espletamento della gara, e che in caso di spostamento della seduta, del cambiamento sia dato avviso ai concorrenti.

Il principio di pubblicità riguarda la fase di verifica della integrità e tempestività della ricezione dei plichi (sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica) e la fase di verifica dei requisiti dei concorrenti, nonché la fase di esame dell'offerta economica.

Conseguentemente è illegittima l'apertura in segreto dei plichi.

Il detto principio impone che il materiale documentario trovi correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica, anche in applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa.

Il principio di pubblicità non riguarda, invece, la fase di verifica dei profili qualitativi delle offerte, quando il criterio è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale fase implica attività valutative riservate, e si svolge in seduta non pubblica.

E' dibattuto se il principio di pubblicità delle sedute, per quanto riguarda la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, e di

apertura dei plichi stessi, sia inderogabile non solo per gli appalti nei settori ordinari, ma anche per quelli nei settori speciali.

Una parte della giurisprudenza si è nel corso del 2008 espressa nel senso dell'applicabilità del principio anche nei settori speciali (Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2008 n. 1856; Tar Lazio – Roma, sez. III-ter, 5 febbraio 2008 n. 952).

Tanto, in base ai seguenti argomenti:

- la “*ratio*” ispiratrice del principio di pubblicità delle sedute di gara è comune ai vari metodi di aggiudicazione ed è rivolta a tutelare le esigenze di trasparenza e imparzialità che devono guidare l'attività amministrativa in tale materia;

- i principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa costituiscono principi cardine del diritto comunitario e nazionale degli appalti (art. 2, d.lgs. n. 163/2006), e il principio della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente è conforme alla normativa comunitaria in materia, la quale è orientata a privilegiare i principi di concorrenza, pubblicità e trasparenza nella scelta del contraente delle pubbliche amministrazioni, come anche dei soggetti alla stessa equiparati;

- i principi del Trattato dell'Unione europea (U.E.), tra cui vi sono quelli di trasparenza e adeguata pubblicità, i quali hanno trovato anche recepimento espresso nel diritto interno (artt. 27, comma 1, 30, comma 3, e 91, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006), si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici e sono direttamente applicabili; a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario;

- la circostanza per cui, nei settori speciali, l'art. 226, d.lgs. n. 163/2006, il quale stabilisce i contenuti dell'invito a presentare offerte o a negoziare, non prevede alcuna forma di pubblicità delle sedute, non esclude il rispetto del principio di pubblicità, atteso che la *ratio* ispiratrice della pubblicità delle sedute di gara è comune in ogni procedura concorsuale di scelta del contraente relativa a qualsiasi contratto pubblico di lavori, servizi e forniture, ed è rivolta a tutelare le esigenze di trasparenza e imparzialità che devono guidare l'attività amministrativa e che caratterizzano tutta la disciplina dell'evidenza pubblica (art. 97, co. 1, Cost. e art. 1, co. 1 e 1-ter, l. n. 241/1990);

- ai sensi dell'art. 1, co. 1-ter, l. n. 241/1990, “I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1”, il quale prevede, tra i criteri che reggono l'attività amministrativa, quelli di “pubblicità e di trasparenza” e, ai sensi dell'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 163/2006, tra i principi che devono essere rispettati (nell'affidamento di opere e lavori pubblici, servizi e forniture) vi sono quelli di trasparenza e di pubblicità;

- non è dirimente la circostanza che l'allegato XIII, punto 11, lett. a) e b), al d.lgs. n. 163/2006, nell'ambito delle "Informazioni che devono comparire nei bandi di gara nei settori speciali di cui alla parte III del d.lgs. n. 163/2006", prevede l'indicazione (eventuale) delle "persone ammesse ad assistere all'apertura delle offerte" e della "data, ora e luogo di tale apertura" solo per le procedure aperte [così come prevedeva l'allegato XII, lett. A, punto 11, lett. a) e b), al d.lgs. n. 158/1995, con la sola sostituzione di "se applicabile" a "eventualmente"; egualmente, senza l'uso dell'avverbio "eventualmente", si prevede, nell'ambito delle informazioni che devono figurare nel bando di gara nei settori ordinari, da parte dell'allegato IX A, punto 13, lett. a) e b), al d.lgs. n. 163/2006]; si tratta, infatti, di precisazione che ha la finalità, pur sempre nel rispetto del principio di pubblicità, di contenere il numero delle persone da invitare per ragioni di semplificazione e speditezza dei relativi adempimenti, mentre una siffatta limitazione non avrebbe alcun senso nel caso di procedure ristrette, nelle quali il numero dei partecipanti è normalmente esiguo;

- non vi è alcuna ragione per escludere, in mancanza di deroga espressa, l'applicabilità degli esposti principi anche ai settori speciali;

- unica deroga al principio di pubblicità delle gare nei settori speciali è consentita per la procedura negoziata, unica procedura la quale conserva margini di snellezza e di elasticità che giustificano la sottrazione a regole formali operanti con riferimento alle gare sottoposte ad un più intenso tasso di pubblicità e di formalismo.

In senso opposto, un'altra parte della giurisprudenza, peraltro con riferimento ad un procedura negoziata per affidamento di concessione di servizi (e non un appalto di servizi), nei settori speciali, bandita nel 2004 e dunque non soggetta alla disciplina del d.lgs. n. 163/2006, ha osservato (Cons. St., sez. V, 19 settembre 2008 n. 4520):

- alle concessioni di servizi non trovano diretta applicazione le puntuali regole di derivazione comunitaria riguardanti l'aggiudicazione dei contratti pubblici, ma solo i principi generali dell'ordinamento comunitario;

- tra questi principi si deve considerare anche quello relativo alla pubblicità e alla trasparenza delle procedure selettive: nel contesto della disciplina comunitaria, peraltro, il riferimento alla pubblicità, peraltro, assume un significato ben preciso e circoscritto, non coincidente con quello elaborato nel diritto interno. Esso non indica l'obbligo della stazione appaltante di consentire la fisica presenza alle operazioni di gara dei rappresentanti di tutti i concorrenti, ma prescrive a ciascuna amministrazione di rendere nota la propria intenzione di procedere all'assegnazione della concessione, permettendo a tutti i soggetti interessati di partecipare alla selezione;

- a ciò va aggiunto che la procedura nel caso concreto presenta le caratteristiche proprie della procedura negoziata, bandita prima del codice appalti e regolata, anche in virtù delle esplicite previsioni contenute nel bando di gara, dal d.lgs. n. 158/1995 solo “limitatamente alle norme espressamente richiamate”;

- l’art. 89, r.d. n. 827/1924 non si applica direttamente ad una società affidataria del servizio di trasporto pubblico locale, a nulla rilevando la circostanza che essa possa qualificarsi, nella presente vicenda, come “organo indiretto” del comune di Milano, o assuma la fisionomia dell’organismo di diritto pubblico;

- l’art. 89, r.d. n. 827/1924 afferma la pubblicità delle sedute, letteralmente, solo per le aste pubbliche e le licitazioni private, senza estendersi alla trattativa privata. È dubbio, quindi, che tale disposizione esprima un principio generale dell’ordinamento nazionale, assolutamente inderogabile;

- l’ordinamento non regola in modo espresso e puntuale la pubblicità delle operazioni di gara, nei settori dei servizi pubblici e nei settori speciali; anche il codice dei contratti pubblici e dei lavori (non applicabile, direttamente, *ratione temporis*, alla vicenda, ma pure rilevante per la sua attitudine a determinare il riassetto della legislazione vigente) demanda al futuro regolamento di attuazione la disciplina delle modalità di funzionamento della commissione di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa;

- sul versante comunitario, il principio generale della trasparenza delle amministrazioni è certamente enunciato con enfasi, ma, nella sua ampiezza e generalità, esso indica una regola che attiene, nel complesso, alla esigenza di definire preventivamente le modalità di valutazione delle offerte e di garantire, ex post, la leggibilità delle decisioni assunte dalla stazione appaltante;

- non esiste alcuna regola espressa (e nemmeno pronunce della Corte di giustizia) che si spingano ad affermare l’obbligo incondizionato delle stazioni appaltanti di assicurare sempre (anche nelle ipotesi di procedure con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa) la pubblicità della fase di apertura dell’offerta economica;

- per quanto riguarda il diritto interno, poi, i generali principi di trasparenza e partecipazione dell’attività amministrativa, stabiliti dalla l. n. 241/1990 e, in alcuni casi, da particolari leggi di settore (a partire dai lavori pubblici), non si accompagnano alla previsione di regole che impongano, in modo costante e inderogabile, la verificabilità immediata delle operazioni compiute dall’amministrazione;

- non è nemmeno trascurabile il rilievo che, in ogni caso, anche il valore della trasparenza amministrativa deve essere opportunamente coordinato con l’esigenza di evitare inopportuni aggravamenti del procedimento, ora vietati dall’art. 1, l. n. 241/1990.

Le seconda pronuncia riportata non è in espresso contrasto con la prima, atteso che si riferisce ad una concessione di servizi affidata a trattativa privata nei settori speciali, con bando anteriore al d.lgs. n. 163/2006. Tuttavia, sebbene in via di *obiter*, prende posizione, anche alla luce del d.lgs. n. 163/2006, contro il principio di pubblicità delle sedute di gara nei settori speciali, dando così l'avvio ad un contrasto di giurisprudenza.

10.2.12. Ordine di esame di ricorso principale e incidentale in caso di appalto con due soli concorrenti

La questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale nella materia dei contratti pubblici quando si sia in presenza di due sole imprese concorrenti, è stata rimessa all'esame della plenaria nel corso del 2008 (Cons. St., sez. V, 5 giugno 2008 n. 2669, ord.), e dalla plenaria definita (Cons. St., ad. plen., 10 novembre 2008 n. 11).

Sul punto, l'ordinanza di rimessione ha manifestato la propria adesione all'orientamento per il quale – quando alla gara siano state ammesse due offerte – va dapprima esaminato il ricorso incidentale contro l'atto di ammissione alla gara del ricorrente principale e poi, nel caso di sua fondatezza, vanno esaminate le censure di questi contro l'ammissione della aggiudicataria, concludendo nel senso che il Tar può annullare entrambi gli atti di ammissione, con la conseguente indizione di un'ulteriore gara.

La plenaria ha nella sostanza aderito alla soluzione prospettata dall'ordinanza di rimessione, facendo leva sulla nozione di interesse strumentale al ricorso e sul principio di imparzialità del giudice e parità delle parti, che prevalgono sulle regole relative all'ordine di trattazione delle questioni.

Nel dettaglio, la plenaria ha ritenuto che la questione vada risolta tenendo conto:

- a) delle disposizioni applicabili per il ricorso incidentale nel giudizio di impugnazione;
- b) dei principi riguardanti l'ordine logico di trattazione delle questioni;
- c) del principio di imparzialità del giudice, che deve trattare le parti in condizioni di parità.

Quanto alle disposizioni applicabili al ricorso incidentale, l'art. 22, l. Tar ha richiamato l'art. 37, r.d. n. 1054/1924 e l'art. 44, r.d. n. 642/1907.

Essi hanno disciplinato le modalità formali ed il termine per la proposizione del ricorso incidentale, mentre per la sua incidenza sul contenuto della sentenza il citato art. 37, co. 6, si è limitato a disporre che *«il ricorso incidentale non è efficace se è prodotto dopo la rinuncia al ricorso principale o se questo è dichiarato inammissibile per essere stato proposto fuori termine»*.

Con riferimento al giudizio di impugnazione, il legislatore si è dunque rimesso alla elaborazione giurisprudenziale, ponendo solo la regola - basata sul principio di economia

processuale – per cui, se vi sono ragioni preclusive dell'esame della fondatezza del ricorso principale, diventa in sostanza improcedibile il ricorso incidentale, per sopravvenuta carenza di interesse.

L'art. 37, co. 6, si è espressamente riferito ai soli casi in cui le censure del ricorso principale non possano essere esaminate perché esso è rinunciato o è tardivamente proposto, ma risulta senz'altro applicabile per identità di *ratio* anche quando esso vada dichiarato perento o improcedibile per il superamento del termine del suo deposito.

In tali casi, in cui il ricorso incidentale diventa improcedibile, ben può affermarsi che questo è subordinato e accessorio a quello principale.

Qualora il ricorso principale sia stato tempestivamente notificato e depositato, e non seguito dalla perenzione o dalla rinuncia, nell'assenza di indicazioni normative sul ricorso incidentale, sull'ordine di trattazione dei due ricorsi e sulle conseguenze processuali della loro fondatezza, l'operato del giudice amministrativo nella soluzione delle anzidette questioni non può che ancorarsi ai pilastri fondanti del giudizio e cioè ai principi di economia processuale e di logicità.

Quanto all'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, a seconda dei casi il giudice può esaminare con priorità quello che risulta decisivo per dirimere la lite.

A volte, per ragioni di ordine logico il giudice può esaminare dapprima il ricorso principale (come avviene quando questo impugni il verbale di proclamazione degli eletti e lamenti la mancata attribuzione di ulteriori propri voti di preferenza, ovvero l'illegittima attribuzione di voti al controinteressato): solo se risulti fondato il ricorso principale, sussiste un effettivo interesse del controinteressato all'esame del suo ricorso incidentale (che, a sua volta, abbia lamentato sotto altri profili la mancata attribuzione di ulteriori propri voti di preferenza, ovvero l'illegittima attribuzione di voti di preferenza al ricorrente principale, al fine di ripristinare le posizioni antecedenti alla proposizione dei ricorsi).

Tuttavia, nulla preclude al giudice di esaminare prima il ricorso incidentale che risulti fondato e di dichiarare inammissibile il ricorso principale (per la 'prova di resistenza', poiché l'atto impugnato non potrebbe essere annullato anche nel caso di fondatezza del ricorso principale).

Analoghi criteri possono essere seguiti quando si tratti della impugnazione della graduatoria (di un concorso, di una gara o comunque per l'assegnazione di benefici) e il ricorrente principale lamenti la mancata attribuzione di un punteggio (o che al controinteressato sia stato attribuito un punteggio superiore a quello spettante), mentre corrispondenti censure siano proposte dal ricorrente incidentale (che sotto altri profili lamenti la mancata attribuzione di un punteggio o che al ricorrente principale sia stato attribuito un punteggio superiore a quello spettante).

In tutti tali casi, il ricorso incidentale – rivolto avverso il medesimo provvedimento impugnato in via principale - va esaminato tenendo conto delle esigenze di economia processuale e costituisce un'eccezione in senso tecnico, la cui fondatezza preclude l'accoglimento del ricorso principale (senza comportare l'annullamento *in parte qua* dell'atto impugnato e conseguenze su soggetti non intimati nel giudizio).

In altri casi, il giudice può esaminare prima il ricorso incidentale, come avviene quando l'aggiudicatario di una gara - cui siano state ammesse almeno tre offerte – abbia dedotto l'illegittimità dell'atto che vi abbia ammesso il ricorrente principale.

Infatti, ove il ricorso incidentale vada accolto, per la risalente pacifica giurisprudenza (incontestata in sede dottrina):

- l'impresa ricorrente principale, che ha presentato l'offerta da escludere (come statuito dal giudice), non può più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non può conseguire non solo l'aggiudicazione, ma neppure la ripetizione della gara, poiché, pur se risultasse l'illegittimità dell'atto di ammissione dell'aggiudicatario, l'amministrazione - salvo l'esercizio del potere di autotutela - non potrebbe che prendere in considerazione l'offerta o le offerte presentate dalle altre imprese ammesse con atti divenuti inoppugnabili;

- il ricorso principale diventa dunque improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione, poiché proposto da impresa che non può ottenere alcuna utilità.

Anche in tal caso, il ricorso incidentale costituisce un'eccezione in senso tecnico, che, se accolta, preclude l'esame del ricorso principale, senza condurre all'annullamento dell'atto impugnato.

Tuttavia, nulla preclude al giudice di esaminare con priorità il ricorso principale che risulti infondato, per giungere alla statuizione di improcedibilità del ricorso incidentale.

In tutti questi casi, dunque, il giudice si può ispirare alle esigenze di economia processuale per determinare l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, giungendo a determinare una soccombenza che di per sé comunque si produrrebbe (sia pure in base a una diversa *ratio decidendi*) anche invertendo l'ordine di trattazione delle questioni (e che, dunque, si basa su statuizioni rispettose del principio della parità delle parti).

Nel caso in esame (caratterizzato dal ricorso principale e da quello incidentale delle due uniche imprese ammesse alla gara, ciascuno dei quali volto a far accertare che la controparte è stata illegittimamente ammessa alla gara), il giudice deve dare rilievo all'interesse alla ripetizione della gara, sicché non può essere applicato il principio sopra richiamato, sulla improcedibilità del ricorso principale, quando l'accoglimento del ricorso incidentale riguardi una gara con più di due offerte ammesse.

La giurisprudenza amministrativa ha precisato da tempo che un'impresa è titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un interesse 'strumentale', mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando (ad esempio, quando un'impresa, pure se esclusa, abbia impugnato tutti gli atti di ammissione delle altre imprese o abbia impugnato il bando in ragione di una sua 'clausola escludente': ad. plen., 23 gennaio 2003 n. 1).

Inoltre, anche per la giurisprudenza della C. giust. CE è meritevole di tutela l'interesse dell'impresa a ricorrere contro gli atti i cui effetti precludano l'indizione di una gara, affinché essa possa partecipare a quella che sarà indetta dopo l'annullamento (C. giust. CE, 11 gennaio 2005 C-26/03, § 40-41).

Qualora siano state ammesse alla gara solo le loro due offerte, non si può dunque affermare che sussisterebbe un interesse di mero fatto della ricorrente principale, quando l'accoglimento del ricorso incidentale evidenzia l'illegittimità dell'atto che l'abbia ammessa alla gara.

Infatti, la stessa ricorrente principale – pur non potendo ottenere l'aggiudicazione della gara – in base al principio 'il più contiene il meno' conserva l'interesse 'minore' e 'strumentale' a vedere esaminate le sue censure rivolte avverso l'atto di ammissione della aggiudicataria e in via consequenziale avverso l'aggiudicazione, affinché anche questi siano annullati, per ottenere l'indizione di una gara ulteriore.

Rilevato che l'accoglimento del ricorso incidentale non fa venire meno l'interesse a ricorrere della ricorrente principale (quale titolare del descritto interesse strumentale), sorge la questione se – come ritenuto da un orientamento segnalato nella ordinanza di rimessione – questa soluzione debba intendersi preclusa perché andrebbe esaminato con priorità il ricorso principale.

Per tale impostazione, la fondatezza del ricorso principale comporterebbe l'improcedibilità di quello incidentale (in quanto proposto da un'impresa il cui atto di ammissione alla gara è risultato illegittimo), con la conseguente preclusione processuale per la verifica della legittimità dell'atto di ammissione alla gara della stessa ricorrente principale.

Ad avviso dell'adunanza plenaria, questa conclusione non può essere condivisa, poiché non tiene conto della simmetria delle posizioni processuali della ricorrente principale e della aggiudicataria ricorrente incidentale, anch'essa titolare di un interesse 'strumentale' alla ripetizione della gara.

Infatti, qualora il Tar abbia accolto il ricorso principale ravvisando l'illegittimità dell'atto di ammissione alla gara della aggiudicataria, anche questa – pur non potendo mantenere l'aggiudicazione a suo favore – è titolare di un interesse 'minore' e 'strumentale' alla ripetizione

della gara, soddisfatto qualora risulti fondato il suo ricorso incidentale sulla illegittimità dell'atto di ammissione alla gara della ricorrente principale.

Poiché le posizioni delle due imprese sono perfettamente simmetriche e speculari, non può ritenersi corretta la soluzione per la quale l'accoglimento del ricorso principale – quando è esaminato con priorità - renderebbe improcedibile il ricorso incidentale.

Per definire l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale e quali siano i conseguenti effetti processuali, nel caso di controversia tra le due uniche imprese che siano state ammesse alla gara, ritiene l'adunanza plenaria che sia decisivo il principio per il quale il giudice, per essere «imparziale», deve trattare le parti «*in condizioni di parità*».

Per i principi della parità delle parti e di imparzialità, dunque, quando le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite, anche quando riguardino l'ordine di trattazione dei ricorsi: non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale – esaminato prima - preclude l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale – esaminato prima – preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di un'ulteriore gara.

Quanto precede comporta che, nel rispetto dei principi processuali sull'interesse e sulla legittimazione a ricorrere, il giudice:

a) per ragioni di economia processuale, può esaminare con priorità il ricorso principale (quando la sua infondatezza comporta l'improcedibilità di quello incidentale), ovvero quello incidentale (la cui infondatezza comporta l'esame di quello principale);

b) in base al principio della parità delle parti, non può determinare una soccombenza anche parziale in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni;

c) qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato (principale o incidentale), deve tenere conto dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e deve esaminare anche l'altro, quando la fondatezza di entrambi comporta l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, col conseguente obbligo dell'amministrazione di indirne un'ulteriore.

In tal caso, dunque, il ricorso incidentale ha natura impugnatoria dell'atto di ammissione alla gara della ricorrente principale, la cui efficacia precluderebbe l'indizione di quella ulteriore.

10.2.13. Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto. Rinvio

In argomento v. par. 6.

11. LA CONSULENZA NORMATIVA

Nel corso dell'anno 2008 la fine anticipata della legislatura iniziata nel maggio 2006 e l'avvio, nel maggio 2008, della nuova legislatura, sono fattori che hanno comportato un rallentamento dell'attività normativa secondaria del Governo, con conseguente rallentamento, rispetto all'anno 2007, dell'attività consultiva del Consiglio di Stato sugli atti normativi del Governo.

La sezione del Consiglio di Stato per gli atti normativi ha comunque reso interessanti pareri su svariate questioni.

Sul versante della semplificazione e produzione normativa, si segnalano i pareri resi sugli schemi di regolamento, predisposti dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, recanti le norme di attuazione in tema di a.i.r. e di v.i.r. (rispettivamente analisi di impatto della regolamentazione e verifica di impatto della regolamentazione) (pareri 11 febbraio 2008 e 21 aprile 2008 n. 1208/06 e 22 settembre 2008 n. 3195/08).

Di particolare interesse è l'affermazione, contenuta nel parere reso sullo schema di regolamento relativo all'a.i.r., secondo cui il disegno di legge finanziaria non può, in linea di principio, essere sottratto all'analisi di impatto di regolamentazione; il Consiglio di Stato ha perciò smentito la tesi governativa, contenuta nello schema di regolamento, che escludeva in termini generali l'a.i.r. per la legge finanziaria.

Va poi segnalato il parere reso sullo schema di terzo decreto legislativo correttivo del codice dei contratti pubblici (parere 14 luglio 2008 n. 2357/08).

L'avvento della nuova legislatura e il conseguente riaccorpamento di Ministeri oggetto di <<spacchettamento>> nella precedente, ha visto il Governo e conseguentemente il Consiglio di Stato impegnati, nell'arco del secondo semestre 2008, in relazione ai regolamenti di riorganizzazione dei Ministeri (vedi Cons. St., sezione atti normativi, pareri 28 agosto 2008 nn. 2571/08; 2576/08; 2914/08; 2917/08; 2923/08).

Sul piano procedimentale, la sezione per gli atti normativi ha ribadito la necessità che i concerti ministeriali, quando previsti, siano formulati in modo espresso (parere 10 marzo 2008 n. 815/08), e che va puntualmente verificata l'esistenza di norme primarie che autorizzano l'esercizio della potestà regolamentare dovendosi, altrimenti, esprimere parere negativo (parere 22 settembre 2008 n. 3180/08).

12. IL RICORSO STRAORDINARIO

12.1. Pubblicità dei pareri sul ricorso straordinario e tutela della *privacy*

In relazione ai pareri resi dal Consiglio di Stato sui ricorsi straordinari, la novità più significativa nel corso dell'anno 2008 è la soluzione, a mezzo di direttiva del Presidente del Consiglio di Stato 20 maggio 2008, dell'annosa questione circa la possibilità di pubblicare o meno sui siti informatici, e segnatamente sul sito internet della giustizia amministrativa, i pareri resi dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario.

La direttiva, preceduta da un parere dell'Autorità garante della *privacy*, si è pronunciata nel senso della pubblicabilità, salva istanza di parte di omissione dei dati personali, o provvedimento collegiale che di ufficio, rilevata la presenza di dati sensibili, ordina la pubblicazione con omissione dei dati personali.

A tanto, le sezioni consultive si sono adeguate.

L'effetto pratico immediato è la possibilità di consultare tramite il sito internet e intranet della giustizia amministrativa i pareri resi sui ricorsi straordinari, che vengono ora puntualmente pubblicati, mentre negli anni precedenti solo un ridotto numero di pareri veniva pubblicato.

In questa prima fase, le sezioni consultive verificano di ufficio, pur in assenza di istanza di parte, se il ricorso contenga dati sensibili che giustificano l'omissione di dati personali. Si suole considerare come dati sensibili, e ordinare di ufficio l'omissione dei dati personali, le notizie relative allo stato di salute fisica – psichica del ricorrente, che si rinvencono nei ricorsi in materia di cause di servizio o di esclusione da procedure concorsuali, e le notizie relative a comportamenti disciplinarmente rilevanti, che si rinvencono nei ricorsi avverso sanzioni disciplinari.

Si deve tuttavia segnalare una disfunzione del sistema, imputabile alle regole informatiche, per cui tutt'oggi non vengono pubblicati sul sito internet-intranet della giustizia amministrativa i pareri delle commissioni speciali.

Con l'auspicio che la disfunzione, già segnalata, venga corretta, si riporta in questa rassegna, di seguito, una sintesi dei pareri delle commissioni speciali nell'anno 2008.

12.2. Le commissioni speciali

Vanno segnalati i pareri resi da apposite commissioni speciali sulle seguenti questioni:

1) effetti del fallimento di un componente di un'a.t.i. sul contratto di appalto in corso di esecuzione (commissione speciale 22 gennaio 2008 n. 4575/07) (si esamina nel par. 10 dedicato ai pubblici appalti);

2) non necessità del preavviso di rigetto, ai sensi dell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, nel procedimento di decisione dei ricorsi gerarchici (commissione speciale 26 febbraio 2008 n. 2518/07);

3) rapporto tra ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e ricorso giurisdizionale al giudice ordinario (commissione speciale, 20 maggio 2008 n. 3990/07);

4) estensibilità al ricorso straordinario dei principi in tema di appello e revocazione elaborati in sede giurisdizionale (Cons. St., ad. plen., n. 7/2004), quanto alla sufficienza di evocazione in giudizio dell'amministrazione resistente, e alla non necessità di notifica ad almeno un controinteressato al fine dell'ammissibilità del gravame (commissione speciale 15 luglio 2008 n. 3058/07).

12.2.1. Non necessità del preavviso di rigetto nel procedimento di decisione del ricorso gerarchico

Sub 2) La questione se occorra o meno dare il preavviso di rigetto nell'ambito dei procedimenti di secondo grado di decisione di ricorsi amministrativi ordinari è questione di massima di interesse di tutte le pubbliche amministrazioni e di tutte le sezioni del Consiglio di Stato è stata finora affrontata in maniera difforme dalle diverse pubbliche amministrazioni in sede di decisione dei ricorsi gerarchici, atteso che alcune danno, altre omettono, il preavviso di rigetto.

Di qui la rimessione della questione, da parte del Presidente del Consiglio di Stato, all'esame di commissione speciale all'uopo costituita.

La Commissione speciale muove dalla considerazione che l'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 15/2005, mira ad introdurre il contraddittorio nei procedimenti amministrativi, al fine di prevenire e deflazionare il successivo contenzioso originato dall'impugnazione del provvedimento.

La norma ha una portata generale, e va letta in senso non restrittivo, pena la vanificazione dell'intento legislativo di valorizzare il contraddittorio e in definitiva il dialogo tra cittadini e istituzioni.

Tuttavia, secondo la condivisibile giurisprudenza amministrativa, l'elenco di procedimenti cui non si applica il preavviso di rigetto non è tassativo, potendosi e dovendosi enucleare altri casi di sottrazione al preavviso di rigetto, alla luce di un'interpretazione sistematica.

Nella casistica si è ritenuto che si sottraggano al preavviso di rigetto:

- il procedimento della denuncia di inizio attività in materia edilizia;

- i procedimenti di secondo grado e, segnatamente, i procedimenti di autotutela avviati su istanza di parte e sfociati in atti confermativi.

Secondo la Commissione speciale, la *ratio* dell'art. 10-*bis* sia stata di introdurre il contraddittorio nei procedimenti di amministrazione attiva, al fine di consentire un dialogo tra le parti prima dell'adozione del provvedimento.

La norma non riguarda, pertanto, i procedimenti di amministrazione contenziosa, quali sono quelli originati da ricorsi amministrativi, per molteplici ordini di ragioni.

Sul piano letterale, l'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, si applica ai procedimenti ad <<istanza>> di parte. Ma l'istanza di parte è la pretesa ad un bene della vita, conseguibile tramite un provvedimento amministrativo. Invece il <<ricorso>> amministrativo non è una <<istanza di provvedimento>>, bensì una <<contestazione di provvedimento>>.

Il c.d. preavviso di rigetto mira a suscitare il contraddittorio prima dell'adozione di un provvedimento di amministrazione attiva; nel caso dei procedimenti da ricorso amministrativo, il provvedimento di amministrazione attiva è già stato emanato, e il procedimento di secondo grado è istituzionalmente preordinato a realizzare un contraddittorio interno all'amministrazione sul provvedimento, prima di arrivare alla sede giurisdizionale.

Vi è già un provvedimento di amministrazione attiva che si è formato o mediante avviso di avvio del procedimento (se si tratta di procedimento di ufficio) o previo preavviso di rigetto (se avviato su istanza di parte), e su tale provvedimento di amministrazione attiva, mediante il ricorso amministrativo, si instaura il contraddittorio tra privato e amministrazione.

Vi sono pertanto già due momenti di attuazione del contraddittorio, a monte in sede di formazione del provvedimento di amministrazione attiva, e in secondo luogo per il tramite dei motivi del ricorso amministrativo. Sicché, un ulteriore preavviso di rigetto costituirebbe un terzo momento di contraddittorio, che aggrava inutilmente il procedimento, in contrasto con le esigenze di celerità e semplificazione.

Un'ulteriore considerazione è che il ricorso gerarchico ha una tempistica ben scandita, atteso che decorsi novanta giorni dalla data della sua presentazione, si apre la strada per il ricorso giurisdizionale o straordinario (art. 6, d.lgs. n. 1199/1971).

Invece, secondo il meccanismo procedurale divisato dall'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, il preavviso di rigetto sortisce l'effetto di interrompere i termini per provvedere, che iniziano a decorrere *ex novo* dalla scadenza del termine di dieci giorni assegnato all'interessato per le sue osservazioni e documenti.

Sicché, applicare l'art. 10-*bis* ai procedimenti da ricorsi amministrativi, consentirebbe di poter raddoppiare i termini di decisione, con perdita di efficienza e semplificazione, in nome di un contraddittorio che è superfluo.

Va altresì considerato che il procedimento di ricorso gerarchico potrebbe concludersi, per scelta consapevole dell'amministrazione, con il silenzio di cui all'art. 6, d.lgs. n. 1199/1971; con tale meccanismo è incompatibile la necessità del preavviso espresso.

Ricostruiti i procedimenti da ricorso amministrativo come procedimenti contenziosi, in essi si impone il rispetto del principio di parità delle parti, e della decisione da parte di un soggetto imparziale (ancorché nella specie non terzo, perché non estraneo ad uno dei contendenti). Con tale esigenza di parità contrasta il preavviso di rigetto, che viene dato ad una sola parte, colui che attiva il procedimento.

Va infine osservato che i ricorsi amministrativi sono decisi da un soggetto che, ancorché interno all'amministrazione, ha un dovere di imparzialità.

Le decisioni rese in posizione di imparzialità e volte a dirimere una controversia, devono anche rispondere al principio di segretezza fino alla loro pubblicazione, affinché l'organo decidente non sia influenzato dalle parti.

Sicché, imporre il preavviso di rigetto in relazione alla decisione di un ricorso amministrativo, implicherebbe la violazione della segretezza della decisione e nuocerebbe alle garanzie di imparzialità del decidente.

12.2.2. Non alternatività tra ricorso straordinario e ricorso al giudice ordinario nel pubblico impiego

Sub 3) Il parere *sub 3)* ha esaminato la questione relativa alla proponibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nell'ipotesi in cui sia stato già proposto ricorso, ai sensi dell'art. 414 c.p.c., innanzi alla sezione lavoro del Tribunale ordinario civile, da parte di un dipendente della pubblica amministrazione, in regime c.d. contrattualizzato.

La Commissione speciale ricorda come già la pronunzia dell'adunanza generale del Consiglio di Stato 5 giugno 1952 n. 123 ha ritenuto ammissibile il ricorso straordinario anche nei casi in cui il sindacato relativo ad un provvedimento amministrativo definitivo venga affidato dalla

legge ad un giudice speciale diverso dal Consiglio di Stato; e comunque in tutti quei casi in cui viene fissato un termine decadenziale breve per la proposizione dell'azione giurisdizionale.

Attualmente la materia è governata dai principi giurisprudenziali, ricavabili dal parere dell'adunanza generale n. 72 del 29 maggio 1997 e, con riferimento al rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici c. d. contrattualizzati, dal parere n. 9 del 10 giugno 1999 della medesima adunanza.

I principi desumibili dalla prima pronuncia possono essere così riassunti:

- il ricorso straordinario dispone di un'accentuata trasversalità nel campo dell'azione amministrativa e il controllo esterno della legittimità degli atti amministrativi risponde a puntuali esigenze dell'ordinamento. Pertanto il gravame straordinario non risponde solo agli intenti "pietistici" propri della sua origine storica;

- la tutela giurisdizionale è estranea al momento di concepimento dell'atto e, presupponendosi che il suo processo formativo si sia già realizzato, in essa vi è l'accentuazione del profilo di reazione alla determinazione lesiva, cosa del tutto diversa dalla funzione collaborativa che può scorgersi nella sede straordinaria, pur se realizzata in chiave contenziosa;

- il solo fatto che vengono abilitate talune sedi contenziose eccezionali rispetto al canone processuale generale non comporta la cancellazione dello strumento straordinario in quanto le sfere di operatività dei due mezzi sono differenti e attengono ad autonome distinte finalità. Pertanto si pone come strumento concorrente con ogni altra forma di tutela;

- nel momento in cui si ammette che il ricorso straordinario può essere proposto per sindacare ogni profilo di diritto soggettivo, gli è indifferente ogni forma di riparto di giurisdizione, ivi compresa la giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato;

- in virtù del carattere proprio di rimedio generale di legittimità, nelle ipotesi di adizione congiunta del ricorso straordinario e del ricorso innanzi al giudice ordinario "non opera alcun criterio di alternatività, in quanto l'istituto è legislativamente previsto nel solo rapporto con il ricorso giurisdizionale amministrativo e non può trovare applicazione fuori di tale ambito, con la conseguenza che ove entrambi i rimedi producessero esiti non omogenei, sarebbe comunque prevalente la pronuncia giurisdizionale in virtù dell'intrinseca forza del deliberato, specie se pervenuto alla fase di giudicato".

Dalla seconda pronuncia si possono ricavare i seguenti principi:

- "come è da decenni pacifico in sede giurisdizionale, anche in sede straordinaria nulla preclude all'organo consultivo di giudicare del rapporto direttamente o passando per quel surrogato di atto definitivo che è il silenzio rifiuto, ma anche in assenza di un atto amministrativo";

- premessa l'insuperabilità della lettera della legge, laddove l'art. 8, d.lgs. n. 1199/1971 stabilisce che con il ricorso straordinario possono impugnarsi solo atti amministrativi definitivi, nell'attuale contesto ordinamentale l'espressione "atto amministrativo" può essere considerata di carattere neutro, prestandosi così a ricomprendere anche atti soggettivamente provenienti dall'amministrazione, ma da essa adottato in regime privatistico, come gli atti organizzativi e quelli concernenti la gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti, come dimostra la stessa lettera dell'art. 68, co. 2, d.lgs. n. 29/1993, nella parte in cui mantiene devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni;

- quindi la natura solo soggettivamente amministrativa di un atto non ne preclude l'impugnazione in sede straordinaria;

- siccome esistono casi in cui, pur in presenza di un atto amministrativo, la tutela del diritto va domandata al giudice ordinario, anche in questi casi il ricorso straordinario per l'annullamento dell'atto e l'azione civile per l'accertamento del diritto sono rimedi concorrenti e non alternativi, ferma restando la possibilità dei giudici ordinari di sacrificare l'eventuale decisione del ricorso e ferma restando l'improcedibilità del ricorso stesso ove previamente si formi il giudicato in sede civile;

- diverso invece il caso in cui il giudice ordinario o amministrativo siano titolari di competenza funzionale inderogabile, dato che per giurisprudenza consolidata, la devoluzione della materia ad un determinato giudice, avente carattere di esclusività, preclude la proponibilità del ricorso straordinario;

- tuttavia, dopo le modifiche al codice di procedura civile e l'istituzione in primo grado del giudice unico, la devoluzione al giudice ordinario del lavoro della materia in argomento non sembra avere alcun carattere di specialità nel senso anzidetto, e pertanto opera il principio della concorrenza fra il ricorso al giudice del lavoro e il ricorso straordinario.

La commissione speciale si è attenuta a tale impianto di fondo, con alcune integrazioni e precisazioni.

Ha ritenuto che la regola dell'alternatività opera solamente rispetto al ricorso giurisdizionale amministrativo – tra l'altro in senso biunivoco - e non rispetto all'azione civile.

In ciò vi è l'influenza della genesi storica dell'istituto, ossia il fatto che il legislatore del 1889, nel prevedere il nuovo ricorso innanzi alla quarta sezione del Consiglio di Stato, la cui natura giurisdizionale fu riconosciuta legislativamente soltanto nel 1907, anziché sopprimere il ricorso straordinario - visto che i due strumenti erano destinati ad essere utilizzati nella medesima area - ripiegò su di una soluzione di compromesso, salvando la contemporanea operatività dell'antico e del

nuovo rimedio. Dunque, il legislatore pose la regola dell'alternatività come rimedio al male maggiore della soppressione del ricorso straordinario, che, pur con i suoi limiti intrinseci, aveva dato in passato buona prova, riscuotendo un certo consenso soprattutto presso i ceti meno abbienti.

L'alternatività è stata riproposta dagli artt. 8 e 10, ult. co., d.lgs. n. 1199/1971, nonché dall'art. 20, l. Tar, e viene realizzata mediante la combinazione di due regole: l'impugnazione in sede giurisdizionale vale ad escludere il ricorso straordinario e viceversa; la preclusione dell'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo del decreto del Capo dello Stato che definisce il ricorso straordinario da parte del controinteressato, cui sia stato notificato il ricorso e non abbia esercitato la facoltà di trasposizione di cui all'art. 10 del medesimo decreto.

L'origine storica dell'istituto, il diverso campo di intervento del giudice dei diritti e la mancata previsione della possibilità per il controinteressato di effettuare la trasposizione innanzi al giudice ordinario - la seconda parte dell'art. 10, co. 1, d.lgs. n. 1199/1971 disciplina le modalità relative al deposito del solo ricorso giurisdizionale amministrativo - hanno cospirato verso l'affermazione della regola secondo cui l'alternatività non opera rispetto al ricorso innanzi al giudice ordinario.

Pertanto è stato sempre pacifico che l'antico strumento di tutela si ponesse su un piano completamente diverso rispetto alla tutela giurisdizionale dei diritti, affidata al giudice ordinario, che, con il suo potere di disapplicazione, può sempre sindacare la fondatezza del diritto vantato, anche in presenza di una decisione in sede straordinaria.

In altri termini, la presentazione di un ricorso straordinario non preclude l'azione davanti al giudice civile, né tantomeno comporta un difetto di giurisdizione del g.o.(Cass., sez. un., n. 7506/1986 e n. 1464/1977; Cons. St, ad. gen. 12 aprile 1984 n. 7).

Tuttavia, il problema del funzionamento della regola dell'alternatività del ricorso straordinario in materia di diritti si pone necessariamente, laddove, una volta ammessa la sua azionabilità anche in presenza di diritti qualora siano compromessi dall'atto formale o dal silenzio rifiuto, la tutela di tali diritti rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In tal caso le soluzioni prospettabili sono due: se si ritiene che la *ratio* dell'alternatività sia quella di precludere la possibilità di una doppia pronuncia del Consiglio di Stato, essa si applica anche ai diritti soggettivi devoluti alla conoscenza del giudice amministrativo; se invece si ritiene che l'alternatività sia legata unicamente alla situazione soggettiva di interesse legittimo, nel caso in cui si verta di diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo, bisogna ammettere la proponibilità del ricorso al giudice amministrativo anche dopo la decisione del ricorso straordinario, nell'ordinario termine di prescrizione del diritto. Infatti, dato che la tutela giurisdizionale amministrativa è divenuta piena al pari di quella del giudice ordinario,

l'ordinamento non può tollerare che vi sia una tutela non uniforme dei diritti soggettivi a seconda del giudice chiamato a conoscerne. Pertanto il giudice amministrativo sarà chiamato a decidere sulla fondatezza della pretesa, eventualmente disapplicando la decisione del ricorso straordinario.

La Commissione speciale pur aderendo all'indirizzo dell'adunanza generale, ossia che il ricorso straordinario per l'annullamento dell'atto e l'azione civile per l'accertamento del diritto sono rimedi concorrenti e non alternativi, ha precisato che la lettura costituzionalmente orientata dal principio di effettività della tutela, di cui all'art. 24, Cost., consente di ritenere –al di là del dato, positivo e storico-sistematico, che pacificamente consente l'operatività nel solo rapporto con il ricorso giurisdizionale amministrativo, oltre il quale vi è improponibilità assoluta della tutela straordinaria nel caso di una giurisdizione esclusiva e specifica, della regola dell'alternatività - che quest'ultima non può essere applicata se non nei casi espressamente previsti dalla legge e non è suscettibile di espansione applicativa. Essa si risolve comunque in una diminuzione di tutela, laddove non viene consentito l'utilizzazione di uno strumento di applicazione trasversale nell'ambito del sistema delle tutele.

Tuttavia la proponibilità astratta del rimedio straordinario, ossia l'impossibilità per il giudice di dichiararne l'inammissibilità sulla base della sola constatazione della presenza concomitante di due ricorsi, non impedisce di valutarne preventivamente l'effettiva utilità, sulla base dell'intrinseca potenzialità di incisione sulla situazione soggettiva fatta valere, alla luce dell'altro principio fondamentale che governa la materia, ossia la prevalenza della tutela giurisdizionale rispetto ad ogni altra, ivi compresa quella giustiziale (art 10, d.lgs. n. 1199/1971; art. 20, l. Tar; art. 113 Cost.)

In altri termini, la regola della “concorrenza” dei rimedi azionati impone di escludere o ammettere la tutela straordinaria rispetto a quella, prevalente, giurisdizionale, solamente nell'ipotesi in cui quest'ultima non consente di raggiungere la tutela piena voluta dal ricorrente. Questo può essere ottenuto non attraverso la pronuncia di inammissibilità, che è automatica e si fonda sul dato oggettivo della compresenza dei due rimedi, bensì attraverso la pronuncia di improcedibilità, a seguito della verifica dell'eshaustività del rimedio prevalente e della sua effettiva e feconda utilizzazione, che non necessariamente deve aver già prodotto una decisione passata in giudicato>>, e tanto sulla base di una valutazione *ex ante*.

12.2.3. Notifica del ricorso straordinario in revocazione

Sub 4) Il parere *sub 4)* ha esaminato *funditus* la questione di diritto, che risulta sostanzialmente nuova, se il ricorso straordinario in revocazione debba seguire le regole procedurali del ricorso straordinario, e debba dunque essere presentato all'amministrazione e notificato ad almeno un controinteressato, a pena di inammissibilità, ovvero se al ricorso straordinario in

revocazione possano estendersi – sia pure con i necessari adattamenti - le regole elaborate dall’adunanza plenaria del Consiglio di Stato in ordine al contraddittorio in appello, regole che in sede giurisdizionale vengono estese anche agli altri mezzi di impugnazione (revocazione, opposizione di terzo).

La questione è stata risolta dalla Commissione speciale prendendo avvio dalla costante giurisprudenza del Consiglio di Stato che tende ad estendere al massimo le garanzie offerte al ricorrente in via straordinaria, al fine di facilitare l’accesso ad un mezzo di tutela rapido, informale e senza eccessivi oneri, e tenendo presente sia – in generale – la progressiva giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario sia – in particolare – la circostanza che il ricorso straordinario in revocazione si configura, alla luce dell’art. 323 c.p.c., come un mezzo d’impugnazione della decisione e quindi è diretto ad ottenere dall’autorità decidente una nuova e diversa considerazione degli interessi originariamente prospettati in sede straordinaria.

In altri termini, la fase, che si apre con il ricorso in revocazione della precedente decisione, non costituisce che un episodio di quel complesso “processo” o “procedimento”, che dir si voglia, nel quale si articola il ricorso straordinario al Capo dello Stato. In quest’ottica, applicare al ricorso in revocazione le regole proprie dell’art. 9, d.lgs. n. 1199/1971 sulla notificazione ai controinteressati introdurrebbe un onere aggiuntivo per il ricorrente che abbia già provveduto alla rituale proposizione del ricorso straordinario conclusosi con la decisione impugnata per revocazione.

La commissione speciale ha quindi ritenuto che l’ultimo comma dell’art. 15, d.lgs. n. 1199/1971, che prevede che al ricorso per revocazione siano applicabili le norme del Capo III del predetto d.lgs. n. 1199/1971, non stia a significare che, per effetto di tale rinvio, il ricorso per revocazione cambia natura, trasformandosi da mezzo di impugnazione in nuovo ed autonomo ricorso, che dà vita ad un autonomo procedimento; ma significhi soltanto che le norme del suddetto Capo III regolano il procedimento in quanto applicabili.

In caso contrario si dovrebbe ammettere anche la possibilità di applicare alla revocazione l’istituto della trasposizione in sede giurisdizionale, trasformando, così, inammissibilmente la revocazione in appello ad altro giudice (sia pure per i soli motivi di cui all’art. 395 c.p.c.) e vanificando ad un tempo la regola dell’alternatività e quella della non impugnabilità del ricorso straordinario (con eccezione, ovviamente, della revocazione).

Né a diverso avviso può indurre, secondo la commissione speciale, l’unico precedente apparentemente contrario (Cons. St., sez. III, 2 novembre 1999 n. 1443). Se è vero che in tale parere si afferma, in un generico *obiter dictum*, che al ricorso per revocazione andrebbero applicati i principi generali relativi alla notifica ai controinteressati, è anche vero che poi la sezione, pur in

presenza della mancata notifica al controinteressato, non dichiara il ricorso inammissibile ma esamina nel merito la sussistenza dei presupposti per la revocazione.

Occorre, quindi, fare riferimento, con opportuni adattamenti suggeriti dal succitato art. 15, ult. co., d.lgs. n. 1199/1971, alle specifiche regole che disciplinano l'impugnazione delle decisioni della giustizia amministrativa ed in particolare a quelle riguardanti l'appello delle sentenze dei Tribunali amministrativi regionali innanzi al Consiglio di Stato, sulla base degli orientamenti già espressi dalla plenaria del Consiglio di Stato (Cons. St, ad. plen. n. 7/2004).

Fermo restando, perciò, che il co. 2 dell'art. 15, d.lgs. n. 1199/1971 richiede la proposizione del ricorso all'amministrazione nel termine di 60 giorni, secondo le regole generali applicabili ai ricorsi straordinari, deve ritenersi che il ricorrente per revocazione abbia soltanto l'onere dell'osservanza del suddetto termine perentorio, salva poi la facoltà del Consiglio di Stato di ordinare, ove ne ravvisi la necessità, l'integrazione del contraddittorio in conformità allo specifico sistema che regola il litisconsorzio nelle fasi di gravame (artt. 331 e 332 c.p.c.).

12.3. Ricorso straordinario e risarcimento del danno

Una questione ad oggi controversa è quella dell'ammissibilità di domande di risarcimento del danno in sede di ricorso straordinario.

La struttura impugnatoria del rimedio induce la prevalente giurisprudenza (in particolare le sezioni I e III del Consiglio di Stato) ad escludere l'ammissibilità di un ricorso di accertamento o di condanna, volto a dedurre una lite inerente un rapporto anziché un atto, e altresì ad escludere l'ammissibilità di domande di risarcimento del danno (nel corso dell'anno 2008 v. Cons. St., sez. I, 9 gennaio 2008 n. 4282/07).

Minoritaria è la tesi (espressa dalla sezione II del Consiglio di Stato) che dà ingresso, in sede di ricorso straordinario, a rapporti controversi, prescindendo dall'impugnazione di atti, a cui sostegno si invoca il principio dell'alternatività che postulerebbe l'equivalenza tra rimedio giurisdizionale ed amministrativo, implicante che non possano individuarsi aree in via di principio sottratte alla cognizione del Consiglio di Stato in sede consultiva, trattandosi dell'esercizio di funzioni volte alla tutela di situazioni soggettive contemplate dall'art. 24, Cost.

Peraltro tale tesi nel corso del 2008 è stata affermata anche dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, in sede consultiva (Cons. giust. sic., sezioni riunite, 19 febbraio 2008 n. 409/07).

12.4. Pregiudiziali comunitarie in sede di ricorso straordinario

Come è noto, la C. giust. CE riconosce al Consiglio di Stato, in sede di parere sui ricorsi straordinari, la natura di giurisdizione al fine di sollevare questioni pregiudiziali comunitarie.

Sotto tale profilo, va segnalato un importante parere della II sezione del Consiglio di Stato che ha sollevato questione pregiudiziale comunitaria in ordine all'art. 34, d.lgs. n. 163/2006, laddove non consente la partecipazione come concorrente alle gare di appalti pubblici degli enti pubblici non economici; nella specie, si trattava di un Consorzio universitario, escluso da gara di appalto (Cons. St., sez. II, 23 aprile 2008 n. 167/08; la procedura comunitaria in C. giust. CE è la C-305/08). Sulla possibilità per le università di partecipare a gare di appalti di progettazione si è finora espressa in senso negativo sia la giurisprudenza nazionale, sia l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

12.5. Regole di notificazione del ricorso straordinario

Essendo il ricorso straordinario proponibile anche in materie rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario (v. pubblico impiego privatizzato), si è posta la questione se la notifica del ricorso straordinario al controinteressato debba seguire le regole proprie della notifica del ricorso al giudice amministrativo, o quelle proprie della notifica al giudice ordinario, che non sempre coincidono.

Si è optato per la prima soluzione e per l'effetto si è aderito alla tesi espressa dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, in ordine all'esegesi dell'art. 139 c.p.c., secondo cui la notifica al dipendente pubblico nell'ufficio pubblico può avvenire solo a mani proprie (Cons. St., sez. III, 27 maggio 2008 n. 1611/08).

12.6. Cancellazione di espressioni sconvenienti o offensive contenute nel ricorso straordinario

Si è ritenuto che l'art. 89 c.p.c., che consente la cancellazione delle espressioni sconvenienti o offensive dagli scritti di parte, sia suscettibile di applicazione analogica in sede di ricorso straordinario, essendo espressione di un generale principio di lealtà, applicabile in ogni rimedio <<giustiziale>>, nel quale, attraverso gli istituti del contraddittorio e dell'accesso, e attraverso la pubblicità informatica e su riviste, si realizza la conoscibilità esterna degli atti del procedimento.

Tale esigenza sussiste anche nel ricorso straordinario, procedimento giustiziale connotato dall'accesso, dalla pubblicità del parere del Consiglio di Stato, dalla pubblicabilità di tale parere sulle riviste giuridiche.

Il potere di ordinare la cancellazione va esercitato ricercando il corretto punto di equilibrio tra esercizio del diritto di difesa e dunque di libera manifestazione del pensiero a tutela del diritto di difesa, e limite di tale esercizio, limite costituito dall'esigenza che gli atti di esercizio siano strumentali, utili e pertinenti al diritto medesimo, e che non siano invece atti meramente emulativi o comunque non pertinenti e necessari, e tali da ledere l'altrui onore o reputazione ovvero altri diritti inerenti la personalità. In tal caso infatti non si ha esercizio, ma abuso del diritto.

In sede di ricorso straordinario il carattere sconveniente o offensivo delle espressioni adoperate va valutato con minor rigore rispetto al processo, in quanto occorre considerare che la parte si difende di solito da sé, senza l'assistenza tecnica e dunque il filtro di un difensore professionista. Occorrerà pertanto considerare anche il livello culturale ed emotivo del ricorrente, onde valutare il grado di consapevole offensività delle espressioni adoperate (Cons. St., sez. III, 17 giugno 2008 n. 4691/07).

12.7. I motivi di impugnazione in sede giurisdizionale del d.P.R. di decisione del ricorso straordinario

Nel corso del 2008 è stata confermata la tesi espressa dalla plenaria sin dal 1980, e messa in prosieguo in discussione da taluni Tar, secondo cui, sulla base dell'art. 10, ult. co., d.lgs. n. 1199/1971, si ammette il ricorso giurisdizionale avverso il d.P.R. di decisione del ricorso straordinario, ma solo per vizi di forma e di procedimento, e a condizione che tali vizi siano intervenuti successivamente al parere del Consiglio di Stato in sede consultiva.

La plenaria, nel 1980, ha chiarito che in sede di impugnativa di un decreto del Presidente della Repubblica che decide un ricorso straordinario:

- sono inammissibili i motivi volti a censurare *errores in procedendo* intervenuti anteriormente al parere del Consiglio di Stato sul ricorso straordinario;
- sono inammissibili i motivi volti a censurare *errores in iudicando* intervenuti successivamente al parere del Consiglio di Stato (si pensi all'ipotesi in cui il Governo si sia scostato dal parere del Consiglio di Stato);
- tale limitazione non contrasta con il diritto costituzionalmente garantito alla tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione.

Secondo una tesi radicalmente opposta, il d.P.R. potrebbe essere impugnato per qualsiasi vizio di forma o di procedura anche afferente alla fase anteriore al d.P.R., e, segnatamente, anche per vizi dello stesso parere del Consiglio di Stato.

Tale tesi, da ultimo sostenuta dal Tar Catania (Tar Sicilia, sez. Catania, sez. I, 13 aprile 2006 n. 583), è stata smentita dal Cons. giust. sic. nel 2008 (Cons. giust. sic., 16 settembre 2008 n. 739).

12.8. Trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale e riattivazione della sede straordinaria

Se il giudice, dopo la trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale, riconosce che il ricorso è inammissibile in sede giurisdizionale, ma può essere deciso in sede straordinaria dispone la rimessione degli atti al Ministero competente per l'istruzione dell'affare (art. 10, co. 2, d.lgs. n. 1199/1971).

Si è ritenuto che la riattivazione della sede straordinaria è possibile solo se vi sia specifica pronuncia di rimessione da parte del giudice; in difetto di questa, la riattivazione della sede straordinaria non può avvenire di ufficio da parte del Consiglio di Stato in sede consultiva.

Ciò in quanto la rimessione degli atti da parte del giudice alla sede straordinaria non è adempimento meramente formale, ma presupposto essenziale, inoltre, mancando una statuizione processuale reintroduttiva del ricorso straordinario, le controparti sarebbero prive del potere di contestare la riattivazione della sede straordinaria; l'originario ricorrente non è tuttavia sfornito di tutela, potendo impugnare la sentenza nella parte in cui non dispone la rimessione del ricorso alla sede straordinaria (Cons. St., sez. I, 7 maggio 2008 n. 1127).

12.9. Ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza

Perdura il contrasto tra giudice amministrativo e ordinario in ordine all'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per conseguire l'esecuzione di un d.P.R. di decisione di ricorso straordinario. Mentre il Consiglio di Stato si è adeguato alla tesi negativa sostenuta dalle sezioni unite della Cassazione (nel 2008 v. Cons. St., sez. V, 5 giugno 2008 n. 2632), il Cons. giust. sic. afferma, al contrario, la tesi affermativa (Cons. giust. sic., 28 aprile 2008 n. 379).

12.10. Iniziative legislative in corso sul ricorso straordinario

Sia nella scorsa legislatura che in quella attuale sono stati presentati disegni di legge volti a consentire che in sede di ricorso straordinario possano essere sollevati incidenti di costituzionalità, possibilità sinora esclusa dalla Corte costituzionale in base all'assunto del carattere non giurisdizionale di tale rimedio.