

ANNO LXII - N. 1

GENNAIO-MARZO 2010

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

COMITATO SCIENTIFICO: *Presidente: Glauco Nori. Componenti: Franco Coppi - Giuseppe Guarino - Natalino Irti - Eugenio Picozza - Franco Getano Scoca.*

DIRETTORE RESPONSABILE: *Giuseppe Fiengo* - CONDIRETTORI: *Giacomo Arena e Maurizio Borgo.*

COMITATO DI REDAZIONE: *Lorenzo D'Ascia - Gianni De Bellis - Sergio Fiorentino - Maurizio Fiorilli - Paolo Gentili - Maria Vittoria Lumetti - Antonio Palatiello - Massimo Santoro - Carlo Sica - Stefano Varone.*

CORRISPONDENTI DELLE AVVOCATURE DISTRETTUALI: *Andrea Michele Caridi - Stefano Maria Cerillo - Luigi Gabriele Correnti - Giuseppe Di Gesu - Paolo Grasso - Pierfrancesco La Spina - Maria Vittoria Lumetti - Marco Meloni - Maria Assunta Mercati - Alfonso Mezzotero - Riccardo Montagnoli - Domenico Mutino - Nicola Parri - Adele Quattrone - Pietro Vitullo.*

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Antonella Quirini*

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE FASCICOLO: *Federica Angeli, Andrea Carbone, Antonino Cimellaro, Gabriella D'Avanzo, Rolando Dalla Riva, Monica De Angelis, Federico Dinelli, Michele Dipace, Chiara Di Seri, Oscar Fiumara, Franco Giampietro, Flaminia Giovagnoli, Ennio La Placa, Morena Pirolo, Pamela Ricchio, Marina Russo, Aurelio Schiavone.*

E-mail:

giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it - tel. 066829313

maurizio.borgo@avvocaturastato.it - tel. 066829597

antonella.quirini@avvocaturastato.it - tel. 066829205

ABBONAMENTO ANNUO€ 40,00

UN NUMERO € 12,00

Per abbonamenti ed acquisti inviare copia della quietanza di versamento di bonifico bancario o postale a favore della Tesoreria dello Stato specificando codice IBAN: IT 42Q 01000 03245 348 0 10 2368 05, causale di versamento, indirizzo ove effettuare la spedizione, codice fiscale del versante.

I destinatari della rivista sono pregati di comunicare eventuali variazioni di indirizzo

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
RASSEGNA - Via dei Portoghesi, 12, 00186 Roma
E-mail: rassegna@avvocaturastato.it - Sito www.avvocaturastato.it

Stampato in Italia - Printed in Italy

Autorizzazione Tribunale di Roma - Decreto n. 11089 del 13 luglio 1966

INDICE - SOMMARIO

EDITORIALE pag. 1

TEMI ISTITUZIONALI

Intervento dell'Avvocato Generale dello Stato Avv. Oscar Fiumara in occasione della Cerimonia di Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2010. Assemblea Generale della Corte Suprema di Cassazione – Roma, 29 gennaio 2010 » 3

LE DECISIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

Pamela Ricchio, Procedure di aggiudicazione di lavori pubblici: se la gestione non spetta al costruttore la gara è di lavori e non una concessione (C. giustizia, III Sez., sent. 13 novembre 2008 nella causa C-437/07) » 9

Federica Angeli, Concessioni di pubblici servizi: per i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati una singola procedura nel rispetto dei "principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento" (C. giustizia, III Sez., sent. 15 ottobre 2009 nella causa C-196/08) » 19

Lorenzo D'Ascia, Sulla coerenza del disegno comunitario del regime di ingresso e soggiorno dei cittadini stranieri (C. giustizia, III Sez., sent. 22 ottobre 2009 nelle cause riunite C-261/08 e C-348/08) » 40

Giuseppe Fiengo, La legittimazione dei soggetti pubblici a partecipare alle gare d'appalto. "Apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile" (C. giustizia, IV Sez., sent. 23 dicembre 2009 nella causa C-305/08) » 53

Chiara Di Seri, Sulla necessaria "equivalenza" delle condizioni di ammissibilità dell'azione di responsabilità dello Stato legislatore (C. giustizia, Grande Sezione, sent. 26 gennaio 2010 nella causa C-118/08) » 64

CONTENZIOSO NAZIONALE

Michele Dipace, Sul procedimento di approvazione e modifica degli statuti regionali autonomi. "Lo Stato in veste di garante della «istanza unitaria» che connota il pluralismo istituzionale della Repubblica, indirizzandolo verso l'osservanza della Costituzione" (C. cost., sent. 8 maggio 2009 n. 149) » 73

Paolo Gentili, <i>Limiti al valore probatorio degli “studi di settore”</i> (Cass., Sez. Un., sent. 18 dicembre 2009 n. 26635)	pag. 83
Morena Pirollo, <i>Prescrizione e decadenza del diritto all’indennizzo in materia di legge Pinto</i> (CdA di Napoli, Sez. quarta civ., decr. 17 marzo 2008; CdA di Potenza, Sez. civ., decr. 28 aprile 2009; CdA di Napoli, Sez. prima civ., decr. 4 agosto 2008; Cass. civ., Sez. Un., sent. 26 gennaio 2004 n. 1339; Cass. civ., Sez. Un., sent. 23 dicembre 2005 n. 28507; Cass. civ., Sez. I, sent. 13 aprile 2006 n. 8712; Cass. civ., Sez. I, sent. 20 giugno 2006 n. 14286)	» 91
Federico Dinelli, <i>Sul rapporto fra tutela costitutiva e risarcitoria nel giudizio amministrativo: osservazioni sulla disapplicazione dei provvedimenti presupposti favorevoli al privato</i> (Cons. St., Sez. IV, sent. 21 aprile 2009 n. 2435)	» 127
Alfonso Mezzotero, <i>L’Ufficio del Commissario Delegato ex art. 5, l. n. 225 del 1992: natura giuridica ed ambito dei poteri straordinari riguardo la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara</i> (TAR Lazio, Roma, Sez. I, sent. 18 febbraio 2009 n. 1656)	» 160
Flaminia Giovagnoli, <i>Sul contenuto e i limiti nell’imposizione del vincolo di tutela indiretta</i> (TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, sent. 20 ottobre 2009 n. 684)	» 196

PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

Michele Dipace, <i>Contenzioso in tema di riconoscimento e revoca dello status di rifugiato. Legge 15 luglio 2009 n. 94, art.1, co. 13 - AL 34186/08</i>	» 205
Gabriella D’Avanzo, <i>Procedura esecutiva adottata dal creditore a seguito di pronuncie di equa riparazione - AL 13887/02</i>	» 207
Marina Russo, <i>Indennizzo ex legge n. 210/92. Rivalutazione di parte o dell’intero importo dell’indennizzo - AL 7530/06</i>	» 210
Maurizio Borgo, <i>Disciplina del dissenso in materia di autorizzazione per la costruzione e manutenzione di impianti alimentati da fonti rinnovabili - AL 9028/09</i>	» 213
Alfonso Mezzotero, <i>Gestione e procedimento di destinazione dei beni confiscati alle organizzazioni criminali - A.D.S. Catanzaro, AL 8190/2009</i>	» 217

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

Antonino Cimellaro, <i>La trascrizione del decreto d'esproprio (o dell'atto equivalente) nel nuovo T.U. espropri e gli effetti sui diritti dei terzi</i>	pag.	221
Rolando Dalla Riva, <i>I "numeri" degli avvocati pubblici ed il contenzioso delle pubbliche amministrazioni</i>	»	229
Monica De Angelis, <i>Devoluzione e federalismo fiscale in sanità</i>	»	244
Ennio La Placa, <i>Il dottorato di ricerca al servizio della pubblica amministrazione. Prospettive alla luce delle riforme Brunetta</i>	»	262

RECENSIONI

AA.VV., a cura di Franco Giampietro, <i>Commento alla direttiva 2008/98/Ce sui rifiuti. Quali modifiche al Codice dell'ambiente?</i> , IPSOA, 2009	»	269
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---	-----

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Andrea Carbone, <i>L'azione risarcitoria nel processo amministrativo dopo la L. 69/09</i>	»	273
Alfonso Mezzotero, <i>La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo in attesa dell'attuazione della direttiva ricorsi n. 2007/66 e del nuovo Codice del processo amministrativo</i>	»	289

EDITORIALE

La Rassegna dell'Avvocatura dello Stato deve molto all'avv. Oscar Fiumara, direttore responsabile per sei anni (1999-2005) della Rivista e, poi, Avvocato Generale dello Stato, collocato in questi giorni a riposo, per raggiunti limiti d'età.

Ha diretto la Rassegna in anni difficili, nel momento in cui sembrava che il dilagare dell'informatica e la crisi degli apparati dello Stato centrale non lasciassero più spazio ai quattro fascicoli a stampa annuali della Rivista, che, pur aveva segnato, a partire dal Secondo Dopoguerra, un importante momento di elaborazione ed approfondimento del diritto delle pubbliche amministrazioni in Italia. L'avv. Oscar Fiumara invece ci ha creduto e, con pazienza, ha cominciato a riannodare le fila di un discorso culturale, che mantiene vivo il senso di un'istituzione importante, qual è l'Avvocatura dello Stato; la tempestività e la continuità della Rassegna ne sono un chiaro punto di emersione.

La direzione della Rivista, affidata ad Oscar Fiumara, ha fatto alcune scelte importanti. In primo luogo, assecondando una vocazione professionale del "direttore" a lungo praticata, ha dato spazio al diritto comunitario, a quello espresso dalle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e a quello "in fieri" nei giudizi in corso. In questo settore l'Avvocatura dello Stato, che in nome del Governo italiano può intervenire in tutte le questioni pregiudiziali ed assume la difesa sulle contestazioni di inadempimento, appare effettivamente in grado di offrire ai lettori un quadro sufficientemente preciso degli orientamenti del diritto europeo.

Una seconda decisione importante è stata quella di dar corso, previa autorizzazione delle amministrazioni interessate, alla pubblicazione delle consultazioni rese dall'Avvocatura dello Stato, ed in particolare dei pareri esaminati dal Comitato Consultivo. Si tratta di atti che rischiavano di andare dispersi nella memoria delle prassi amministrative e che, invece, con la pub-

blicazione e con la diffusione presso gli operatori giuridici, divengono parte integrante della “dottrina”; ed effettivamente molti dei “lavori” dei nostri colleghi, per gli approfondimenti che recano e le soluzioni proposte, meritano un’adeguata considerazione presso un pubblico più esteso.

La terza innovazione fatta dall’avv. Oscar Fiumara ha invece carattere organizzativo: a partire dall’anno 2000 la Rassegna dell’Avvocatura dello Stato viene attrezzata con un Comitato Scientifico, composto, oltre che dall’Avvocato Generale o da un suo Vice Avvocato Generale, dai professori universitari più autorevoli nelle rispettive discipline. L’apertura culturale della Rivista è compiuta attraverso il confronto istituzionale che si viene ad instaurare tra la ricerca universitaria nel settore giuridico e l’Avvocatura dello Stato.

Si tratta, come si vede, di innovazioni importanti. Eppure non sono questi i meriti principali che si avvertono nell’attività svolta. Gli elementi che più caratterizzano la direzione della Rassegna di Oscar Fiumara e, poi, i suoi interventi sulla Rivista da Avvocato Generale dello Stato (si tratta pur sempre di una “pubblicazione di servizio”) vanno ricercati nel senso di serenità e libertà che l’Istituto ha offerto a quanti, collaboratori esterni o redattori-avvocati, hanno contribuito in questi dieci anni a fare la Rivista.

Di questo senso di pienezza nel lavoro, dell’equilibrio sempre manifestato nelle scelte delle cose da pubblicare e di quelle da approfondire, nella libertà di scegliere temi e metodi scientifici che risultavano agli Autori più consoni alla funzione svolta, caro Oscar, ti siamo grati.

“Nella seduta di oggi 1° marzo 2010 il Consiglio dei Ministri ha deliberato la nomina ad avvocato generale dello Stato del collega vice avvocato generale Ignazio Francesco Caramazza con decorrenza 22 marzo prossimo, data del mio collocamento a riposo per raggiunti limiti di età. All’illustre collega e carissimo amico Ignazio formulo tutti i miei migliori auguri e invio un caloroso saluto e un abbraccio affettuoso. Oscar Fiumara”(*)

(*) Comunicato e-mail dell’Avvocato Generale inviato lunedì 1 marzo 2010 - 14,04 da Segreteria Particolare.

TEMI ISTITUZIONALI

Intervento dell'Avvocato Generale dello Stato Avv. Oscar Fiumara

in occasione della Cerimonia di Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2010

*Assemblea Generale della Corte Suprema di Cassazione
Roma, 29 gennaio 2010*

Signor Presidente della Repubblica, Autorità, Signor Presidente della Corte di Cassazione, Signore e Signori

ho l'onore di poter evidenziare brevemente, in questa solenne circostanza, l'apporto che l'Avvocatura dello Stato continua a dare al Potere esecutivo, rappresentando e difendendo in giudizio, in modo organico ed esclusivo, le amministrazioni e gli enti che si avvalgono del suo patrocinio; al Potere giudiziario, contribuendo con lealtà ed obiettività alla risoluzione delle controversie; al Potere legislativo, suggerendo direttamente o indirettamente le soluzioni idonee alla miglior tutela degli interessi pubblici; il tutto in una sintesi che rappresenta la reale funzione dell'Istituto a tutela dell'interesse pubblico e della collettività.

Anche nell'anno 2009 il numero degli affari nuovi impiantati dall'Avvocatura, nella sua struttura complessiva articolata nella sede romana e nelle 25 sedi distrettuali, è stato imponente. Si tratta di 209.995 affari (che si aggiungono alle centinaia di migliaia antecedenti ancora pendenti nei vari gradi di giudizio); pur escludendo circa 35.000 fascicoli bagatellari senza effettivo seguito, residua sempre un cospicuo numero di circa 175.000 affari cui corrisponde un numero altrettanto elevato di sentenze di ogni ordine e grado, pari a 132.552: la percentuale di cause totalmente vinte si aggira, a seconda delle sedi, intorno al 60/65%; negli altri casi la soccombenza è spesso molto limitata.

Affrontiamo questo carico di lavoro con un organico di circa 370 avvocati e circa 850 impiegati amministrativi. La spesa per lo Stato, comprensiva di ogni voce, è di € 161.709.624 (il che significa che mediamente una causa costa allo Stato circa 900 euro): la parte preponderante di questa spesa è costituita dagli oneri per il personale, mentre le spese di funzionamento ammontano a soli 10 milioni di euro di cui 2 milioni per l'informatica.

Ringrazio il Governo per aver proposto, accogliendo le nostre richieste, alcune norme di grande utilità per la funzionalità dell'Istituto e ringrazio il Parlamento per averle approvate: mi riferisco, in particolare, alla recente norma che ha consentito una partecipazione del personale amministrativo alla distribuzione dei proventi per onorari di cause vinte, risolvendo così, con equità ed equilibrio, un'antica questione. Mi permetto però di insistere su alcune altre richieste che ho riformulato: ho chiesto l'istituzione di un ruolo, anche molto contenuto, di dirigenti amministrativi, perché sia loro affidato il compito di gestione di alcuni servizi dell'Avvocatura, ora svolto impropriamente e illogicamente da avvocati, sottratti così alle loro funzioni naturali (credo che l'Avvocatura sia l'unica amministrazione statale priva di dirigenti amministrativi); - ho chiesto altresì alcune misure che consentano uno sviluppo di carriera ai giovani; - e ho sottoposto infine all'attenzione della Presidenza del Consiglio l'opportunità di costituire una sede dell'Avvocatura a Lussemburgo, per una cura più diretta degli affari comunitari, che ci impegnano ormai stabilmente, nonché eventualmente di alcune delle cause dinanzi alla Corte di Strasburgo, in sinergia con il Ministero della Giustizia. Tali misure, unite magari – non appena possibile – ad un sia pur modesto aumento degli organici, ormai indispensabile, in particolare per quanto riguarda il personale amministrativo gravemente carente, assicurerebbero un servizio certamente più produttivo alle amministrazioni patrocinate e al sistema giustizia.

Certamente di grande aiuto è stato per noi l'avvento dell'informatica, senza la quale non avremmo potuto far fronte alla mole di lavoro sempre crescente ad organici invariati. Essa occupa un ruolo strategico per lo svolgimento dei compiti istituzionali.

Gli sforzi compiuti ed i risultati raggiunti con le risorse a disposizione costituiscono un grande traguardo. Abbiamo modernizzato le tecnologie con un'operazione ad altissimo rischio ma perfettamente riuscita, migliorando la piattaforma tecnologica del nostro sistema, mettendolo al riparo da un inevitabile tracollo. E abbiamo insistito nel completamento dei progetti di scambio con le amministrazioni, in particolare con l'Agenzia delle Entrate, e con le giurisdizioni, automatizzando l'invio delle sentenze, come già avviene con alcuni TAR: queste sono state e continuano ad essere le nostre priorità. E lo sono anche per il legislatore, che ha previsto il contributo dell'Avvocatura dello Stato nelle determinazioni da assumere su alcune innovazioni tecnologiche relative al processo civile. Ma tali priorità devono essere tenute presenti anche

da coloro che con l'Avvocatura devono realizzare quanto concordato. L'Avvocatura è una Pubblica Amministrazione: pur se di fronte ai giudici perfettamente paritaria rispetto ai colleghi del libero foro, tuttavia è e resta una Istituzione pubblica, con la conseguente necessità di contenere la spesa, armonizzare l'efficienza del proprio servizio in accordo con le giurisdizioni e trovare nelle amministrazioni le collaborazioni e le effettive soluzioni per rendere insieme un migliore servizio alla collettività.

In uno scenario fatto di sistemi interagenti con un forte grado di accoppiamento, la lentezza o l'inadeguatezza di un sistema inevitabilmente condizionerebbe il percorso dell'intero processo. Ne abbiamo avuto la riprova con la giustizia civile e con le difficoltà di allineare gli scambi informatizzati imposti dal legislatore.

Il successo dell'automazione anche per l'Avvocatura si misurerà a lungo termine: per poterlo ottenere è necessaria una continuità di governo che va dal concepimento alla progettazione, dal monitoraggio dell'implementazione e la conduzione verso il normale esercizio, mantenendo tuttavia sempre all'interno della Pubblica Amministrazione il governo di tali processi, anche e soprattutto con un reale investimento su figure professionali idonee da inserire all'interno dei gangli delle amministrazioni.

Il nostro lavoro si è sviluppato, anche quest'anno, su tutti i fronti.

In circa 800 affari abbiamo trattato importantissime questioni dinanzi alla Corte Costituzionale e ai Giudici comunitari: cito, ad esempio, per la prima, i giudizi relativi al segreto di Stato (in relazione alla nota vicenda Abu Omar) e alla normativa sulla sospensione dei processi nei confronti delle alte cariche dello Stato; il giudizio sulla legge regionale sarda istitutiva di un'imposta sugli scali turistici nell'isola, che ha provocato il primo rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale alla Corte di giustizia delle C.E.; e quanto al contenzioso comunitario mi limito a ricordare le sentenze della Corte di giustizia sui poteri cautelari dei giudici nazionali in materia di affidamento dei figli minori, nonché sulla titolarità delle imprese farmaceutiche e sul sistema nazionale di determinazione dei prezzi dei prodotti farmaceutici a carico del Servizio sanitario nazionale.

Dinanzi alla Corte dell'Aja stiamo esponendo le nostre ragioni nella causa promossa dalla Germania a proposito della giurisdizione affermata dalla Corte di cassazione italiana sulle richieste risarcitorie avanzate in relazione ai crimini nazisti. Di mero supporto è stata la nostra presenza nelle cause dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo (mi riferisco in particolare alla questione relativa alla confisca di beni sui quali siano stati commessi abusi edilizi): ma auspichiamo una nostra collaborazione più incisiva.

Vastissimo e variegato è il contenzioso davanti ai giudici ordinari. Mi limito a ricordare le controversie relative all'irragionevole durata dei processi (in applicazione della c.d. legge Pinto). Siamo nell'ordine di 26.000 cause

aperte nel 2009, che producono un esborso per lo Stato molto elevato, con un effetto perverso dato dal moltiplicarsi delle cause, con l'accrescimento esponenziale della spesa, conseguente al ritardo nell'esecuzione delle pronunce di condanna: è assolutamente necessario che si snellisca il procedimento di pagamento effettuando tempestivi e idonei stanziamenti; ed è, ovviamente, particolarmente necessario che si intervenga a livello normativo e organizzativo per ridurre alla radice il fenomeno della durata irragionevole dei processi, nefasto non solo e non tanto per le casse dello Stato, ma anche e soprattutto per l'interesse dei cittadini ad una giustizia rapida ed effettiva.

Cito ancora – a titolo esemplificativo – il vasto contenzioso in tema di lavori pubblici; sull'emergenza rifiuti (particolarmente in Campania); sul risarcimento danni derivanti da contagio per trasfusione di emoderivati; sul flusso migratorio di cittadini extracomunitari (il Comune di Lampedusa ha rivendicato un danno all'immagine per il clamore mediatico dei respingimenti); ancora le cause risarcitorie per il disastro aereo di Ustica; i nostri interventi a favore di Stati esteri (Cina, Albania, Iran e altri Paesi mediorientali) minacciati da procedure esecutive nel territorio nazionale; le controversie sui compensi ai medici specializzandi; quelle sul trattamento carcerario fondate sulla convenzione europea per i diritti dell'uomo.

Consistente è il contenzioso in materia penale, dove il nostro ruolo è essenzialmente quello della parte civile, pur non mancando posizioni di difesa di pubblici dipendenti incriminati per fatti e cause di servizio previa valutazione di coincidenza con gli interessi dell'amministrazione di appartenenza: sotto il primo aspetto segnalo, fra i tanti, i processi relativi alla strage di piazza della Loggia a Brescia; a Calciopoli a Napoli; i processi contro i capi storici di "Cosa Nostra" e quello c.d. "Addio Pizzo" in Sicilia; le frodi relative all'ampliamento della linea metropolitana di Catania; i reati ambientali, con particolare riferimento alle discariche abusive, allo smaltimento e al mercato clandestino dei rifiuti (in specie in Campania); sotto il secondo profilo la difesa dei militari ritenuti incolpevoli nei processi relativi ai danni da contaminazione dell'amianto sulle navi da guerra, o dei comandanti di unità navali incriminati per episodi pur dolorosi compiuti in servizio (episodio della corvetta Sibilica).

Altrettanto importante e significativo è il nostro contributo nell'ambito della giustizia amministrativa, dove ancor più significativa è la nostra posizione a tutela della correttezza e trasparenza dell'azione amministrativa. Si tratta di oltre 25.000 cause dinanzi ai tribunali amministrativi regionali e oltre 4.000 cause dinanzi al Consiglio di Stato (o al Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia: circa 700), dove la percentuale di cause vinte è del 70%. Si sono agitate questioni, singole o seriali, di grande interesse sociale ed economico: cito fra le tante la prosecuzione delle cause relative all'ampliamento della base militare statunitense Dal Molin a Vicenza; la delicatissima questione della nutrizione e alimentazione nei confronti di persone in stato ve-

getativo persistente (caso Englaro); la vertenza Telecom / Ministero Economia e Finanze, sulla pretesa restituzione di somme versate a titolo di canone di concessione di servizi di telecomunicazione, il cui esito positivo definitivo, in un contesto molto delicato, ha evitato allo Stato un esborso di oltre 500 milioni di euro (pari ad almeno un triennio della spesa per l'intera Avvocatura); le delicate cause relative ai provvedimenti delle Autorità indipendenti (circa 650); quelle relative alla spesa sanitaria in Sicilia; alla determinazione del prezzo dei farmaci e alle tariffe per la remunerazione delle prestazioni sanitarie; il vasto e delicato contenzioso, in continuo aumento, proposto da magistrati ordinari contro il Consiglio Superiore della Magistratura per l'attribuzione di incarichi direttivi e semidirettivi; i numerosissimi ricorsi relativi ai concorsi per notaio e per uditore giudiziario e agli esami di ammissione alla professione legale.

Concludo questa sintesi ricordando una parte rilevantissima e prestigiosa del nostro lavoro, quello relativo alla nostra presenza dinanzi alla Corte di cassazione che oggi solennemente ci ospita. Nell'anno decorso si sono avute ben 11.430 nuove cause, nelle quali abbiamo assunto le vesti di ricorrenti o resistenti, e abbiamo avuto 10.966 sentenze (il 60% favorevoli). Mi piace segnalare la grande armonia nella quale lavoriamo con i magistrati della Corte (e in primo luogo con il suo Presidente) e mi limito a segnalare il capillare lavoro interpretativo svolto dalla Corte in materia tributaria, attraverso 6.287 sentenze (il 55% di quelle emesse nelle nostre cause); lo sforzo per definire il più rapidamente e funzionalmente possibile le controversie sulla legge Pinto (1.901 sentenze); la definitiva chiusura del delicato contenzioso sul trattamento tributario delle fondazioni bancarie; il riconoscimento della natura indennitaria dell'obbligazione ex lege dello Stato per l'omessa o tardiva trasposizione di direttive comunitarie (dove però è emerso un dissenso della Sezione Lavoro). Mi sia permesso accennare, però, ad una notevole difficoltà in cui operiamo per via di una interpretazione sempre più preclusiva e formalistica del pur già rigoroso art. 366 *bis* cod. proc. civ.: la norma ha certamente consentito la rapida eliminazione di un tipo di contenzioso sbadatamente proposto, ma la progressione nel tempo di criteri interpretativi sempre più restrittivi, non prevedibili al momento della presentazione dei ricorsi, quanto al principio dell'autosufficienza e alla formulazione del quesito di diritto, ha impedito e impedisce la risoluzione serena di controversie che meriterebbero un esame più approfondito nel merito.

A questo imponente lavoro, che ho sinteticamente esposto, si aggiunge non solo la resa di consultazioni alle amministrazioni, ma anche il supporto alle stesse nella loro attività concreta. Mi limito a segnalare la continuazione dell'opera di recupero di opere d'arte illegalmente esportate (quest'anno il Museo di Cleveland ha restituito alcune opere di grande valore, che si aggiungono a quelle esposte l'anno scorso al Quirinale nella mostra "Nostoi"). Con-

siderevole è stato il nostro impegno a sostegno della Protezione civile e delle strutture commissariali per le emergenze ambientali in varie zone d'Italia.

Nel manifestare la mia soddisfazione per l'impegno e i risultati di tutti gli avvocati dello Stato e del personale amministrativo di ogni sede, mi piace di sottolineare la piena disponibilità dei componenti dell'Avvocatura Distrettuale dell'Aquila che, alloggiati provvisoriamente presso la caserma di Copito, e pur danneggiati essi stessi nei loro beni personali, hanno continuato a lavorare con continuità ed impegno, contribuendo all'auspicata normalizzazione della martoriata terra d'Abruzzo.

“Notte mai non è sì nera ch'alla fin non habbia Aurora” recita l'oratorio della SS.ma Vergine di Giovanni Carissimi, il nostro musicista seicentesco sepolto nella chiesa di Sant'Apollinare, vicino alla sede dell'Avvocatura: con questo augurio, che è anche una convinzione, concludo.

Grazie Signor Presidente della Repubblica, grazie a tutti per avermi ascoltato.

LE DECISIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

Procedure di aggiudicazione di lavori pubblici

Se la gestione non spetta al costruttore la gara è di lavori e non una concessione

*(Corte di giustizia delle Comunità europee, Terza Sezione, sentenza
del 13 novembre 2008 nella causa C-437/07)*

Con la sentenza del 13 novembre 2008, causa C-437/07, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha condannato la Repubblica italiana per aver considerato e gestito un appalto pubblico di lavori come una concessione di lavori pubblici, venendo meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva comunitaria 93/37.

E' opportuno riassumere brevemente il contesto fattuale che ha condotto all'emanazione della pronuncia in commento, al fine di comprendere al meglio i punti intorno ai quali ruotano le argomentazioni della Corte di Giustizia.

Con un ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede che la Corte voglia dichiarare che, avendo il Comune di L'Aquila attribuito un appalto pubblico di lavori avente ad oggetto la progettazione e la realizzazione di una tramvia su gomma per il trasporto pubblico di massa in tale città attraverso una procedura, quale quella propria della "finanza di progetto", finalizzata all'attribuzione di una concessione di lavori, e avendo proceduto a una modifica del progetto preliminare posto a base della gara successivamente alla pubblicazione del bando, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi a essa imposti rispettivamente dalla Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, in particolare dei suoi articoli 7 e 11, nonché degli articoli 43 e 49 Ce e dei principi di trasparenza e non discriminazione che ne costituiscono il corollario.

In qualità di promotore, un raggruppamento di imprese propose al Comune di L'Aquila la progettazione e realizzazione di una tramvia per il trasporto urbano.

Il Comune constatò la fattibilità e il pubblico interesse dell'opera, il cui costo ammontava a oltre 33.5 milioni, il cui 60% era finanziato con risorse pubbliche, e il restante 40 % dal raggruppamento di imprese (CGRT), al quale doveva assegnarsi la concessione del servizio di trasporto.

Dopo l'esito infruttuoso della gara per la mancata partecipazione di altri aspiranti, il Comune e il raggruppamento stipularono una convenzione con la seguente clausola: la gestione del trasporto urbano sarebbe stata affidata a un terzo, su cui gravava l'obbligo di corrispondere al "concessionario" un canone annuo di circa 1.4 milioni di euro per la durata di 30 anni.

Secondo la Commissione delle Comunità europee la suddetta convenzione configura un appalto pubblico di lavori ai sensi del diritto comunitario.

Certo, la controprestazione dei lavori, nel caso di specie, consisterebbe in parte nel diritto di gestire l'opera.

Tuttavia, dato che il CGRT non gestisce in prima persona l'opera, ma percepisce un canone garantito da un terzo incaricato della gestione di tale opera, il CGRT non si assumerebbe i rischi finanziari di detta gestione.

Di conseguenza, tale operazione non potrebbe essere qualificata come appalto pubblico di lavori e richiederebbe il rispetto delle relative procedure di aggiudicazione.

Pertanto, alla luce di tali considerazioni la Commissione delle Comunità europee sostiene che poiché l'aggiudicazione di tale appalto tramite una procedura quale quella della "*finanza di progetto*" è diretta all'attribuzione di una concessione di lavori pubblici, sarebbe contraria alle disposizioni della direttiva 93/37.

Nelle proprie difese il Governo italiano afferma che nel caso di specie, lo schema della concessione si realizzi pienamente.

Il concessionario realizzerebbe l'opera con un contributo finanziario fisso non superiore al 60% del prezzo dell'opera. I rischi connessi a tale realizzazione sarebbero stati assunti dal concessionario, che non potrebbe pretendere alcunché oltre a tale contributo finanziario.

In particolare, il Governo italiano ha affermato che in relazione al diritto di gestire l'infrastruttura, il servizio di trasporto di massa sarebbe riservato nel Comune ad un solo operatore, vale a dire all'Azienda della Mobilità Aquiliana SpA (AMA), che è tenuta ad applicare nei confronti degli utenti un prezzo amministrato e ad utilizzare una biglietteria integrata con gli altri servizi di trasporto.

Pertanto esso ha concluso che, il diritto di gestire l'opera si trasformerebbe per il CGRT in un diritto di percepire dall'AMA un canone fisso. Si tratterebbe di una modalità di gestione dell'opera che non priva l'operazione in

questione del suo carattere di concessione di lavori pubblici.

La Corte di giustizia ha accolto la censura sollevata dalla Commissione, attraverso un ragionamento chiaro e persuasivo, scandito nella citata sentenza, dalle seguenti considerazioni.

La Direttiva 93/37 distingue nettamente l'appalto dalla concessione di lavori (1). In entrambi i casi l'appaltatore o il concessionario si obbligano al compimento di un'opera.

L'ente committente, invece:

- Nel caso di appalto si obbliga a pagare un corrispettivo in danaro;
- Nel caso della concessione, il corrispettivo è essenzialmente il diritto di gestire l'opera, ricavandone un profitto; tale corrispettivo può anche accompagnarsi al pagamento di un prezzo.

- L'elemento tipico della concessione è però sempre la gestione dell'opera attraverso attività imprenditoriale.

La Corte ha ritenuto che si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assume il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (2).

L'aggiudicazione in forma di concessione e non di appalto di lavori della tramvia del Comune di L'Aquila secondo il metodo di finanza di progetto viola la direttiva 93/37 dato che il rischio di gestione non viene attribuito al concessionario.

La Corte, nell'esame del caso ha rilevato che il concessionario è esentato dal rischio di gestione in quanto la gestione della tramvia non è attribuita al concessionario bensì ad un gestore del servizio quale soggetto terzo cui, per convenzione, incombe l'obbligo di corrispondere al concessionario un determinato corrispettivo per un periodo anch'esso determinato.

In sostanza, la Corte ha affermato che la previsione contrattuale di un canone fisso garantito al concessionario dal gestore effettivo del servizio tramite il comune concedente fa venir meno in capo al concessionario ogni elemento del rischio finanziario connesso alla gestione che, come è noto, rappresenta, secondo il diritto comunitario, l'elemento di differenziazione della concessione

(1) Direttiva 93/37 definisce <<appalto di lavori pubblici>> un contratto oneroso, verso pagamento di un prezzo, avente per oggetto l'esecuzione, ed eventualmente anche la sua progettazione, di lavori relativi ad una delle attività previste dalla Direttiva stessa.

Definisce <<concessione di lavori pubblici>> un contratto che presenta le stesse caratteristiche dell'appalto, tranne il fatto che la controprestazione dei lavori consiste nel diritto di gestire l'opera, o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Un contratto in cui l'aggiudicatario non è retribuito con il <<diritto di gestire l'opera>> non può qualificarsi <<concessione>>, e simula un <<appalto>> di lavori pubblici, se dal suo contenuto appare evidente che l'aggiudicatario non assume il rischio insito nella gestione dell'opera.

(2) V. sentenza del 18 luglio 2007 relativa alla causa C-382/05, *Commissione c. Italia*, *Racc.*, pag. 1-6657, punto 34, e giurisprudenza ivi citata.

dall'appalto.

Poiché la convenzione prevedeva che il servizio di trasporto venisse svolto da un terzo, e che il concessionario ricevesse da quest'ultimo un canone, convertendo un'attività a "rischio" in una di mero godimento, i giudici europei hanno condannato l'Italia per aver adottato una procedura non conforme per una operazione da designare piuttosto come appalto pubblico di lavori e non come concessione di lavori pubblici.

Corollario dell'inesatta qualificazione dell'appalto come "concessione" è anche la violazione delle norme che disciplinano il contenuto del bando di gara e delle connesse regole di procedura per l'aggiudicazione.

La Corte non si è soffermata sulla seconda censura, che avrebbe avuto senso solo se si fosse trattato di concessione.

Nell'ordinamento nazionale, anche la legge 109/1994, è stata abrogata, sostituita dal Dlgs 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione). L'articolo 1 del decreto delegato ripete le medesime nozioni di "appalto di lavori pubblici" e di "concessione di lavori pubblici" come definite dalla Direttiva 93/37, a sua volta non modificata dalla Direttiva 2004/18 (3).

*Dott.ssa Pamela Ricchio**

Corte di giustizia (Terza Sezione) sentenza del 13 novembre 2008 nella causa C-437/08
- Pres. A. Rosas, Rel. J.N. Cunha Rodrigues, Avv. gen. Y. Bot - Commissione delle Comunità europee / Repubblica italiana (avv. Stato G. Fiengo).

«Inadempimento di uno Stato – Appalti pubblici – Progettazione e realizzazione di una tramvia municipale – Appalto pubblico di lavori – Attribuzione tramite una procedura diretta all'attribuzione di una concessione di lavori pubblici – Violazione della direttiva 93/37»

(Omissis)

1 Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede che la Corte voglia dichiarare che, avendo il Comune di L'Aquila (in prosieguo: il «Comune») attribuito un appalto pubblico di lavori avente ad oggetto la progettazione e la realizzazione di una tramvia su gomma per il trasporto pubblico di massa in tale città attraverso una procedura, quale quella

(3) La nuova direttiva 2004/18/CE definisce le concessioni di servizi come contratti che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che la contropartita della prestazione di servizi consiste o unicamente nel diritto di gestire il servizio, ovvero nello stesso diritto accompagnato da un prezzo. Tuttavia, le concessioni di servizi non sono sottoposte ad alcuna regola specifica della direttiva.

(*) Dottore in Giurisprudenza, ha svolto la pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

propria della «finanza di progetto», finalizzata all'attribuzione di una concessione di lavori, ed avendo proceduto ad una modifica del progetto preliminare posto a base della gara successivamente alla pubblicazione del bando, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa imposti rispettivamente in forza dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), in particolare dei suoi artt. 7 e 11, nonché degli artt. 43 CE e 49 CE e dei principi di trasparenza e di non discriminazione che ne costituiscono il corollario.

Il contesto normativo

La normativa comunitaria

2 L'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37 definisce gli appalti pubblici di lavori come segue: «gli “appalti pubblici di lavori” sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice».

3 L'art. 1, lett. d), della suddetta direttiva definisce la concessione di lavori pubblici nei termini seguenti:

«la “concessione di lavori pubblici” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di cui alla lettera a), ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

4 L'art. 7 della direttiva 93/37 prevede che, per attribuire gli appalti pubblici di lavori, le amministrazioni aggiudicatrici applicano o la procedura aperta o la procedura ristretta e che possono ricorrere alla procedura negoziata in certi casi eccezionali, tassativamente elencati. Tali obblighi non si applicano all'attribuzione delle concessioni di lavori pubblici.

5 L'art. 11, nn. 2 e 3, della suddetta direttiva prevede quanto segue:

«2. Le amministrazioni aggiudicatrici che intendono attribuire un appalto di lavori pubblici mediante procedura aperta, ristretta o negoziata nei casi previsti all'articolo 7, paragrafo 2, rendono nota tale intenzione con un bando di gara.

3. Le amministrazioni aggiudicatrici che intendono ricorrere alla concessione di lavori pubblici rendono nota tale intenzione con un bando di gara».

La normativa nazionale

6 Gli artt. 37 bis 37 quater della legge 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro in materia di lavori pubblici (Supplemento ordinario alla GURI n. 41 del 19 febbraio 1994; in prosieguo: la «legge n. 109/94»), regolano l'attribuzione degli appalti pubblici di lavori finanziati, in tutto o in parte, da soggetti privati.

7 L'art. 37 bis di tale legge consente a soggetti privati di presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità e di firmare i contratti corrispondenti che dispongono il finanziamento e la gestione dei lavori.

8 L'art. 37 ter della stessa legge descrive la procedura di selezione del promotore. Così, prevede che le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto differenti profili: costruzione, urbanistica, ambiente, qualità progettuale, funzionalità, fruibilità dell'opera, accessibilità al pubblico, rendimento, costo di gestione e di manutenzione, durata della concessione, tempi di ultimazione dei lavori della concessione, tariffe da applicare e metodologia di aggiornamento, valore economico e finanziario del piano e del contenuto

della bozza di convenzione. Tali amministrazioni sono tenute a verificare l'assenza di elementi ostativi alla realizzazione di tali previsioni e, dopo aver esaminato e comparato queste ultime e aver sentito i promotori che ne facciano richiesta, indicano quale proposta è di pubblico interesse.

9 In questo caso, in applicazione dell'art. 37 quater della legge n. 109/94, viene realizzata una procedura ristretta tesa ad indurre la presentazione di altre due offerte. La concessione viene in seguito attribuita nell'ambito di una procedura negoziata nel corso della quale vengono esaminate la proposta del promotore inizialmente selezionato e tali altre offerte. Nel corso di tale procedura, il suddetto promotore può adattare la sua proposta a quella giudicata dall'amministrazione aggiudicatrice più conveniente. In tal caso, egli risulterà aggiudicatario della concessione.

10 Tale procedura viene designata con il termine di «finanza di progetto».

Fatti e procedimento precontenzioso

11 Con delibera n. 49 del 29 gennaio 2002, il Comune ha constatato, ai sensi dell'art. 37 ter della legge n. 109/94, la fattibilità e il pubblico interesse di una proposta presentata dal Raggruppamento CGRT (in prosieguo: il «CGRT») in qualità di promotore, relativa alla progettazione ed alla realizzazione di una tramvia su gomma per il trasporto pubblico di massa in tale città. Secondo tale decisione, l'importo stimato dei lavori ammontava a EUR 33 569 698,44, di cui EUR 20 141 819,06, ovverosia il 60% del primo importo, finanziati direttamente dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, e EUR 13 427 879,38, ovverosia il restante 40%, finanziati dal CGRT.

12 Con delibera n. 212 del 26 marzo 2002, il Comune ha bandito una gara per l'attribuzione di una concessione di lavori in vista della costruzione di tale tramvia. Il bando di gara per la concessione è stato pubblicato segnatamente nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, serie S, del 25 aprile 2002, con il numero di riferimento 2002/S 81 063094.

13 A seguito dell'esperimento infruttuoso di tale bando di gara, con delibera n. 798 del 27 novembre 2002, il Comune ha attribuito tale concessione al CGRT. A seguito di tale attribuzione, in data 2 dicembre 2002, il Comune e il CGRT hanno quindi concluso una convenzione.

14 Il punto 12, lett. c), della premessa di tale convenzione indica che la persona incaricata della gestione del servizio di tramvia in forza di un contratto di servizio da concludere con il Comune sarà tenuta a corrispondere un canone periodico al CGRT.

15 L'art. 5 di tale convenzione stabilisce in merito al corrispettivo del concessionario:

« (...)

Come sopra menzionato in premessa al punto 12, lett. c), al fine di garantire il rispetto delle previsioni del piano economico finanziario allegato al progetto preliminare, e quindi la sostenibilità economico finanziaria dell'operazione, al Concessionario, oltre al Contributo pubblico, è riconosciuto, quale corrispettivo, il diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente la Tramvia, per tutta la durata della Concessione, anche mediante la percezione di un corrispettivo indicato specificamente nel piano economico-finanziario allegato, dovuto per effetto dello sfruttamento e per l'utilizzazione della Tramvia e delle connesse opere realizzate dal Concessionario da parte del Gestore del Servizio che avrà stipulato con il Concedente un contratto di servizio.

A tal fine, il Concedente, avuto riguardo alla necessità di garantire l'equilibrio economico-finanziario del Concessionario e all'essenzialità – a tale scopo – del puntuale adempimento da parte del Gestore del Servizio del pagamento al Concessionario del suddetto corrispettivo, si

obbliga con la presente Convenzione e per tutta la sua durata a prevedere espressamente nel/i bando/i, nelle relative documentazioni di gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico afferente la Tramvia ed in particolare nel contratto di servizio disciplinante l'erogazione di detto servizio, l'obbligo in capo al Gestore del Servizio di pagare al Concessionario il corrispettivo di cui sopra, indicato nel piano economico finanziario allegato al progetto preliminare».

16 Sulla base degli elementi contenuti nel fascicolo, l'importo del canone che il gestore del servizio di tramvia sarebbe tenuto a corrispondere al CGRT è stato fissato a EUR 1 446 079,32 annui per un periodo di trent'anni.

17 Alla data di presentazione del presente ricorso, il Comune non aveva ancora designato il gestore del suddetto servizio.

18 Peraltro, il progetto preliminare dell'opera, sul quale si basava la gara d'appalto, è stato modificato nel progetto definitivo che il CGRT ha presentato dopo la pubblicazione del bando di concessione. Tali modifiche sono state approvate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con nota del 29 settembre 2004.

19 Senza che il costo complessivo dell'opera sia cambiato, il costo dei lavori rientranti nella categoria «Edifici civili ed industriali», stimato in EUR 2 948 695,88 nel progetto preliminare, è stato portato a EUR 7 613 505,11 nel progetto definitivo, mentre il costo dei lavori rientranti nella categoria «Impianti per la trazione elettrica», stimato in EUR 3 956 137,32 nel progetto preliminare, è stato portato a EUR 3 140 566,98 nel progetto definitivo.

20 In seguito ad un reclamo in merito all'attribuzione dei lavori in questione, la Commissione ha preso contatto, in data 16 e 17 giugno 2005, con le autorità italiane, che le hanno fornito talune informazioni.

21 Non soddisfatta delle risposte comunicate da tali autorità, la Commissione ha indirizzato alla Repubblica italiana una lettera di messa in mora in data 18 ottobre 2005 e un parere motivato in data 4 luglio 2006, prima di proporre il presente ricorso.

Sul ricorso

22 A sostegno del proprio ricorso la Commissione fa valere due censure.

Sulla prima censura

Argomenti delle parti

23 Con la sua prima censura la Commissione fa valere che la convenzione conclusa tra il Comune e il CGRT, in data 2 dicembre 2002, configura un appalto pubblico di lavori ai sensi del diritto comunitario. Certo, la controprestazione dei lavori, nel caso di specie, consisterebbe in parte nel diritto di gestire l'opera. Tuttavia, dato che il CGRT non gestisce in prima persona l'opera, ma percepisce un canone garantito da un terzo incaricato della gestione di tale opera, il CGRT non si assumerebbe i rischi finanziari di detta gestione. Di conseguenza, tale operazione non potrebbe essere qualificata come concessione di lavori pubblici. Essa dovrebbe essere qualificata come appalto pubblico di lavori e richiederebbe il rispetto delle relative procedure di aggiudicazione.

24 L'aggiudicazione di tale appalto tramite una procedura quale quella della «finanza di progetto», che è diretta all'attribuzione di una concessione di lavori pubblici, sarebbe contraria alle disposizioni della direttiva 93/37, e in particolare agli artt. 7 e 11 della direttiva.

25 La Repubblica italiana ritiene che, nel caso di specie, lo schema della concessione si realizzi pienamente. Il concessionario realizzerebbe l'opera con un contributo finanziario fisso non superiore al 60% del prezzo dell'opera. I rischi connessi a tale realizzazione sarebbero stati assunti dal concessionario, che non potrebbe pretendere alcunché oltre a tale contributo

finanziario.

26 In relazione al diritto di gestire l'infrastruttura, il servizio di trasporto di massa sarebbe riservato nel Comune ad un solo operatore, vale a dire all'Azienda della Mobilità Aquilana SpA (in prosieguo: la «AMA»), che è tenuta ad applicare nei confronti degli utenti un prezzo amministrato e ad utilizzare una biglietteria integrata con gli altri servizi di trasporto. Per questa ragione il diritto di gestire l'opera si trasformerebbe per il CGRT in un diritto di percepire dall'AMA un canone fisso. Si tratterebbe di una modalità di gestione dell'opera che non priva l'operazione in questione del suo carattere di concessione di lavori pubblici.

Giudizio della Corte

27 Dall'art. 1, lett. d), della direttiva 93/37, applicabile al momento dei fatti, risulta che la concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

28 La Commissione fa valere, inoltre, che la concessione di lavori pubblici è caratterizzata dal fatto che essa implica un trasferimento del rischio legato alla gestione dell'opera al concessionario.

29 A tal proposito la Corte ha rilevato che si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assume il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v. sentenza 18 luglio 2007, C 382/05, Commissione/Italia, Racc. pag. I 6657, punto 34, e giurisprudenza ivi citata).

30 Dalla giurisprudenza risulta altresì che il mancato trasferimento al prestatario dei rischi legati alla prestazione dei servizi indica che l'operazione in oggetto costituisce un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi pubblici (v., in tal senso, sentenze 27 ottobre 2005, C 234/03, Contse e a., Racc. pag. I 9315, punto 22, e Commissione/Italia, cit., punti 35 e 37).

31 Tali considerazioni, affermate in relazione agli appalti e alle concessioni di servizi, valgono per gli appalti e le concessioni di lavori.

32 Nel caso di specie, se è vero che l'art. 5 della convenzione conclusa il 2 dicembre 2002 tra il Comune e il CGRT prevede che a quest'ultimo venga riconosciuto quale corrispettivo, oltre al contributo pubblico, il diritto di gestire funzionalmente la tramvia in questione, risulta però dallo stesso art. 5, dal punto 12, lett. c), della premessa di tale convenzione nonché da altri elementi del fascicolo che la gestione della tramvia deve essere garantita da un gestore che è tenuto a concludere un contratto di servizi, non con il concessionario, ma con il concedente che determinerà l'importo da pagare al concessionario.

33 L'importo del canone che dovrebbe essere pagato al CGRT dal futuro gestore del servizio di tramvia ammonta a EUR 1 446 079,32 annui per trent'anni. Risulta dagli elementi contenuti nel fascicolo che tale importo fisso è stato calcolato per garantire il pagamento al CGRT della quota del costo dell'opera, pari al 40% di quest'ultimo, di cui le autorità pubbliche italiane non assicurano direttamente il versamento.

34 In una situazione di questo genere il CGRT non si assume i rischi legati alla gestione dell'opera in questione.

35 Ne consegue che occorre qualificare l'operazione in questione come appalto pubblico di lavori e non come concessione di lavori pubblici.

36 Nel caso di specie è pacifico che l'importo stimato dei lavori considerati supera la soglia di applicazione della direttiva 93/37.

37 Di conseguenza detti lavori avrebbero dovuto essere attribuiti conformemente alle procedure previste dalla direttiva 93/37 per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

38 Nel caso di specie è pacifico che la procedura di aggiudicazione seguita dal Comune non corrisponde a tali procedure.

39 Occorre, pertanto, considerare fondata la prima censura fatta valere dalla Commissione.

Sulla seconda censura

Argomenti delle parti

40 Con la sua seconda censura, la Commissione afferma che la modifica del progetto preliminare dell'opera in questione posto a base della gara, successivamente alla pubblicazione del bando della concessione, contrasta con gli artt. 43 CE e 49 CE nonché con i principi di trasparenza e di non discriminazione che ne costituiscono il corollario.

41 La Repubblica italiana ritiene che questa seconda censura sia priva di fondamento. Infatti, la gara si sarebbe svolta sulla base di un progetto preliminare a valenza sperimentale e una serie di aggiustamenti tecnici si sarebbero rivelati indispensabili al fine di dare sicurezza e funzionalità al progetto. Peraltro le modifiche tecniche apportate non avrebbero alterato i termini globali dell'operazione né favorito un operatore a danno di un altro.

Giudizio della Corte

42 Come presentata nell'atto di ricorso, la seconda censura si riferisce ad una violazione delle norme applicabili alle concessioni, in particolare degli artt. 43 CE e 49 CE, del principio di non discriminazione e dell'obbligo di trasparenza, mentre non si riferisce alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici. A sostegno di tale censura la Commissione cita esclusivamente sentenze della Corte che hanno per oggetto concessioni e non appalti pubblici.

43 Questa censura avrebbe valore nell'ipotesi in cui l'operazione in questione venisse qualificata come concessione di lavori pubblici e non come appalto pubblico di lavori, contrariamente a quanto affermato dalla Commissione nell'ambito della sua prima censura.

44 Orbene, la Corte ha accolto la prima censura riconoscendo – al punto 30 della presente sentenza – che l'operazione in questione costituisce un appalto pubblico di lavori e non una concessione di lavori pubblici.

45 In tale contesto, la Corte non si deve pronunciare sulla seconda censura fatta valere dalla Commissione.

46 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono occorre dichiarare che, avendo il Comune attribuito un appalto pubblico di lavori avente ad oggetto la progettazione e la realizzazione di una tramvia su gomma per il trasporto pubblico di massa in tale città attraverso una procedura diversa da quelle previste per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori dalla direttiva 93/37, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale direttiva.

Sulle spese

47 Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ha concluso per la condanna della Repubblica italiana e quest'ultima è risultata sostanzialmente soccombente nei suoi motivi di ricorso, essa deve essere condannata alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara e statuisce:

1) Avendo il Comune di L'Aquila attribuito un appalto pubblico di lavori avente ad oggetto la progettazione e la realizzazione di una tramvia su gomma per il trasporto pubblico di massa in tale città attraverso una procedura diversa da quelle previste per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori dalla direttiva del Consiglio 14 giugno

1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale direttiva.

2) La Repubblica italiana è condannata alle spese.

Concessioni di pubblici servizi

Per i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati una singola procedura nel rispetto dei “principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento”

(Corte di giustizia delle Comunità europee, Terza Sezione, sentenza del 15 ottobre 2009 nella causa C-196/08)

In tema di appalti pubblici la Corte di Giustizia Europea ha recentemente statuito la compatibilità con la normativa comunitaria dell'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società mista pubblico-privata, appositamente costituita in vista della fornitura di tale servizio, qualora l'individuazione del socio privato sia avvenuta mediante una procedura ad evidenza pubblica.

Con la sentenza *Acoset*, resa nella causa C-196/08 a seguito della questione pregiudiziale sollevata dal Tar Sicilia, la Corte interviene sul controverso punto della necessità o meno di una duplice gara per l'affidamento di un servizio ad una società mista pubblico-privata, risolvendo la nazionale diatriba che vedeva contrapporsi due orientamenti giurisprudenziali.

Da un lato, la posizione secondo la quale l'affidamento diretto sarebbe sempre possibile tutte le volte in cui la scelta del socio privato sia avvenuta mediante procedura ad evidenza pubblica, dall'altro, quella diametralmente opposta, secondo la quale la giurisprudenza comunitaria in tema di *in house providing* comporterebbe, in qualunque caso, anche l'incompatibilità assoluta con i principi comunitari dell'affidamento a società miste.

Si tratta quindi di una pronuncia la cui importanza è di tutta evidenza sol che si consideri lo stato di incertezza che finora aveva caratterizzato le alterne vicende dell'istituto del partenariato pubblico privato di tipo istituzionalizzato (di cui la società mista rappresenta il modello più conosciuto).

Stato di incertezza derivante da una pluralità di fattori, tra cui la mancanza, a livello comunitario, tanto di specifici riferimenti normativi in tema di PPPI, quanto di chiare ed univoche indicazioni giurisprudenziali sul punto. Inoltre un forte ruolo è stato giocato proprio dalla confusione tra società miste e *in house providing*, e dalla incertezza con cui venivano percepiti i rispettivi confini.

La non chiara percezione della demarcazione tra società miste e affidamento *in house* ha condotto ad un costante richiamo, a favore della tesi della doppia gara, di una giurisprudenza comunitaria pronunciata dalla Corte in tema di *in house providing*, la cui trasposizione, in tema di società miste, non ha fatto che accrescere lo stato di dubbi ed incertezze che già

regnavano in materia, tanto da far invocare la disapplicazione (1) dell'art. 113 del D.lgs. 267 del 2000, (allora norma interna di riferimento in tema di società miste), per incompatibilità con il diritto comunitario.

A riprova dell'importanza della pronuncia in commento si evidenzia come ad essa, sul piano nazionale, faccia da eco un nuovo e recentissimo intervento del Legislatore italiano in tema di servizi pubblici locali, mediante l'art. 15 del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla L. 20 novembre 2009, n. 166.

Il quadro di riferimento

Sul piano nazionale, il modello delle società miste trovava un esplicito riconoscimento normativo nel citato art. 113, comma 5, lett. b) del d.lgs. 267/00 (2).

Le travagliate sorti dell'art. 113 del TUEL, stigmatizzate da periodiche modifiche, più o meno incisivi rimaneggiamenti e veri e propri stravolgimenti, hanno ridisegnato più volte i due istituti delle società miste e dell'*in house providing*, nello sforzo di adeguarne il tenore ai mutevoli orientamenti comunitari.

L'art. 113, comma 5, prevedeva tre diversi modelli organizzativi per l'affidamento di un servizio pubblico locale (3). Nella sua lettera b) si occupava specificamente delle società miste pubblico-private, come distinte dal fenomeno dell'*in house*, subordinandone la validità alla circostanza che il socio privato venisse scelto mediante gare con procedure ad evidenza pubblica rispettose delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza.

La lettera c) disciplinava il diverso modello dell'affidamento *in house*,

(1) In tal senso si è pronunciato il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia il quale, nella decisione del 27 ottobre 2006 n. 589, ha ritenuto “doversi pervenire ad una interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell'art. 113, comma 5, lett. b), nel senso che la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio”.

(2) Così come sostituito dall'art. 35 della l. 488/07 e modificato dall'art. 14, comma 1 del dl. 269/03 convertito in legge con modificazioni dall'art. 1 della l. 326/03.

(3) Il comma 5 dell'art. 113 recita infatti: “L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”.

recepando sostanzialmente le indicazioni della Corte di Giustizia contenute nella sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999 (4).

L'obbligo di scelta del socio privato mediante una procedura ad evidenza pubblica era altresì ribadito dall'art. 1, comma 2 (5), del d.lgs 163/06 (Codice dei contratti), configurandosi pertanto come dato acquisito e fatto proprio dall'ordinamento nazionale (6).

Tale aspetto sembrava dunque assumere, nella vigenza dell'art. 113, una rilevanza decisiva anche in ordine alla differenziazione della società mista rispetto all'affidamento *in house*, tanto da un punto di vista strutturale e procedurale, quanto, e soprattutto, da un punto di vista del loro differente atteggiarsi rispetto al profilo della concorrenza e della relativa normativa comunitaria vigente in materia.

E proprio sull'obbligo di gara per la scelta del socio privato, il quale vale a garantire l'applicazione del principio dell'evidenza pubblica, si fondavano (e si fondano) quelle posizioni, espresse in dottrina e giurisprudenza, volte ad escludere la necessità di una doppia gara.

Il quadro testé descritto muta tuttavia con l'introduzione dell'art. 23 *bis* del D.L. 112/08 (7), il cui undicesimo comma stabilisce l'abrogazione dell'art. 113 del TUEL, nelle parti incompatibili con la disciplina introdotta dal D.L. stesso.

Tale intervento del legislatore in materia di servizi pubblici di rilevanza economica ha destato non poche perplessità tanto in ambito nazionale quanto comunitario.

A parte l'incertezza circa le disposizioni da quel momento applicabili, uno specifico punto critico risultava essere il comma 2 del citato articolo 23 *bis* la cui formulazione sollevava numerosi dubbi, in particolare legati al mancato inserimento delle società miste tra i soggetti ai quali era possibile affidare con gara la gestione del servizio di rilevanza economica.

Il sistema introdotto dall'art. 113 TUEL e basato sulla previsione di tre

(4) Tale disposizione, infatti, subordinava l'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico alle due condizioni del "controllo analogo" (a quello esercitato sui propri servizi) da esercitarsi da parte dell'ente pubblico sulla società *in house* e della prevalenza dell'attività svolta dalla società con l'ente che la controlla.

(5) Il secondo comma dell'art. 1 del citato Codice dei contratti dispone infatti 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*".

(6) Nello stesso senso si veda anche la circolare del Ministero dell'Ambiente del 6 dicembre 2004, su "Affidamento del servizio idrico integrato a società a capitale misto pubblico-privato", la quale ribadisce fermamente "*l'ineludibile necessità di un previo confronto con altri soggetti operanti sul mercato*" e conseguentemente l'obbligatorietà di una procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione del partner privato. La circolare specifica inoltre la necessaria presenza, in riferimento al soggetto privato da selezionare, di determinati requisiti di capacità tecnico-gestionale oltretutto finanziaria.

(7) Come convertito dalla L. del 6 agosto 2008, n. 133.

possibili modelli organizzativi per la gestione dei servizi pubblici, veniva così sostituito da una generica e piuttosto nebulosa previsione di due modalità di conferimento della gestione dei servizi pubblici: una ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite da individuarsi mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, l'altra, derogatoria rispetto alla prima, attivabile a fronte di situazioni che, per la loro peculiarità, non permettono "un efficace e utile ricorso al mercato", con chiaro riferimento all'affidamento *in house*.

Nella vigenza dunque della prima versione dell'art. 23 *bis* scompare l'esplicito riferimento alle società miste, le quali tuttavia venivano comunque fatte rientrare tra le modalità ordinarie grazie all'inciso "*società in qualunque forma costituite*"; mentre l'affidamento *in house* viene espressamente configurato come un modello gestorio non ordinario.

Ultimo e recentissimo tassello nell'evoluzione normativa della regolamentazione dei servizi pubblici è dato dall'ennesimo intervento del legislatore sul tema, volto a modificare ulteriormente l'art. 23 *bis*, ridisegnando i contorni dei servizi pubblici, e restituendo piena cittadinanza all'istituto delle società miste.

Si tratta in particolare dell'art. 15 del D.L. 25 settembre 2009, n. 135 recante *Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, convertito con modificazioni dalla L. 20 novembre 2009, n. 166.

Con tale intervento infatti il legislatore configura un modello gestorio dei servizi pubblici economici che, in via ordinaria, può realizzarsi mediante due modalità alternative, prevedendo accanto alle "società in qualunque forma costituite", anche l'affidamento a società a partecipazione mista pubblico-privata.

L'art. 23 *bis* come modificato dall'art. 15 comma 1, lett. b) del citato D.L., prevede infatti che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avvenga in via ordinaria:

a) 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 e proporzionalità;

b) a società a partecipazione mista pubblico e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio

sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento (8).

Viene pertanto espressamente prevista, sulla falsariga dell'art. 113 TUEL, la società mista come modello organizzativo ordinario per la gestione del servizio pubblico locale, con l'ulteriore condizione di una soglia minima di partecipazione del socio privato e soprattutto, con l'esplicita previsione, per l'individuazione del socio, di una gara cosiddetta con "doppio oggetto", e cioè un'unica gara che provveda all'attribuzione della qualità di socio e contestualmente all'affidamento dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

Tale intervento mostra pertanto, sul punto, un positivo allineamento della disciplina interna con gli orientamenti giurisprudenziali comunitari espressi in materia e con gli indirizzi dell'Unione Europea in materia PPP.

L'art. 15 del D.L. 135/09 ribadisce, poi, il carattere eccezionale e derogatorio degli affidamenti *in house*, il cui regime, dettato dal comma 3 dell'art. 23 *bis*, viene ulteriormente specificato, ancora una volta seguendo l'impronta dell'art. 113 TUEL, mediante l'inserimento della previsione espressa delle note condizioni comunitarie richieste per tale affidamento, tra cui il rispetto della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e la prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Il comma 3 prevede infine un'ulteriore condizione per l'affidamento di un servizio "in casa", stabilendo infatti che tale affidamento possa avvenire solo a favore di *società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale*.

Ora, tale previsione sembra destare qualche perplessità alla luce del recente orientamento della giurisprudenza comunitaria il quale, al contrario, ha mostrato importanti margini di apertura verso il modello di gestione *in house* (9).

Sul piano normativo va da ultimo segnalato lo schema del d.P.R. recante il regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis* approvato dal Consiglio dei Ministri n. 76 del 17 dicembre 2009, il quale detta criteri integrativi in tema di affidamento del servizio, fissa le soglie di rilevanza per il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'art. 23 *bis* comma 4, e stabilisce l'abrogazione, tra l'altro, dell'art. 113 TUEL.

(8) In corsivo le novità apportate al comma 2° dell'art. 23 *bis*, dall'art. 15, c.1, lett. b) D.L. 135/09 come convertito dalla L. 166/09.

(9) Corte di Giustizia, sent. 17 luglio 2008, causa C-371/05, *Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana*; Corte di Giustizia, sent. 10 settembre 2009, causa C-573/07, *Sea/Comune di Ponte Nossua*.

Breve excursus sull'evoluzione dei PPPI: tra società miste e in house providing

L'evoluzione dei PPPI, come anticipato, risulta profondamente segnata dalla mancata chiara delimitazione dei confini tra società miste e *in house providing*.

La confusione tra i due istituti sembra doversi in parte ascrivere alla progressiva e graduale precisazione delle rispettive nozioni ad opera della giurisprudenza comunitaria, la quale ne ha profondamente segnato l'evoluzione avvenuta attraverso diverse fasi.

Inizialmente il Giudice comunitario ha interpretato estensivamente la nozione di affidamento *in house*, tanto da ricomprendervi molte società miste a partecipazione pubblica maggioritaria, con conseguente esclusione, in tutte queste ipotesi, del canone dell'evidenza pubblica.

Tale posizione ha determinato l'inevitabile contaminazione e il reciproco condizionamento dei due istituti nell'ambito delle loro rispettive evoluzioni.

Un affidamento *in house* così concepito, tuttavia, aveva l'effetto di allargare eccessivamente le maglie della derogabilità della normativa comunitaria posta a tutela della concorrenza.

Si è giunti allora ad una nozione progressivamente sempre più restrittiva, arrivando al principio secondo cui la partecipazione, anche se minoritaria (10) o potenziale (11), di un'impresa privata al capitale della società esclude la configurabilità di una relazione interna tra amministrazione aggiudicatrice e società stessa, sulla base del rilievo che il soggetto privato, per sua natura, tende a perseguire anche un interesse proprio, diverso dall'interesse pubblico in senso stretto.

E su questo orientamento comunitario sembra attestarsi e "arrestarsi" l'ultimo intervento del Legislatore nazionale (12).

In quest'ottica i due istituti sarebbero per necessità logica incompatibili, con conseguente esclusione della riconducibilità della società mista all'affidamento *in house* (13).

Successivamente tuttavia si registra un'inversione del *trend* giurisprudenziale precedente e una progressiva apertura comunitaria all'*in house providing*, mediante un graduale ampliamento delle relative condizioni di applicabilità,

(10) Corte di Giustizia, sent. dell'11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*.

(11) In un'ottica di un sempre maggiore restringimento dei cordoni di ammissibilità dell'affidamento *in house*, nella sent. del 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, il Giudice comunitario va oltre escludendo la sussistenza dei requisiti dell'affidamento *in house* qualora il capitale della società affidataria sia aperto ai privati.

(12) Con particolare riferimento alle modifiche introdotte dall'art. 15 del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni dalla L. 20 novembre 2009, n. 166.

(13) In questo senso si veda Consiglio di Stato, sez. II, parere n. 456/07 e Ad. Plenaria n.1/08.

a partire dalla sentenza *Tragsa* (14) fino alla recente sentenza *Sea* (15).

Tuttavia tale apertura comunitaria, fatta di rivisitazione, mitigamento e, in buona misura, superamento delle rigidità espresse dalle pronunce *Stadt Halle* e *Parking Brixen*, sembra non trovare puntuale riscontro sul piano normativo interno, dove i recenti interventi sembrano invece puntare verso direzioni diametralmente opposte.

La vicenda processuale

Con ordinanza notificata il 19 giugno 2008 il TAR Sicilia ha sottoposto alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee la seguente questione pregiudiziale:

“Se è conforme al diritto comunitario, in particolare agli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli articoli 43, 49 e 86 del 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, 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”.

La questione viene sollevata in relazione alla organizzazione del servizio idrico integrato della provincia di Ragusa.

Nel caso di specie si trattava dell'affidamento di un pubblico servizio attraverso una concessione trentennale, con conseguente inapplicabilità delle direttive 2004/18 e 2004/17.

Come sottolineato dalla Corte, alle concessioni sono tuttavia viceversa applicabili le regole fondamentali del Trattato CE in generale, e il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare (16).

Trovano nello specifico applicazione gli artt. 43 CE e 49 CE.

Oltre al principio di non discriminazione anche il principio della parità di trattamento tra offerenti (17). Tali principi comportano un obbligo di trasparenza a carico dell'autorità pubblica, consistente nel dovere di garantire ad ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo

(14) Sent. del 19 aprile 2007, causa C-295/95.

(15) Sent. del 10 settembre 2009, causa C-573/07.

(16) Punto 46 e nello stesso senso si veda anche sentenza C-410/04, del 6 aprile 2006, *ANAV*, punto 18; sentenza C-382/05 del 18 luglio 2007, *Commissione/Italia*, e da ultimo la recente Comunicazione della Commissione del 19 novembre 2009, COM (2009) 61, pag. 6.

(17) Si veda in tal senso, sentenza *Parking Brixen*, cit., punti 47-49, e sentenza *ANAV* cit., punti 19 e 20.

sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

Le regole e i principi suesposti, come è noto, trovano una deroga, nel solo caso dell'affidamento *in house*, a fronte del quale l'indizione della gara non è obbligatoria, con conseguente affidamento diretto del servizio ad un ente che è giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice (18).

L'*iter* argomentativo seguito dai giudici comunitari nella sentenza in commento può dunque schematizzarsi come segue:

1) una volta escluso che nel caso di specie possa profilarsi un'ipotesi di *in house providing*, occorre allora verificare se l'affidamento del servizio pubblico alla società mista pubblico-privata senza indizione di gara specifica sia compatibile con il diritto comunitario, tenendo tuttavia a mente che l'individuazione del socio privato è avvenuta attraverso una gara d'appalto rispettosa degli artt. 43 e 49 CE, nonché dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità, così come dell'obbligo di trasparenza che ne discende.

2) Occorre in altri termini stabilire se, ai fini della compatibilità con il diritto comunitario, sia sufficiente un'unica gara per la scelta del socio privato e contestuale affidamento del servizio, ovvero sia viceversa necessaria una duplice procedura ad evidenza pubblica: la prima per l'individuazione del socio privato, la seconda per l'aggiudicazione del servizio.

Ora, se è vero che dalla giurisprudenza comunitaria emerge che l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza indizione di gara pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata (19), dall'altro lato è del pari vero che tutta la giurisprudenza che viene invocata a sostegno della necessità di una doppia gara, è stata pronunciata dalla Corte in relazione a fattispecie sostanzialmente diverse. In tutti quei casi, infatti, nessuna gara era stata espletata neanche per la scelta del socio privato, con conseguente elusione *tout court* delle procedure ad evidenza pubblica.

In tali ipotesi la Corte si era limitata ad escludere l'applicabilità del modello dell'*in house* (l'unico realizzabile al di fuori e senza alcuna procedura ad evidenza pubblica e dunque effettivamente derogatorio rispetto alla normativa comunitaria), senza tuttavia pronunciarsi espressamente sulle condizioni di applicabilità di altri modelli (come appunto le società miste) nei quali fosse comunque presente un'applicazione dei principi dell'evidenza pubblica, concretantesi nella gara espletata per l'individuazione del socio privato. Si trattava cioè di società miste per le quali la Corte aveva escluso l'applicabilità del regime *in house*; in cui la scelta del socio privato era avvenuta senza alcuna gara; e in cui il servizio era stato successivamente affidato direttamente

(18) Punto 51 e nello stesso senso si veda anche sentenza *ANAV* cit., punto 24.

(19) Sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, punto 51, e sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Commissione/Austria*, punto 48.

a tali società, (di nuovo senza alcuna gara), con conseguenti effetti distorsivi della concorrenza nonché palesi e conclamate violazioni del diritto degli appalti.

Sembra pertanto che il richiamo a tale giurisprudenza comunitaria non sia pertinente e soprattutto che, lungi dal risultare utile per il corretto inquadramento del problema, abbia viceversa solamente accresciuto le incertezze caratterizzanti i già fin troppo nebulosi confini tra società mista e *in house providing*.

Il problema, infatti, non è quello di derogare l'obbligo della gara *sic et simpliciter* (come può avvenire in caso di affidamento *in house* e come avvenuto nelle fattispecie contemplate dalla richiamata giurisprudenza), bensì quello più sottile, relativo alla possibilità, e alla compatibilità con il diritto comunitario, di "accorpate" in un'unica gara, evitandone la duplicazione, tanto la scelta del socio privato quanto l'affidamento del servizio.

In quest'ottica la citata sentenza (20) chiarisce definitivamente che sebbene la mancanza di gara nel contesto dell'aggiudicazione di servizi risulti inconciliabile con gli artt. 43 CE e 49 CE e con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, la scelta del socio privato nel rispetto degli obblighi suesposti nonché la tipologia stessa dei criteri di scelta del socio privato (il quale deve possedere le necessarie capacità non solo finanziarie ma anche tecniche) consentono di ovviare a tale situazione (21).

Secondo la Corte si può dunque ritenere che "*la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario*".

Sulla base di tali argomentazioni la Corte dichiara che "*gli articoli 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di tra-*

(20) Punto 59.

(21) I criteri di scelta del socio privato, infatti, "*si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata...l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo*", punto 60.

sparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni”.

Del resto orientamenti analoghi erano già stati espressi, su un piano nazionale, dal Consiglio di Stato nel parere n. 456/07, e, sul versante comunitario, dalla Commissione nella Comunicazione interpretativa COM (2007) 6661 (22).

Inoltre, come evidenziato dall'Avvocato Generale nelle Sue conclusioni, il meccanismo della doppia gara sarebbe difficilmente conciliabile con *“l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati”*, la cui istituzione individua contestualmente la scelta del socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire appositamente.

Conseguenza di tale duplice procedura, come osservato dalla sentenza (23), sarebbe quella di disincentivare le autorità pubbliche dalla costituzione di PPPI.

L'effetto ultimo sarebbe poi quello di indirizzare le scelte delle amministrazioni verso modalità di gestione per così dire estreme: rivolgersi interamente al mercato (anche per quei servizi per i quali appaia inopportuna una totale devoluzione ai privati), oppure ripiegarsi totalmente su se stesse, optando per un'entità a totale partecipazione pubblica, e cadendo, dunque nel modello dell'affidamento *in house*.

Risultato quest'ultimo che appare paradossale, proprio muovendo dalla logica comunitaria della tutela della concorrenza (24).

Andando oltre si potrebbe osservare che la circostanza che l'individuazione del socio privato debba avvenire mediante gara, non solo differenzia il fenomeno della società mista da quello dell'affidamento *in house* ma soprattutto sembra suggerire come, nel caso del partenariato pubblico privato di tipo istituzionalizzato, non possa propriamente parlarsi di affidamento *“diretto”* del servizio, quale sarebbe invece quello caratterizzante l'*in house* (25).

(22) Secondo la Commissione, vista la difficile praticabilità di una doppia procedura, per costituire un PPPI conformemente ai principi comunitari può procedersi come segue: *“il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o dalla concessione all'entità a capitale misto”*.

(23) Punto 61.

(24) Sul punto si veda anche il parere del Consiglio di Stato n. 456/07, par. 8.2.3.

(25) Nello stesso senso si veda parere Consiglio di Stato cit., secondo il quale nell'ipotesi del *“socio industriale”* (di lavoro o operativo) *“l'attività che si ritiene “affidata” (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione dei suoi compiti operativi e quella della qualità di socio”*.

Osservazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni suesposte appare evidente l'interesse de-stato dalla pronuncia in commento, nonché il favore con cui si presume il comparto giuridico saluterà la sentenza *Acoset*, la quale pone un punto fermo in tema di PPPI, chiarendo la possibilità per un'amministrazione aggiudicatrice di effettuare contestualmente tanto l'individuazione del socio privato quanto l'affidamento del servizio alla società mista.

Posizione alla quale, con una certa lungimiranza, era pervenuto anche il nostro Consiglio di Stato, nel parere 456/07.

Sembra infine apprezzabile l'approccio decisamente sostanzialistico adottato dalla Corte il quale consente di non cadere in rigidi e sterili formalismi, evitandone le relative ripercussioni sulla diffusione di un utile, e spesso indispensabile, strumento di gestione come il PPPI, il quale, attraverso una sinergia tra interesse pubblico e risultato commerciale, consente l'ottenimento del miglior risultato contenendone i costi, nonché una ripartizione del rischio e della responsabilità tra pubblico e privato.

E del resto il favore comunitario per l'utilizzo dei partenariati pubblico-privati è stato più volte espresso, proprio sulla base di tali considerazioni (26).

Alla luce di tutto quanto detto sembra dunque opportuno ribadire l'importanza della sentenza in commento, non solo da un punto di vista strettamente giuridico ma anche alla luce dei riflessi di ordine pratico che la stessa è in grado di esplicitare sul grado di "fattibilità" di strumenti indispensabili come i PPPI, il cui sviluppo sarebbe stato senz'altro "tarpatato" da un obbligo di doppia gara, che ne avrebbe quasi certamente decretato il fallimento.

*Dott.ssa Federica Angeli**

(26) Si veda da ultimo la recente Comunicazione della Commissione del 19 novembre 2009 COM(2009) 615, la quale ribadisce e sostiene con forza l'importanza dei PPP soprattutto nell'ottica della mobilitazione degli investimenti privati in funzione di cambiamenti strutturali a lungo termine, visti anche come validi e possibili strumenti per far fronte alla crisi economico-finanziaria. Secondo la Commissione, infatti, i PPP sono forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il settore privato che rappresentano strumenti utili in vista della "promozione dell'efficienza dei servizi pubblici tramite la condivisione dei rischi e lo sfruttamento delle competenze del settore privato, ma possono anche alleggerire la pressione immediata sulle finanze pubbliche offrendo una fonte di capitale aggiuntivo".

Nello specifico secondo la Commissione è ormai dimostrato che i PPP possono tra l'altro:

- migliorare la realizzazione dei progetti, in quanto generalmente realizzati rispettando i tempi previsti e il bilancio concordato;
- ridurre le spese per le infrastrutture;
- migliorare la condivisione dei rischi;
- favorire sostenibilità, innovazione, ricerca e sviluppo.

(*) Dottore in giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

Corte di giustizia (Terza Sezione) sentenza del 15 ottobre 2009 nella causa C-196/08 - Pres. J.N. Cunha Rodrigues, Avv. gen. D. Ruiz-Jarabo Colomer - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Acoset SpA / Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa, Comune di Comiso (RG), Comune di Modica (RG), Provincia Regionale di Ragusa, Comune di Acate (RG), Comune di Chiaramonte Gulfi (RG), Comune di Giarratana (RG), Comune di Ispica (RG), Comune di Monterosso Almo (RG), Comune di Pozzallo (RG), Comune di Ragusa, Comune di Vittoria (RG), Comune di Santa Croce Camerina (RG), Comune di Scicli (RG) (Per il governo italiano avv. Stato G. Fiengo).

«Artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE – Aggiudicazione di appalti pubblici – Attribuzione del servizio idrico a una società a capitale misto – Procedura a evidenza pubblica – Designazione del socio privato incaricato della gestione del servizio – Attribuzione al di fuori delle norme relative all’aggiudicazione degli appalti pubblici»

(Omissis)

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione degli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE.

2 Detta domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia che vede contrapposte l’Acoset SpA (in prosieguo: l’«Acoset») e la Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. Ragusa (in prosieguo: la «Conferenza») e a., in merito all’annullamento da parte di quest’ultima della procedura di gara per la selezione del socio privato di minoranza nella società mista pubblico privata direttamente affidataria del servizio idrico integrato nella provincia di Ragusa.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

La direttiva 2004/18

3 L’art. 1 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), dispone come segue:

« (...)

2. a) Gli “appalti pubblici” sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva.

(...)

d) Gli “appalti pubblici di servizi” sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all’allegato II.

(...)

4. La “concessione di servizi” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

(...)

4 L’art. 3 della direttiva 2004/18 ha il seguente tenore:

«Se un’amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un’amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un’attività di servizio pubblico, l’atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell’ambito di tale at-

tività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità».

5 Ai sensi dell'art 7 della direttiva in parola:

«La presente direttiva si applica agli appalti pubblici (...) il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) è pari o superiore alle soglie seguenti:

(...)

b) 249 000 EUR:

– per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse da quelle indicate nell'allegato IV [“Autorità governative centrali”],

(...)».

6 Il regolamento (CE) della Commissione 19 dicembre 2005, n. 2083, che modifica le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti (GU L 333, pag. 28), ha modificato l'art. 7, lett. b), della direttiva 2004/18, nella versione risultante dal regolamento (CE) della Commissione 28 ottobre 2004, n. 1874 (GU L 326, pag. 17), sostituendo all'importo di EUR 236 000 quello pari a EUR 211 000 per il periodo dal 1° gennaio 2006 al 1° gennaio 2007.

7 Conformemente all'art. 2 del regolamento (CE) della Commissione 4 dicembre 2007, n. 1422, che modifica le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/17/CE e 2004/18/CE riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti (GU L 317, pag. 34), detto importo è stato modificato in EUR 206 000 a far data dal 1° gennaio 2008.

8 Secondo il disposto dell'art. 17 della direttiva 2004/18:

«Fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 3, la presente direttiva non si applica alle concessioni di servizi definite all'articolo 1, paragrafo 4».

9 Ai sensi dell'art. 21 della direttiva 2004/18:

«L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 23 e dall'articolo 35, paragrafo 4».

10 Rientrano nell'allegato II B, categoria 27, di detta direttiva gli «altri servizi», esclusi i contratti di lavoro, i contratti per l'acquisizione, lo sviluppo, la produzione o la coproduzione di programmi da parte di emittenti radiotelevisive e i contratti concernenti il tempo di trasmissione.

La direttiva 2004/17

11 Ai sensi dell'art. 1, nn. 2 e 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, pag. 1):

«2. (...).

b) Gli “appalti di lavori” sono appalti aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato XII o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'ente aggiudicatore. Per “opera” si intende il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica.

c) Gli “appalti di forniture” sono appalti diversi da quelli di cui alla lettera b) aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti.

Un appalto avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in

opera e di installazione è considerato un “appalto di forniture”.

d) Gli “appalti di servizi” sono appalti diversi dagli appalti di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all’allegato XVII.

Un appalto avente per oggetto tanto dei prodotti quanto dei servizi ai sensi dell’allegato XVII è considerato un “appalto di servizi” quando il valore dei servizi in questione supera quello dei prodotti oggetto dell’appalto.

Un appalto avente per oggetto dei servizi di cui all’allegato XVII e che preveda attività ai sensi dell’allegato XII solo a titolo accessorio rispetto all’oggetto principale dell’appalto è considerato un appalto di servizi.

3. a) La “concessione di lavori” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

b) La “concessione di servizi” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

12 Conformemente all’art. 4 della direttiva 2004/17:

«1. La presente direttiva si applica alle seguenti attività:

a) la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile, o

b) l’alimentazione di tali reti con acqua potabile.

(...)».

13 Ai sensi dell’art. 9, n. 1, della stessa direttiva:

«Ad un appalto destinato all’esercizio di più attività si applicano le norme relative alla principale attività cui è destinato.

Tuttavia la scelta tra l’aggiudicazione di un unico appalto e l’aggiudicazione di più appalti distinti non può essere effettuata al fine di escludere detto appalto dall’ambito di applicazione della presente direttiva o, dove applicabile, della direttiva 2004/18/CE».

14 L’art. 18 della direttiva 2004/17 così dispone:

«La presente direttiva non si applica alle concessioni di lavori e di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli articoli da 3 a 7, quando la concessione ha per oggetto l’esercizio di dette attività».

La normativa nazionale

15 Il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, che approva il testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali (Supplemento ordinario alla GURI n. 227 del 28 settembre 2000), come modificato dal decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell’andamento dei conti pubblici (Supplemento ordinario alla GURI n. 229 del 2 ottobre 2003), convertito in legge, in seguito a modifica, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326 (Supplemento ordinario alla GURI n. 274 del 25 novembre 2003; in prosieguo: il «decreto legislativo 267/2000»), così dispone al suo art. 113, quinto comma:

«L’erogazione [di un servizio pubblico locale da parte di un ente territoriale] avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell’Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso

l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Causa principale e questione pregiudiziale

16 Il 10 luglio 2002 veniva conclusa la Convenzione di Cooperazione tra i Comuni iblei e la Provincia Regionale di Ragusa, che ha costituito l'Ambito Territoriale Ottimale (in prosieguo: l'«ATO») idrico di Ragusa, autorità locale incaricata del servizio idrico integrato di Ragusa.

17 In data 26 marzo 2004, la Conferenza, organo di gestione dell'ATO, sceglieva come forma di gestione del servizio di cui trattasi la «società mista a prevalente capitale pubblico» di cui all'art. 113, quinto comma, lett. b), del decreto legislativo n. 267/2000.

18 Il 7 giugno 2005 la Conferenza approvava gli schemi di atto costitutivo della società per azioni e dello statuto della stessa, nonché il progetto relativo alla convenzione di gestione di detto servizio il cui art. 1 prevede l'affidamento diretto del servizio, in via esclusiva, alla costituenda società mista (gestore del servizio idrico integrato).

19 Successivamente, veniva pubblicato, in particolare nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* dell'8 ottobre 2005 (GU S 195), un bando di gara per la selezione dell'imprenditore, socio privato di minoranza, al quale affidare l'attività operativa del servizio idrico integrato e l'esecuzione dei lavori connessi alla gestione esclusiva di tale servizio, intendendosi per essi i lavori previsti in particolare nel Piano Operativo Triennale approvato dalla Conferenza dei Sindaci il 15 dicembre 2003.

20 Ai sensi dell'art. 1, punto 8, del disciplinare di gara, «[l]e opere da realizzare sono quelle rientranti nel [Piano Operativo Triennale], così come modificato e/o integrato dall'offerta, nonché nel successivo progetto conoscenza previsto nel [Piano d'Ambito] (...)», e «per l'affidamento dei lavori non eseguiti direttamente dal socio privato si dovrà fare ricorso alle procedure di evidenza pubblica previste per legge».

21 Alla gara partecipavano tre raggruppamenti temporanei di imprese aventi come capogruppi mandatarî, rispettivamente, la Saceccav Depurazioni Sacede SpA, l'Acoset SpA e l'Aqualia SpA. La commissione di gara escludeva l'Aqualia SpA ed ammetteva gli altri. Successivamente, il responsabile della procedura invitava le ditte rimaste in gara a dichiarare se persistesse il loro interesse. Dava riscontro positivo a detto invito solo l'Acoset SpA.

22 Risulta ancora dalla decisione di rinvio che la Conferenza, anziché prendere atto dell'aggiudicazione e procedere alla costituzione della società mista di gestione per l'immediato avvio del servizio in argomento e la fruizione dei fondi comunitari, nella seduta del 26 febbraio 2007, paventando l'illegittimità della procedura espletata per violazione del diritto comunitario, decideva di annullare la procedura di scelta dell'Acoset. La segreteria tecnico operativa dell'ATO quindi, con nota del 28 febbraio 2007, comunicava all'Acoset l'avvio del procedimento di annullamento e l'Acoset trasmetteva le proprie osservazioni con nota del 26 marzo 2007.

23 Il 2 ottobre 2007 la Conferenza si pronunciava a favore dell'annullamento della procedura di gara in questione e adottava, quale forma di gestione del servizio idrico integrato di Ragusa, quella del «consorzio». Con nota del 9 ottobre successivo, veniva comunicato al-

l'Acoset l'annullamento della procedura di gara.

24 Nell'ambito del proprio ricorso principale avverso la decisione del 2 ottobre 2007 e gli atti ad essa connessi, l'Acoset chiedeva che le fosse riconosciuto il diritto a un risarcimento in forma specifica mediante l'aggiudicazione dell'appalto e un risarcimento per equivalente dei danni subiti in conseguenza dei provvedimenti impugnati. L'Acoset inoltre chiedeva, con domanda cautelare, la sospensione interinale degli atti impugnati.

25 Secondo l'Acoset, l'affidamento diretto della gestione di servizi pubblici locali a società miste pubblico-private conformemente all'art. 113, quinto comma, lett. b), del decreto legislativo n. 267/2000, nelle quali il socio privato è stato scelto attraverso l'espletamento di gare nel rispetto delle norme comunitarie in materia di concorrenza, è compatibile con il diritto comunitario.

26 I convenuti nella causa principale ritengono invece che il diritto comunitario autorizzi un siffatto affidamento di opere e servizi, in via diretta e senza gara, solo in favore di società a partecipazione pubblica totalitaria, le quali realizzino la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che le controllano e sulle quali questi ultimi esercitino un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi (v., in particolare, sentenza 11 gennaio 2005, causa C 26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I 1).

27 Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia osserva che la questione, sollevata dall'Acoset, in ordine alla compatibilità dell'attribuzione diretta dell'appalto di cui è causa in relazione al diritto comunitario, è pertinente e che la risposta a detta questione non può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza della Corte.

28 Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia ha quindi deciso di sospendere il giudizio in merito alla domanda di sospensione dell'esecuzione formulata in via principale e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se [sia] conforme al diritto comunitario, in particolare agli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 43 [CE], 49 [CE] e 86 [CE], 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».

Sulla ricevibilità

29 Il governo austriaco osserva che la domanda di pronuncia pregiudiziale deve essere dichiarata irricevibile in quanto la decisione di rinvio non fornisce sufficienti informazioni riguardo al contesto fattuale e normativo in cui rientra il procedimento principale per consentire alla Corte di risolvere utilmente la questione pregiudiziale. In particolare, non sarebbero state fornite informazioni sulla specificità della prestazione o delle prestazioni di cui è causa, sul contenuto del bando di gara e della procedura di aggiudicazione dell'appalto nonché su alcune nozioni utilizzate nella questione sottoposta.

30 Per quanto riguarda le informazioni che devono essere fornite alla Corte nell'ambito di una decisione di rinvio, occorre ricordare che queste informazioni non servono solo a con-

sentire alla Corte di dare soluzioni utili, ma devono anche conferire ai governi degli Stati membri nonché alle altre parti interessate la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia. A tal fine, risulta da una giurisprudenza costante che, da un lato, è necessario che il giudice nazionale definisca il contesto di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che esso spieghi almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate. Dall'altro, la decisione di rinvio deve indicare i motivi precisi che hanno indotto il giudice nazionale a interrogarsi sull'interpretazione del diritto comunitario e a ritenere necessaria la formulazione di questioni pregiudiziali alla Corte. In tale contesto, è indispensabile che il giudice nazionale fornisca un minimo di spiegazioni sui motivi della scelta delle disposizioni comunitarie di cui chiede l'interpretazione e sul nesso che individua tra quelle disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia di cui alla causa principale (v., in particolare, sentenza 6 marzo 2007, cause riunite C 338/04, C 359/04 e C 360/04, *Placanica e a.*, Racc. pag. I 1891, punto 34).

31 La decisione di rinvio del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia risponde a tali condizioni.

32 Infatti, il giudice nazionale menziona le disposizioni nazionali applicabili e la decisione di rinvio comporta una descrizione dei fatti che, sebbene sintetica, è sufficiente per consentire alla Corte di statuire. Inoltre, il giudice a quo menziona i motivi che l'hanno indotto a ritenere necessario sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte, in quanto essa contiene una descrizione dettagliata degli opposti punti di vista sostenuti dalle parti nella causa principale per quanto riguarda l'interpretazione delle disposizioni comunitarie oggetto della questione pregiudiziale e, secondo il giudice del rinvio, la soluzione della detta questione non può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza della Corte.

33 Peraltro, la Conferenza osserva che, poiché la procedura di selezione del socio privato di cui alla causa principale è stata annullata, l'Acoset non ha alcun interesse ad agire al fine di ottenere una soluzione per la questione sottoposta.

34 Al riguardo, è sufficiente rilevare che l'art. 234 CE ha previsto una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali attraverso un procedimento indipendente da ogni iniziativa delle parti e nel corso del quale queste ultime sono solamente invitate a presentare le loro osservazioni in merito a questioni che possono essere proposte esclusivamente dal giudice nazionale (v., in tal senso, in particolare, sentenza 9 dicembre 1965, causa 44/65, *Singer*, Racc. pag. 952).

35 Pertanto, occorre esaminare la questione sottoposta dal giudice del rinvio.

Sulla questione pregiudiziale

36 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE ostino all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui alla causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente ai fini della fornitura di detto servizio e con un oggetto sociale esclusivo, in cui il socio privato è scelto mediante procedura ad evidenza pubblica previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione relativamente al servizio che deve essere erogato nonché delle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni da fornire.

37 In via preliminare, occorre osservare che l'attribuzione di un servizio pubblico locale consistente nella gestione del servizio idrico integrato, come quello oggetto della causa principale, potrebbe rientrare, stando alla natura del corrispettivo di tale servizio, nella definizione di «appalti pubblici di servizi» o in quella di «concessione di servizi» ai sensi, rispettivamente,

dell'art. 1, nn. 2, lett. d), e 4, della direttiva 2004/18, oppure, eventualmente, dell'art. 1, nn. 2, lett. d), e 3, lett. b), della direttiva 2004/17, il cui art. 4, n. 1, lett. a), prevede che quest'ultima si applica alla messa a disposizione o alla gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile o all'alimentazione di tali reti con acqua potabile.

38 La questione se un'operazione debba o meno essere qualificata come «concessione di servizi» o di «appalti pubblici di servizi» dev'essere valutata esclusivamente alla luce del diritto comunitario (v., in particolare, sentenza 18 luglio 2007, causa C 382/05, Commissione/Italia, Racc. pag. I 6657, punto 31).

39 La differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi (v., in particolare, sentenza 10 settembre 2009, causa C 206/08, WAZV Gotha, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 51). «Un appalto pubblico di servizi» ai sensi delle direttive 2004/18 e 2004/17 comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (v., in particolare, sentenza 13 ottobre 2005, causa C 458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I 8585, punto 39). Si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v., in particolare, sentenze 13 novembre 2008, causa C 437/07, Commissione/Italia, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 29 e 31, nonché WAZV Gotha, cit., punti 59 e 68).

40 Il giudice del rinvio fa riferimento alla costituenda società mista pubblico-privata da istituire in qualità di «concessionario» della gestione del servizio integrato idrico. Dal fascicolo emerge che la durata dell'operazione è fissata a trent'anni.

41 Parimenti, il governo italiano osserva che si tratta in modo del tutto evidente dell'affidamento di un pubblico servizio attraverso concessione trentennale, il cui principale corrispettivo consiste nella possibilità di richiedere agli utenti la tariffa idrica che la procedura di gara individua come compensativa del servizio reso.

42 La Corte presuppone quindi che si tratti di una concessione.

43 La Corte ha ravvisato l'esistenza di una concessione di servizi, in particolare, nei casi in cui la remunerazione del prestatore proveniva da pagamenti effettuati dagli utenti di un parcheggio pubblico, di un servizio di trasporto pubblico e di una rete di teledistribuzione (v. sentenze Parking Brixen, cit., punto 40; 6 aprile 2006, causa C 410/04, ANAV, Racc. pag. I 3303, punto 16, e 13 novembre 2008, causa C 324/07, Coditel Brabant, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 24).

44 L'art. 17 della direttiva 2004/18 dispone che, fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 3 della stessa direttiva, quest'ultima non si applica alle concessioni di servizi. Parimenti, l'art. 18 della direttiva 2004/17 ne esclude l'applicazione alle concessioni di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli artt. 3 e 7, quando la concessione ha per oggetto l'esercizio di dette attività.

45 È peraltro pacifico che l'esecuzione dei lavori collegati alla gestione esclusiva del servizio idrico integrato su cui verte la causa principale presentano carattere accessorio rispetto all'oggetto principale della concessione di cui trattasi consistente nella fornitura di detto servizio, di modo che quest'ultima non può essere qualificata come «concessione di lavori pubblici» (v., in tal senso, in particolare, sentenza 19 aprile 1994, causa C 331/92, Gestión Hotelera Internacional, Racc. pag. I 1329, punti 26-28, e art. 9, n. 1, della direttiva 2004/17).

46 Anche se i contratti di concessione di servizi pubblici sono esclusi dall'ambito applica-

tivo delle direttive 2004/18 e 2004/17, le pubbliche autorità che li concludono sono tuttavia tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato CE in generale, e il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 18).

47 Le disposizioni del Trattato specificamente applicabili alle concessioni di servizi pubblici comprendono in particolare gli artt. 43 CE e 49 CE (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 19).

48 Oltre al principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, si applica alle concessioni di servizi pubblici anche il principio della parità di trattamento tra offerenti, e ciò anche in assenza di discriminazione sulla base della nazionalità (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 20).

49 I principi di parità di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza che permette all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi siano rispettati. L'obbligo di trasparenza posto a carico di detta autorità consiste nel dovere di garantire, ad ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 21).

50 Risulta inoltre dall'art. 86, n. 1, CE che gli Stati membri non possono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'affidamento di concessioni di servizi pubblici senza procedura concorrenziale, poiché un simile affidamento viola gli artt. 43 CE o 49 CE o ancora i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 23).

51 L'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione, è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sul concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto concessionario realizza la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 24). In un caso siffatto, l'indizione della gara non è obbligatoria, anche se la controparte contrattuale è un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice (v., in particolare, sentenza 10 settembre 2009, causa C 573/07, Sea, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 36).

52 Detta giurisprudenza rileva sia per l'interpretazione delle direttive 2004/18 e 2004/17 sia per quella degli artt. 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui essi costituiscono la specifica espressione (v., in particolare, sentenza Sea, cit., punto 37).

53 La partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi (v., in particolare, sentenza Sea, cit., punto 46).

54 Tale è il caso della concessione di cui trattasi nella causa principale, nel contesto della quale il socio privato deve sottoscrivere il 49% del capitale sociale della società a capitale misto alla quale è stata attribuita la concessione in questione.

55 Pertanto, occorre stabilire con maggiore precisione se l'affidamento del servizio pubblico in questione alla società mista pubblico-privata senza indizione di gara specifica sia compatibile con il diritto comunitario, dal momento che la gara d'appalto finalizzata all'individuazione del socio privato cui affidare la gestione integrale del servizio idrico è stata effet-

tuata nel rispetto degli artt. 43 CE e 49 CE nonché dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità, così come dell'obbligo di trasparenza che ne discende.

56 Dalla giurisprudenza emerge che l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza indizione di gara pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento, nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale di detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti (sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 51, nonché 10 novembre 2005, causa C 29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I 9705, punto 48).

57 Peraltro, come osservato al punto 2.1 della Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) (GU 2008, C 91, pag. 4), il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di concessioni.

58 Tuttavia, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 85 delle sue conclusioni, introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quello su cui verte la causa principale, poiché l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo.

59 Sebbene la mancanza di gara nel contesto dell'aggiudicazione di servizi risulti inconciliabile con gli artt. 43 CE e 49 CE e con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, la scelta del socio privato nel rispetto degli obblighi ricordati ai punti 46-49 della presente sentenza e l'individuazione dei criteri di scelta del socio privato consentono di ovviare a detta situazione, dal momento che i candidati devono provare, oltre alla capacità di diventare azionisti, anzitutto la loro perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta.

60 Dato che i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata, come nella fattispecie di cui alla causa principale, l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario.

61 Il ricorso, in tale situazione, a una duplice procedura, in primo luogo, per la selezione del socio privato della società a capitale misto e, in secondo luogo, per l'aggiudicazione della concessione a detta società sarebbe tale da disincentivare gli enti privati e le autorità pubbliche dalla costituzione di partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quelli di cui trattasi nella causa principale, a motivo della durata inerente alla realizzazione di siffatte gare e dell'incertezza giuridica per quanto attiene all'aggiudicazione della concessione al socio privato previamente selezionato.

62 Occorre precisare che una società a capitale misto, pubblico e privato, come quella di cui trattasi nella causa principale deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera

durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara (v., in tal senso, sentenza 19 giugno 2008, causa C 454/06, presstext Nachrichtenagentur, Racc. pag. I 4401, punto 34).

63 Tenuto conto di quanto precedentemente considerato, si deve risolvere la questione sottoposta nel senso che gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni.

Sulle spese

64 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni.

Sulla coerenza del disegno comunitario del regime di ingresso e soggiorno dei cittadini stranieri

*(Corte di giustizia, Terza Sezione, sentenza del 22 ottobre 2009
nelle cause riunite C-261/08 e C-348/08)*

Con la decisione in commento, la Corte di Giustizia chiarisce la portata dell'art. 11, par. 3, regolamento n. 562/2006, che nella traduzione spagnola sembrava affermare un obbligo di espulsione – per gli Stati membri – dei cittadini stranieri non in grado di dimostrare la persistenza del loro diritto di soggiorno, mentre in tutte le traduzioni è al contrario prevista una semplice facoltà di espulsione.

La decisione, nel far prevalere la versione vigente in tutte le altre traduzioni, giunge a una conclusione tutto sommato scontata.

Essa si segnala però per affrontare in maniera esplicita la portata dell'art. 23, Convenzione applicativa dell'accordo di Schengen (CAAS), senza però fugare i dubbi che ruotano attorno a questa disposizione.

È opportuno ricordare che la disciplina comunitaria in tema di ingresso e soggiorno di cittadini stranieri (ossia provenienti da Paesi terzi) era prima contenuta nella CAAS: con il regolamento n. 562/2006, alcune delle disposizioni della CAAS sono state abrogate e riportate nel regolamento stesso (sono gli articoli da 2 a 8, CAAS).

La norma centrale è l'art. 5 (prima della CAAS, ora del regolamento) che individua le condizioni che, a livello comunitario, i Paesi membri si obbligano a far rispettare per consentire l'ingresso nell'area Schengen di cittadini stranieri per soggiorni brevi fino a tre mesi.

L'art. 5, par. 1 elenca le condizioni che (salve alcune deroghe elencate tassativamente dal par. 4) devono essere tutte possedute dallo straniero che aspira a ottenere il visto d'ingresso, in mancanza di una delle quali gli Stati membri sono tenuti a respingere la domanda di ingresso.

L'art. 13 del regolamento precisa che “sono respinti”, quindi è obbligatorio per gli Stati membri respingere, i cittadini di Paesi terzi che non soddisfino tutte le condizioni d'ingresso previste dall'art. 5.

A fronte di queste norme rigorose, che non offrono ai legislatori nazionali spazi di apertura (se non limitatissimi e contingentati dal par. 4 dello stesso art. 5), e che riguardano il momento dell'“ingresso”, si rinvengono alcune disposizioni in tema di “soggiorno” sicuramente derogatorie, che fanno emergere qualche dubbio sulla coerenza complessiva del disegno comunitario.

Esse si rinvengono nell'art. 11, regolamento 562/2006, e negli artt. 23 e 25, CAAS.

L'art. 11, par. 6, regolamento 562/2006 stabilisce che se il cittadino straniero non è in grado di dimostrare la data di ingresso nel Paese membro, e dunque di aver rispettato i limiti di durata autorizzata del suo soggiorno, le autorità competenti “possono” espellerlo, dal proprio territorio.

Dunque da un lato l'art. 5 impone a tutti gli Stati membri di non consentire l'ingresso a cittadini stranieri (e, ai sensi dell'art. 13, regolamento 562/2006, respingerli) quando non abbiano i requisiti richiesti, dall'altro lato l'art. 11 attribuisce solo una facoltà di espellere il cittadino straniero che, parimenti, non ha più i requisiti per soggiornare nell'ambito territoriale comunitario.

Un'altra deroga, a valle, in fase di concessione del titolo di soggiorno, alle regole rigorose sull'ingresso, è contenuta nell'art. 25, CAAS, che ammette il rilascio del permesso di soggiorno a cittadini stranieri che non avrebbero titolo per fare ingresso nell'Unione Europea, in quanto segnalati nel sistema SIS (v. art. 5, par. 1, lett. d), regolamento 562/2006), qualora sussistano “motivi seri”, e previa consultazione del Paese che ha effettuato la segnalazione.

E' significativo che invece l'art. 11, par. 6 cit. non contenga alcuna delimitazione della facoltà di decidere se espellere o meno lo straniero privo di titolo, senza subordinarla, ad esempio, alla sussistenza di motivi seri, ad esempio a carattere umanitario.

L'art. 11, par. 6 va peraltro coordinato con la norma più generale contenuta nell'art. 23, CAAS che regola complessivamente tutte le ipotesi in cui lo straniero non soddisfi o non soddisfi più le condizioni di soggiorno di breve durata applicabili nel territorio di una delle Parti contraenti (tra le quali, pertanto, anche quelle di cui all'art. 5, regolamento 562/2006), e il cui contenuto racchiude sinteticamente le contraddizioni interne al sistema.

Infatti il par. 1 dell'art. 23 stabilisce che lo straniero che non ha più titolo per soggiornare deve “in linea di principio lasciare senza indugio i territori delle Parti contraenti”; il par. 3 precisa che se non lo fa volontariamente, esso “deve essere allontanato dal territorio della Parte contraente nel quale è stato fermato”.

Sembra quindi configurarsi un obbligo del Paese che ferma lo straniero privo di titolo per soggiornare ad allontanarlo dal territorio, ossia, per utilizzare la terminologia italiana, ad espellerlo.

L'obbligo in parola è peraltro subito attenuato laddove lo stesso par. 3 dell'art. 23 precisa che l'allontanamento debba avvenire “alle condizioni previste dal diritto nazionale”, così non chiarendo se per “condizioni” si intendono le modalità (che quindi in nulla intaccano la portata dell'obbligo di espulsione), ovvero i presupposti, il che invece porterebbe a un sensibile ridimensionamento della natura vincolante della prescrizione in esame: se è il diritto nazionale a stabilire in quali casi lo straniero irregolare può o deve essere espulso, allora che significato ha il par. 3 laddove parla di obbligo di allonta-

namento a carico del Paese in cui è stato fermato?

E' un obbligo dello Stato verso gli altri Stati contraenti, o è una semplice facoltà rimessa alle scelte dei legislatori nazionali?

Ad aggrovigliare ulteriormente la matassa è la seconda parte del par. 3 che contempla la possibilità che in applicazione del diritto nazionale l'allontanamento non sia consentito, nel qual caso il Paese in questione può ammettere l'interessato a soggiornare nel suo territorio.

Pare evidente quindi che non sussista alcun obbligo per i legislatori nazionali di prevedere l'allontanamento dello straniero irregolare ai sensi del par. 3, ma ciò non spiega come possa "tenere" l'ordinamento comunitario sia in relazione al passaggio dello stesso par. 3 in cui si dice che lo straniero irregolare "deve essere allontanato", sia in considerazione dei principi di chiusura delle frontiere esterne sanciti inderogabilmente dall'art. 5, regolamento 562/2006, e di quelle interne stabiliti dagli artt. 19, 20 e 21, CAAS.

Appare infatti alquanto contraddittorio un ordinamento comunitario che sancisce l'obbligo di respingimento degli stranieri irregolari che non soddisfino le condizioni sancite dall'art. 5, regolamento 562/2006, ma nel contempo rimette ai Paesi membri la facoltà (quindi il "non obbligo") di espellere lo straniero irregolare che abbia ormai varcato illegalmente le frontiere esterne, o comunque si sia trattenuto per un tempo superiore a quello consentito.

Ingresso e soggiorno non possono infatti che essere strettamente connessi tra loro, non potendo configurarsi - per ovvie ragioni di certezza del diritto - diversità di trattamento tra due stranieri irregolari, di cui uno sia stato fermato alla frontiera esterna, e l'altro sia riuscito illegalmente a varcarla.

Se dunque l'ingresso dello straniero irregolare è ammissibile solo quando vi siano eccezionali condizioni (quelle sancite dall'art. 5, regolamento 562/2006: "motivi umanitari o di interesse nazionale" o adempimento di "obblighi internazionali"), dovrebbe coerentemente affermarsi che anche il soggiorno (o il suo perpetuarsi) sia limitato al possesso dei medesimi requisiti, senza margini di valutazione per gli Stati membri.

Questo per l'ovvia considerazione, riportata anche nel n. 6 del preambolo del regolamento 562/2006, che "il controllo di frontiera è nell'interesse non solo dello Stato membro alle cui frontiere esterne viene effettuato, ma di tutti gli Stati membri che hanno abolito il controllo di frontiera interno".

*Avv. Lorenzo D'Ascia**

(*) Avvocato dello Stato.

Corte di giustizia (Terza Sezione) sentenza del 22 ottobre 2009 nelle cause riunite C-261/08 e C-348/08 - Pres. P. Lindh, Avv. gen. J. Kokott - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal Superior de Justicia de Murcia - Spagna - María Julia Zurita García (C-261/08), Aurelio Choque Cabrera (C-348/08) / Delegado del Gobierno en la Región de Murcia. (Per il governo italiano avv.ti Stato G. Fiengo e W. Ferrante).

«Visti, asilo, immigrazione – Misure relative all’attraversamento delle frontiere esterne – Art. 62, punti 1 e 2, lett. a), CE – Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen – Artt. 6 ter e 23 – Regolamento (CE) n. 562/2006 – Artt. 5, 11 e 13 – Presunzione riguardante la durata del soggiorno – Cittadini di paesi terzi in situazione irregolare nel territorio di uno Stato membro – Normativa nazionale che consente di imporre, a seconda delle circostanze, o una sanzione pecuniaria o l’espulsione»

(Omissis)

1 Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull’interpretazione dell’art. 62, punti 1 e 2, lett. a), CE nonché degli artt. 5, 11 e 13 del regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 15 marzo 2006, n. 562, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) (GU L 105, pag. 1).

2 Tali domande sono state presentate nell’ambito di due controversie che vedono opposti cittadini boliviani, ossia la sig.ra Zurita García (causa C 261/08) e il sig. Choque Cabrera (causa C 348/08), al Delegado del Gobierno nella Región de Murcia (rappresentante governativo nella regione della Murcia; in prosieguo: il «Delegado del Gobierno») in merito ai provvedimenti d’espulsione dal territorio spagnolo, corredati del divieto d’ingresso nello spazio Schengen per cinque anni, adottati nei loro confronti.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

Il protocollo di Schengen

3 Ai sensi dell’art. 1 del protocollo sull’integrazione dell’acquis di Schengen nell’ambito dell’Unione europea, allegato al Trattato sull’Unione europea e al Trattato che istituisce la Comunità europea dal Trattato di Amsterdam (in prosieguo: il «protocollo»), tredici Stati membri dell’Unione europea sono autorizzati ad instaurare tra loro una cooperazione rafforzata nel campo di applicazione dell’acquis di Schengen, come definito nell’allegato di detto protocollo. Tale cooperazione è realizzata nell’ambito istituzionale e giuridico dell’Unione europea e nel rispetto delle pertinenti disposizioni del Trattato sull’Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea.

4 In forza dell’art. 2, n. 1, primo comma, del protocollo, a decorrere dall’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, vale a dire dal 1° maggio 1999, l’acquis di Schengen si applica immediatamente ai tredici Stati membri elencati nell’art. 1 del protocollo medesimo.

5 In particolare, rientrano in detto acquis l’Accordo fra i governi degli Stati dell’Unione economica del Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese, relativo all’eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmato a Schengen il 14 giugno 1985 (GU 2000, L 239, pag. 13), nonché la Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen, firmata a Schengen il 19 giugno 1990 (GU 2000, L 239, pag. 19), come modificata dal regolamento (CE) del Consiglio 13 dicembre 2004, n. 2133, che stabilisce l’obbligo, per le autorità competenti degli Stati membri, di procedere all’apposizione sistematica

di timbri sui documenti di viaggio dei cittadini di paesi terzi al momento dell'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri e che modifica a tal fine le disposizioni della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e del manuale comune (GU L 369, pag. 5; in prosieguo: la «CAAS»).

6 In applicazione dell'art. 2, n. 1, secondo comma, seconda frase, del protocollo, il Consiglio dell'Unione europea ha adottato la decisione 20 maggio 1999, 1999/436/CE, che determina, in conformità delle pertinenti disposizioni del Trattato che istituisce la Comunità europea e del Trattato sull'Unione europea, la base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni che costituiscono l'acquis di Schengen (GU L 176, pag. 17). Dall'art. 2 di tale decisione, in combinato disposto con l'allegato A della medesima, risulta che il Consiglio ha indicato gli artt. 62 CE e 63 CE, che fanno parte del titolo IV del Trattato CE, rubricato «Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone», quali fondamenti normativi dell'art. 23 della CAAS.

La CAAS

7 L'art. 6 ter della CAAS dispone quanto segue:

«1. Se il documento di viaggio di un cittadino di un paese terzo non reca il timbro d'ingresso, le autorità nazionali competenti possono presumere che il titolare non soddisfa o non soddisfa più le condizioni relative alla durata del soggiorno applicabili nello Stato membro in questione.

2. Questa presunzione può essere confutata qualora il cittadino del paese terzo fornisca, in qualsiasi modo, elementi di prova attendibile, come biglietti di viaggio o giustificativi della sua presenza fuori del territorio degli Stati membri, che dimostrino che l'interessato ha rispettato le condizioni relative alla durata di un soggiorno breve.

(...)

3. Se la presunzione di cui al paragrafo 1 non è confutata, le autorità competenti possono espellere il cittadino [del] paese terzo dal territorio de[llo] Stat[o] membr[o] in questione».

8 Ai termini dell'art. 23 della CAAS:

«1. Lo straniero che non soddisfa o che non soddisfa più le condizioni di soggiorno di breve durata applicabili nel territorio di una delle Parti contraenti deve, in linea di principio, lasciare senza indugio i territori delle Parti contraenti.

(...)

3. Qualora lo straniero di cui sopra non lasci volontariamente il territorio o se può presumersi che non lo farà, ovvero se motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico impongono l'immediata partenza dello straniero, quest'ultimo deve essere allontanato dal territorio della Parte contraente nel quale è stato fermato, alle condizioni previste dal diritto nazionale di tale Parte contraente. Se in applicazione di tale legislazione l'allontanamento non è consentito, la Parte contraente interessata può ammettere l'interessato a soggiornare nel suo territorio.

(...)

5. Le disposizioni del paragrafo 4 non ostano alle disposizioni nazionali relative al diritto di asilo né all'applicazione della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati, quale emendata dal Protocollo di New York del 31 gennaio 1967, né alle disposizioni del paragrafo 2 del presente articolo e dell'articolo 33, paragrafo 1 della presente Convenzione».

Il regolamento n. 562/2006

9 Il regolamento n. 562/2006 codifica i testi esistenti in materia di controllo alle frontiere e mira a consolidare e sviluppare il corpus legislativo della politica di gestione integrata delle

frontiere precisando le norme relative all'attraversamento delle frontiere esterne.

10 Ai sensi dell'art. 5 di detto regolamento, relativo alle condizioni d'ingresso per i cittadini di paesi terzi:

«1. Per un soggiorno non superiore a tre mesi nell'arco di sei mesi, le condizioni d'ingresso per i cittadini di paesi terzi sono le seguenti:

a) essere in possesso di uno o più documenti di viaggio validi che consentano di attraversare la frontiera;

b) essere in possesso di un visto valido, se richiesto a norma del regolamento (CE) n. 539/2001 del Consiglio, del 15 marzo 2001, che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo [GU L 81, pag. 1], salvo che si sia in possesso di un permesso di soggiorno valido;

c) giustificare lo scopo e le condizioni del soggiorno previsto e disporre dei mezzi di sussistenza sufficienti, sia per la durata prevista del soggiorno sia per il ritorno nel paese di origine o per il transito verso un paese terzo nel quale l'ammissione è garantita, ovvero essere in grado di ottenere legalmente detti mezzi;

d) non essere segnalato nel [sistema d'informazione Schengen] ai fini della non ammissione;

e) non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri, in particolare non essere oggetto di segnalazione ai fini della non ammissione nelle banche dati nazionali degli Stati membri per gli stessi motivi.

(...)».

11 La formulazione dell'art. 11, nn. 1 e 3, del regolamento n. 562/2006, relativo alla presunzione in ordine alle condizioni relative alla durata del soggiorno, ha ripreso quella dell'art. 6 ter, nn. 1 e 3, della CAAS, salvo nella versione in lingua spagnola, che al n. 3 del citato art.

11 così dispone:

«Se la presunzione di cui al paragrafo 1 non è confutata, le autorità competenti espellono il cittadino [del] paese terzo dal territorio de[llo] Stat[o] membr[o] in questione».

12 A norma dell'art. 13 di detto regolamento, che riguarda il respingimento:

«1. Sono respinti dal territorio degli Stati membri i cittadini di paesi terzi che non soddisfino tutte le condizioni d'ingresso previste dall'articolo 5, paragrafo 1, e non rientrino nelle categorie di persone di cui all'articolo 5, paragrafo 4. Ciò non pregiudica l'applicazione di disposizioni particolari relative al diritto d'asilo e alla protezione internazionale o al rilascio di visti per soggiorno di lunga durata.

(...)».

13 Ai sensi dell'art. 39, n. 1, di questo stesso regolamento, gli artt. 2 e 8 della CAAS sono abrogati con effetto dal 13 ottobre 2006.

14 In forza del suo art. 40, il regolamento n. 562/2006 è entrato in vigore il 13 ottobre 2006.

La normativa nazionale

15 La legge organica 11 gennaio 2000, n. 4/2000, sui diritti e le libertà degli stranieri in Spagna e sulla loro integrazione sociale (Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) (BOE n. 10 del 12 gennaio 2000, pag. 1139), è stata modificata dalla legge organica 22 dicembre 2000, n. 8/2000 (BOE n. 307 del 23 dicembre 2000, pag. 45508), nonché dalla legge organica 20 novembre 2003, n. 14/2003 (BOE n. 279 del 21 novembre 2003, pag. 41193; in prosieguo: la «legge sugli stranieri»).

16 L'art. 28, n. 3, della legge sugli stranieri, che disciplina l'uscita degli stranieri dalla Spagna, prevede quanto segue:

«L'uscita [dal territorio spagnolo] è obbligatoria nelle seguenti situazioni:

(...)

c) in caso di rigetto amministrativo delle domande formulate dallo straniero per restare nel territorio spagnolo o in mancanza d'autorizzazione a soggiornare in Spagna».

17 In forza dell'art. 51 della legge sugli stranieri, le violazioni delle disposizioni relative all'ingresso e al soggiorno degli stranieri sono classificate in base alla loro gravità in «lievi», «gravi» e «gravissime».

18 L'art. 53, lett. a), di detta legge definisce violazione grave:

«il fatto di soggiornare illegalmente nel territorio nazionale spagnolo per non aver ottenuto una proroga del soggiorno o un permesso di soggiorno o perché tali documenti sono scaduti da più di tre mesi, senza che l'interessato ne abbia chiesto il rinnovo entro il termine prescritto».

19 Ai termini dell'art. 55 della legge sugli stranieri, la sanzione in cui si incorre in caso di violazione grave è un'ammenda di EUR 6 000 al massimo. Al momento di irrogare la sanzione, l'autorità competente deve applicare criteri di proporzionalità, tenendo conto del grado di colpevolezza, del danno causato, del rischio derivante dalla violazione nonché delle relative ripercussioni.

20 L'art. 57 della legge sugli stranieri, relativo all'espulsione dal territorio, dispone quanto segue:

«1. Se i trasgressori sono stranieri la cui condotta viene qualificata dalla legge come violazione gravissima o grave ai sensi dell'art. 53, lett. a), b), c), d), o f), della presente legge organica, in esito al corrispondente procedimento amministrativo può essere disposta, invece dell'ammenda, l'espulsione dal territorio nazionale spagnolo.

2. Costituisce altresì causa di espulsione, previo esperimento del corrispondente procedimento amministrativo, la condanna dello straniero, in Spagna o al di fuori, per un comportamento doloso che nel nostro paese è costitutivo di un reato punito con una pena privativa della libertà personale superiore a un anno, salvo che i precedenti penali siano stati cancellati dal casellario giudiziale.

3. Le sanzioni dell'espulsione e dell'ammenda non possono in alcun caso essere applicate cumulativamente.

(...)».

21 L'art. 158 del regio decreto 30 dicembre 2004, n. 2393/2004, che ha adottato il regolamento d'applicazione della legge sugli stranieri (Reglamento de la Ley de Extranjería) (BOE n. 6 del 7 gennaio 2005, pag. 485), così dispone:

«1. In mancanza di autorizzazione a soggiornare in Spagna, in particolare perché non sono soddisfatte o non sono più soddisfatte le condizioni di ingresso o di soggiorno, oppure in caso di rigetto amministrativo di domande di proroga di soggiorno, di permessi di residenza o di qualsiasi altro documento necessario affinché lo straniero possa restare in territorio spagnolo, (...) la decisione amministrativa deve informare l'interessato del suo obbligo di lasciare il paese, fermo restando che sia fatta menzione di tale intimazione nel passaporto o in un documento analogo oppure in un documento a parte qualora l'interessato si trovi in Spagna munito di un documento di identità che non consente di apporre la menzione ad hoc.

(...)

2. L'uscita obbligatoria dovrà avvenire nel termine previsto dalla decisione di rigetto della

domanda o, eventualmente, entro il termine massimo di quindici giorni dalla notifica della decisione di rigetto, salvo che si verifichino circostanze eccezionali e l'interessato possa provare di averi mezzi di sussistenza sufficienti; in tal caso, il termine può essere prorogato fino a un massimo di novanta giorni. Trascorso il termine senza che l'interessato abbia lasciato il territorio nazionale, si applicheranno le disposizioni previste dal presente regolamento per i casi cui si riferisce l'art. 53, lett. a), della legge [sugli stranieri].

3. Se gli stranieri cui si riferisce il presente articolo lasciano effettivamente il territorio spagnolo conformemente a quanto disposto ai precedenti paragrafi, non sarà loro negato l'ingresso nel paese e essi potranno tornare in Spagna, nel rispetto delle norme che disciplinano l'accesso al territorio spagnolo.

(...)».

22 Emerge dalle decisioni di rinvio che le succitate disposizioni nazionali sono interpretate dal Tribunal Supremo nel senso che, essendo l'espulsione una sanzione, la decisione che la dispone deve essere motivata in maniera specifica e deve rispettare il principio di proporzionalità.

23 Risulta dagli atti sottoposti alla Corte che, nella pratica, quando un cittadino di un paese terzo non ha titolo per entrare o soggiornare in Spagna e la sua condotta non ha dato luogo a circostanze aggravanti, la sanzione irrogata deve limitarsi a un'ammenda, in mancanza di ulteriori elementi che giustifichino la sostituzione dell'ammenda con l'espulsione.

Controversie principali e questione pregiudiziale

24 Nella causa C 261/08, il 26 settembre 2006 le autorità competenti avviavano un procedimento amministrativo per violazione dell'art. 53, lett. a), della legge sugli stranieri nei confronti della sig.ra Zurita García, cittadina boliviana che si trovava in situazione irregolare in Spagna perché o non aveva ottenuto la proroga del soggiorno o il permesso di residenza, oppure perché tali documenti erano scaduti da oltre tre mesi senza che l'interessata ne avesse chiesto il rinnovo.

25 Detto procedimento si concludeva il 15 novembre 2006 con l'adozione di una decisione del Delegado del Gobierno, che disponeva l'espulsione dell'interessata dal territorio spagnolo. Tale sanzione era accompagnata dal divieto di entrare nel territorio dello spazio Schengen per cinque anni.

26 La sig.ra Zurita García contestava detta decisione dinanzi al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 6 de Murcia, il quale respingeva il ricorso in primo grado. In appello, l'interessata sosteneva che questa stessa decisione avrebbe dovuto essere annullata poiché l'amministrazione non aveva correttamente applicato il principio di proporzionalità nel valutare le circostanze della fattispecie, le quali non giustificavano assolutamente la sostituzione dell'ammenda con l'espulsione.

27 Nella causa C 348/08, con decisione 30 luglio 2007, il Delegado del Gobierno disponeva l'espulsione dal territorio spagnolo del sig. Choque Cabrera, cittadino boliviano che si trovava in situazione irregolare in Spagna, ai sensi dell'art. 53, lett. a), della legge sugli stranieri, perché o non aveva ottenuto la proroga del soggiorno o il permesso di residenza, oppure perché tali documenti erano scaduti da oltre tre mesi senza che l'interessato ne avesse chiesto il rinnovo. Tale sanzione era accompagnata dal divieto di entrare nel territorio dello spazio Schengen per cinque anni.

28 Il sig. Choque Cabrera contestava detta decisione dinanzi al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 4 de Murcia, il quale respingeva il ricorso in primo grado. In appello, l'interessato sosteneva che questa stessa decisione avrebbe dovuto essere annullata poiché le

autorità non avevano correttamente applicato il principio di proporzionalità nel valutare le circostanze della fattispecie e non avrebbero motivato la sostituzione dell'ammenda con l'espulsione.

29 Alla luce di tali premesse, il Tribunal Superior de Justicia de Murcia ha deciso di sospendere i due procedimenti di cui era investito e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale, che è formulata in termini identici in ognuna di dette cause:

«Se le norme del Trattato (...), in particolare il suo art. 62, punti 1 e 2, lett. a), CE nonché il regolamento [n. 562/2006], segnatamente i suoi artt. 5, 11 e 13, debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale, quale quella spagnola e la giurisprudenza che la interpreta, la quale ammette la possibilità di sostituire con l'irrogazione di un'ammenda l'espulsione di un "cittadino di un paese terzo" sprovvisto di un titolo che autorizzi l'ingresso o il soggiorno nel territorio dell'Unione europea».

30 Con ordinanza del presidente della Terza Sezione 27 marzo 2007, i procedimenti C 261/08 e C 348/08 sono stati riuniti ai fini della fase orale del procedimento nonché della sentenza.

Sulla questione pregiudiziale

Sulla ricevibilità della questione sollevata nella causa C 261/08

31 Il governo spagnolo eccepisce l'irricevibilità della questione sollevata nella causa C 261/08 perché sarebbe puramente ipotetica.

32 Esso sostiene che il principio di irretroattività della legge penale osterebbe all'applicazione *ratione temporis* dell'obbligo, eventualmente previsto all'art. 11, n. 3, del regolamento n. 562/2006, di sanzionare con l'espulsione i fatti di cui alla causa principale, in quanto tale regolamento è entrato in vigore solo il 13 ottobre 2006, mentre la situazione irregolare nel territorio spagnolo della ricorrente nella causa principale era già stata denunciata il 26 settembre 2006.

33 A parere del governo spagnolo, dal momento che nella causa principale si tratta di una pratica amministrativa sanzionatoria, cui si applicano gli stessi principi sanciti nel processo penale, in particolare il principio di legalità e quello di tipicità, la normativa applicabile dovrebbe essere quella che era in vigore alla data dei fatti denunciati e non quella applicabile alla data dell'adozione da parte delle autorità nazionali della decisione d'espulsione, vale a dire il 15 novembre 2006, posizione che il giudice del rinvio pare sostenere.

34 A tale riguardo occorre ricordare che, nell'ambito di un procedimento ex art. 234 CE, basato sulla netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, ogni valutazione dei fatti di causa rientra nella competenza del giudice nazionale. Parimenti, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a pronunciarsi (v., segnatamente, sentenze 25 febbraio 2003, causa C 326/00, IKA, Racc. pag. I 1703, punto 27, 12 aprile 2005, causa C 145/03, Keller, Racc. pag. I 2529, punto 33, 22 giugno 2006, causa C 419/04, Conseil général de la Vienne, Racc. pag. I 5645, punto 19, e 16 luglio 2009, causa C 537/07, Gómez Limón, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 24).

35 Il rifiuto di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti manifestamente che la richiesta interpretazione del diritto comu-

nitario non ha alcuna relazione con la realtà o con l'oggetto della causa principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le sono sottoposte (v., in particolare, sentenze 13 marzo 2001, causa C 379/98, PreussenElektra, Racc. pag. I 2099, punto 39; 22 gennaio 2002, causa C 390/99, Canal Satélite Digital, Racc. pag. I 607, punto 19, e Gómez-Limón, cit., punto 25).

36 Tuttavia, la Corte ha parimenti affermato che, in ipotesi eccezionali, le spetta esaminare le condizioni in cui è adita dal giudice nazionale al fine di verificare la propria competenza (v., in tal senso, sentenza 16 dicembre 1981, causa 244/80, Foglia, Racc. pag. 3045, punto 21). Infatti, lo spirito di collaborazione che deve presiedere allo svolgimento del procedimento pregiudiziale implica che il giudice nazionale, dal canto suo, tenga presente la funzione di cui la Corte è investita, che è quella di contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri e non di esprimere pareri a carattere consultivo su questioni generali o ipotetiche (sentenze Foglia, cit., punti 18 e 20; 3 febbraio 1983, causa 149/82, Robards, Racc. pag. 171, punto 19, nonché 16 luglio 1992, causa C 83/91, Meilicke, Racc. pag. I 4871, punto 25).

37 Nel caso di specie occorre rilevare che, alla data in cui è stata denunciata la situazione irregolare nel territorio spagnolo della ricorrente nella causa principale del procedimento C 261/08, vale a dire il 26 settembre 2006, il regolamento n. 562/2006 non era ancora entrato in vigore, cosicché ci si può chiedere se occorra interpretare detto regolamento rispetto ai fatti che hanno dato origine a tale causa.

38 È l'art. 6 ter della CAAS e non l'art. 11, n. 3, del regolamento n. 562/2006 che dovrebbe applicarsi, qualora la data dei fatti fosse il criterio che determina la legge applicabile *ratione temporis* nella causa C 261/08. Infatti, l'art. 6 ter della CAAS è fra quelli abrogati, in forza dell'art. 39 del regolamento n. 562/2006, a far data dal 13 ottobre 2006.

39 Tuttavia, come sottolineato dall'avvocato generale al paragrafo 27 delle sue conclusioni, l'art. 11, n. 3, del regolamento n. 562/2006 non fa altro che riprendere il dettato dell'art. 6 ter, n. 3, della CAAS, che era in vigore al momento in cui è stata denunciata la situazione irregolare nel territorio spagnolo della ricorrente nella causa principale.

40 Inoltre, occorre constatare che il giudice del rinvio ha sottoposto alla Corte una questione pregiudiziale, dello stesso tenore, nell'ambito della controversia che ha originato la causa riunita C 348/08, i cui fatti si sono prodotti quando detto regolamento era già in vigore.

41 Pertanto, occorre dichiarare ricevibile la questione sollevata in tali due cause riunite.

Nel merito

42 In via preliminare, occorre rilevare che la domanda d'interpretazione verte sull'art. 62, punti 1 e 2, lett. a), CE nonché sugli artt. 5, 11 e 13 del regolamento n. 562/2006.

43 Orbene, occorre precisare anzitutto che l'art. 62, punti 1 e 2, lett. a), CE costituisce il fondamento normativo dell'azione del Consiglio diretta a adottare misure volte a garantire che non vi siano controlli sulle persone all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne nonché misure relative all'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri e, come tale, non ha l'oggetto o l'effetto di attribuire diritti ai cittadini dei paesi terzi né d'imporre obblighi agli Stati membri.

44 Inoltre, l'art. 5 del regolamento n. 562/2006 stabilisce le condizioni d'ingresso per i cittadini di paesi terzi all'atto dell'attraversamento di una frontiera esterna per un soggiorno non superiore a tre mesi nell'arco di sei mesi, mentre l'art. 13 di detto regolamento riguarda il respingimento dal territorio degli Stati membri dei cittadini di paesi terzi che non soddisfino tutte le dette condizioni.

45 Di conseguenza, gli artt. 5 e 13 del regolamento n. 562/2006 non disciplinano la situazione dei cittadini di paesi terzi, come la sig.ra Zurita García e il sig. Choque Cabrera, i quali si trovavano già nel territorio spagnolo, da data indeterminata, quando è stato emesso nei loro confronti l'ordine d'espulsione per soggiorno illegale.

46 Infine, alla luce del fatto che non si può escludere che gli artt. 6 ter e 23 della CAAS possano trovare applicazione, *ratione temporis*, nella causa C 261/08 (v. punti 37 e 38 della presente sentenza), come suggeriscono il governo austriaco e la Commissione delle Comunità europee, per fornire al giudice del rinvio una risposta utile, occorre prendere in considerazione detti articoli della CAAS nell'ambito dell'esame della questione pregiudiziale (v., per analogia, sentenze 29 gennaio 2008, causa C 275/06, *Promusicae*, Racc. pag. I 271, punto 46, e 3 aprile 2008, causa C 346/06, *Rüffert*, Racc. pag. I 1989, punto 18).

47 Infatti, come risulta dalla sua formulazione, l'art. 23 della CAAS si applica a tutti coloro i quali, non essendo cittadini di uno Stato membro, non soddisfano o non soddisfano più le condizioni di soggiorno di breve durata applicabili nel territorio di uno degli Stati membri, il che, stando alla descrizione dei fatti esposta nelle decisioni di rinvio, sembra corrispondere alla situazione sia della sig.ra Zurita García sia del sig. Choque Cabrera.

48 Ne consegue che, sottoponendo la questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli artt. 6 ter e 23 della CAAS nonché l'art. 11 del regolamento n. 562/2006 debbano essere interpretati nel senso che, quando un cittadino di un paese terzo si trova in situazione irregolare nel territorio di uno Stato membro perché non soddisfa o non soddisfa più le condizioni di soggiorno di breve durata ivi applicabili, tale Stato membro è obbligato ad adottare una decisione di espulsione nei suoi confronti.

49 Sia l'art. 6 ter, n. 1, della CAAS sia l'art. 11, n. 1, del regolamento n. 562/2006 stabiliscono una presunzione relativa secondo cui, se il documento di viaggio di un cittadino di un paese terzo non reca il timbro d'ingresso, le autorità nazionali competenti possono presumere che il titolare non soddisfi o non soddisfi più le condizioni relative alla durata del soggiorno applicabili nello Stato membro in questione.

50 L'art. 6 ter, n. 2, della CAAS, così come l'art. 11, n. 2, del regolamento n. 562/2006, permette di confutare tale presunzione mediante la presentazione, da parte del cittadino del paese terzo, in qualsiasi modo, di elementi di prova attendibili, come biglietti di viaggio o giustificativi della sua presenza fuori del territorio degli Stati membri, che dimostrino che l'interessato ha rispettato le condizioni relative alla durata di un soggiorno breve.

51 In forza dell'art. 6 ter, n. 3, della CAAS, nonché dell'art. 11, n. 3, del regolamento n. 562/2006, se la presunzione di cui al n. 1 di ciascuno di tali due articoli non è confutata, le autorità competenti possono espellere il cittadino del paese terzo dal territorio dello Stato membro in questione.

52 La Commissione sottolinea, giustamente, che esiste una discordanza tra il testo in lingua spagnola dell'art. 11, n. 3, del regolamento n. 562/2006 e quello delle altre versioni linguistiche.

53 Infatti, nella versione in lingua spagnola, tale disposizione impone un obbligo, in quanto prevede che le autorità competenti dello Stato membro interessato «espellono» dal suo territorio il cittadino di un paese terzo qualora la presunzione non sia confutata. In tutte le altre versioni linguistiche, invece, l'espulsione risulta essere una facoltà per le dette autorità.

54 Si deve a tal proposito ricordare che, conformemente ad una costante giurisprudenza, l'esigenza che un atto comunitario sia applicato e quindi interpretato in modo uniforme esclude la possibilità di considerare isolatamente una delle versioni, e rende al contrario necessaria

l'interpretazione basata sulla reale volontà del legislatore e sullo scopo da questo perseguito, alla luce, segnatamente, di tutte le versioni linguistiche (v., in particolare, sentenze 12 novembre 1969, causa 29/69, Stauder, Racc. pag. 419, punto 3; 7 luglio 1988, causa 55/87, Moxel Import und Export, Racc. pag. 3845, punto 15; 20 novembre 2001, causa C 268/99, Jany e a., Racc. pag. I 8615, punto 47, nonché 27 gennaio 2005, causa C 188/03, Junk, Racc. pag. I 885, punto 33).

55 Secondo una giurisprudenza parimenti consolidata, la formulazione utilizzata in una delle versioni linguistiche di una disposizione comunitaria non può essere l'unico elemento a sostegno dell'interpretazione di questa disposizione né si può attribuire ad essa, a tal riguardo, un carattere prioritario rispetto alle altre versioni linguistiche. Infatti, tale modo di procedere sarebbe in contrasto con la necessità di applicare in modo uniforme il diritto comunitario (v. sentenze 12 novembre 1998, causa C 149/97, *Institute of the Motor Industry*, Racc. pag. I 7053, punto 16; 3 aprile 2008, causa C 187/07, *Endendijk*, Racc. pag. I 2115, punto 23, nonché 9 ottobre 2008, causa C 239/07, *Sabatauskas e a.*, Racc. pag. I 7523, punto 38).

56 Nel caso di specie, essendo la versione in lingua spagnola dell'art. 11, n. 3, del regolamento n. 562/2006 l'unica a discostarsi dalla formulazione delle altre versioni linguistiche, occorre giungere alla conclusione che la volontà reale del legislatore non è stata quella d'imporre agli Stati membri interessati l'obbligo di espellere dal loro territorio il cittadino di un paese terzo se questi non riesce a confutare la presunzione di cui al n. 1 del medesimo articolo, ma quella di lasciar loro la facoltà di farlo.

57 Questa interpretazione è confermata, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 43 delle sue conclusioni, dal fatto che la versione in lingua spagnola dell'art. 6 ter della CAAS, la cui formulazione è stata ripresa all'art. 11 del regolamento n. 562/2006, è in linea con le altre versioni linguistiche quanto al carattere facoltativo, per gli Stati membri interessati, dell'espulsione del cittadino di un paese terzo che non riesce a confutare la detta presunzione.

58 Resta da esaminare se, come sostiene il governo austriaco, si evinca dall'art. 23 della CAAS che gli Stati membri devono espellere dal loro territorio qualunque cittadino di un paese terzo che vi soggiorni irregolarmente, a meno che non vi sia un motivo per accordare il diritto di asilo o una protezione internazionale. In tal senso, detta disposizione osterebbe a che uno Stato membro possa sostituire un provvedimento d'espulsione con l'irrogazione di un'ammenda.

59 Tale interpretazione dell'art. 23 della CAAS non può essere accolta.

60 Occorre sottolineare, a questo proposito, che la formulazione dell'art. 23 della CAAS non si riferisce ad un obbligo d'espulsione espresso in termini così rigidi, considerate le deroghe che contiene.

61 Da un lato, il n. 1 di detto art. 23, che fa parte del capitolo 4, dedicato alle condizioni di circolazione degli stranieri, del titolo II, relativo alla soppressione dei controlli alle frontiere interne e alla circolazione delle persone, privilegia la partenza volontaria del cittadino di un paese terzo che non soddisfa o non soddisfa più le condizioni di soggiorno di breve durata applicabili nel territorio dello Stato membro interessato.

62 Lo stesso dicasi del n. 2 dello stesso art. 23, secondo il quale il cittadino di un paese terzo che è in possesso di un titolo di soggiorno temporaneo in corso di validità rilasciato da un altro Stato membro deve recarsi senza indugio nel territorio di quest'ultimo.

63 Dall'altro lato, là dove l'art. 23, n. 3, della CAAS prevede che, in determinate circostanze, un cittadino di un paese terzo debba essere espulso dallo Stato membro nel territorio del quale è stato fermato, questa conseguenza è subordinata alle condizioni previste dal diritto

nazionale dello Stato membro interessato. Se in applicazione di tale diritto l'espulsione non è consentita, detto Stato membro può ammettere l'interessato a soggiornare nel suo territorio.

64 Spetta quindi al diritto nazionale di ciascuno Stato membro stabilire, in particolare per quanto riguarda le condizioni per procedere all'espulsione, le modalità d'applicazione delle norme di base stabilite all'art. 23 della CAAS, relative ai cittadini di paesi terzi che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni di soggiorno di breve durata applicabili nel suo territorio.

65 Nelle cause principali, risulta dalle informazioni fornite alla Corte nell'ambito della fase scritta del procedimento che, ai sensi del diritto nazionale, la decisione che irroga l'ammenda non è un titolo valido per un cittadino di un paese terzo in situazione irregolare per restare legalmente nel territorio spagnolo, che, a prescindere dal fatto che tale ammenda sia pagata o meno, tale decisione è notificata all'interessato con l'avvertimento di lasciare il territorio entro quindici giorni e che, se non ottempera all'obbligo, può essere perseguito ai sensi dell'art. 53, lett. a), della legge sugli stranieri e rischia di essere espulso con effetto immediato.

66 Di conseguenza, occorre risolvere la questione sollevata dichiarando che gli artt. 6 ter e 23 della CAAS nonché l'art. 11 del regolamento n. 562/2006 devono essere interpretati nel senso che, quando un cittadino di un paese terzo si trova in situazione irregolare nel territorio di uno Stato membro perché non soddisfa o non soddisfa più le condizioni di soggiorno di breve durata ivi applicabili, tale Stato membro non è obbligato ad adottare una decisione di espulsione nei suoi confronti.

Sulle spese

67 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

Gli artt. 6 ter e 23 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, del 14 giugno 1985, tra i governi degli Stati dell'Unione economica del Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese, relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen il 19 giugno 1990, come modificata dal regolamento (CE) del Consiglio 13 dicembre 2004, n. 2133, che stabilisce l'obbligo, per le autorità competenti degli Stati membri, di procedere all'apposizione sistematica di timbri sui documenti di viaggio dei cittadini di paesi terzi al momento dell'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri e che modifica a tal fine le disposizioni della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e del manuale comune, nonché l'art. 11 del regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 15 marzo 2006, n. 562, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), devono essere interpretati nel senso che, quando un cittadino di un paese terzo si trova in situazione irregolare nel territorio di uno Stato membro perché non soddisfa o non soddisfa più le condizioni di soggiorno di breve durata ivi applicabili, tale Stato membro non è obbligato ad adottare una decisione di espulsione nei suoi confronti.

La legittimazione dei soggetti pubblici a partecipare alle gare d'appalto

“Apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile”

(Corte di giustizia dell'Unione europea, Quarta Sezione, sentenza del 23 dicembre 2009 nella causa C-305/08)

La decisione della Corte di Giustizia 23 dicembre 2009, in causa C-305/08 CoNISMa, ancora una volta smentisce l'interpretazione, tutta italiana e fortemente difesa dalla giurisprudenza amministrativa, del diritto europeo della concorrenza e degli appalti come “*riserva esclusiva di caccia delle imprese private*”. Le strutture pubbliche singole o associate (nel caso di specie si trattava di un Consorzio nazionale interuniversitario per la scienza del mare) in grado di offrire ad amministrazioni aggiudicatrici beni e servizi, non possono essere legittimamente escluse in quanto tali dalle pubbliche gare e sono contrarie alle norme comunitarie le disposizioni delle leggi nazionali che ne limitano in astratto, con presunzione *iuris et de iure*, la legittimazione ad offrire.

I soggetti pubblici (le università, gli enti di ricerca, gli enti pubblici, ma anche le stesse strutture amministrative dello Stato e degli enti territoriali, in quanto dotate di autonomia organizzativa e funzionale) possono concorrere agli appalti di altre amministrazioni, ove tale attività risulti compatibile con i fini istituzionali (autorizzazione sulla compatibilità dell'attività svolta rispetto alla missione affidata) e la loro offerta non alteri *in concreto* (perché anomala e/o perché sorretta da evidenti aiuti di Stato) il quadro di sostanziale concorrenza tra i vari offerenti. La natura pubblica, la mancanza di fini di lucro e la stessa presenza di apporti pubblici, che non incidano direttamente sull'offerta formulata, sono - secondo la Corte - aspetti del tutto irrilevanti per la normativa comunitaria.

La decisione dei giudici europei si muove in una linea evolutiva coerente con le più recenti pronunce sull'*in house providing* e sul partenariato pubblico/privato ed indicano una sostanziale rivalutazione del ruolo dell'iniziativa pubblica nel contesto della stessa tutela della concorrenza e del mercato: l'operatore economico pubblico svolge infatti un'importante funzione di promozione nella sperimentazione di nuove iniziative ed assicura comunque alle amministrazioni aggiudicatrici un utile strumento di “paragone”.

Una rilettura critica della normativa nazionale italiana sugli appalti di lavori pubblici e sulle concessioni di servizi alla luce di questi orientamenti

della Corte di giustizia potrebbe portare ad una revisione *funditus* di tutto il dibattito svolto in Italia nell'ultimo decennio sui temi degli appalti pubblici e, da ultimo, sui servizi locali di interesse economico generale. Forse è giunto il momento di avviare - d'intesa, ove occorre, con la Commissione UE - tale rilettura.

G.F.

Corte di giustizia (Quarta Sezione) sentenza del 23 dicembre 2009 nella causa C-305/08 - Pres. K. Lenaerts, Avv. gen. J. Mazák - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato (Italia) il 4 luglio 2008 - CoNISMa (Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare) / Regione Marche.

«Appalti pubblici di servizi – Direttiva 2004/18 – Nozioni di “imprenditore”, “fornitore” e “prestatore di servizi” – Nozione di “operatore economico” – Università e istituti di ricerca – Raggruppamento (“consorzio”) costituito da università e amministrazioni pubbliche – Preminente finalità statutaria non lucrativa – Ammissione alla partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico»

(Omissis)

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 1, nn. 2, lett. a), e 8, primo e secondo comma, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone il Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (raggruppamento interuniversitario per le scienze del mare, in prosieguo: il «CoNISMa») alla Regione Marche in merito alla decisione di quest'ultima di non ammettere detto Consorzio a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 Il quarto 'considerando' della direttiva 2004/18 enuncia quanto segue:
«Gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché la partecipazione di un offerente che è un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati».

4 Ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. a), della medesima direttiva:
«Gli “appalti pubblici” sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva».

5 L'art. 1, n. 8, della suddetta direttiva così dispone:

«I termini “imprenditore”, “fornitore” e “prestatore di servizi” designano una persona fisica

o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi.

Il termine “operatore economico” comprende l’imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi. È utilizzato unicamente per semplificare il testo.

(...)».

6 L’art. 1, n. 9, della direttiva stessa è formulato nei seguenti termini:

«Si considerano “amministrazioni aggiudicatrici”: lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico.

Per “organismo di diritto pubblico” s’intende qualsiasi organismo:

a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

b) dotato di personalità giuridica, e

c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d’amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

(...)».

7 L’art. 4 della direttiva 2004/18, intitolato «Operatori economici», così prevede:

«1. I candidati o gli offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l’appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche.

(...)

2. I raggruppamenti di operatori economici sono autorizzati a presentare offerte o a candidarsi. Ai fini della presentazione di un’offerta o di una domanda di partecipazione le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica; tuttavia al raggruppamento selezionato può essere imposto di assumere una forma giuridica specifica una volta che gli sia stato aggiudicato l’appalto, nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell’appalto».

8 L’art. 44 della direttiva, intitolato «Accertamento dell’idoneità e scelta dei partecipanti, aggiudicazione», così dispone al suo n. 1:

«L’aggiudicazione degli appalti avviene in base ai criteri di cui agli articoli 53 e 55, tenuto conto dell’articolo 24, previo accertamento dell’idoneità degli operatori economici non esclusi in forza degli articoli 45 e 46, effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze od alle capacità professionali e tecniche di cui agli articoli da 47 a 52 e, se del caso, alle norme ed ai criteri non discriminatori di cui al paragrafo 3».

9 L’art. 55 della direttiva 2004/18, intitolato «Offerte anormalmente basse», enuncia quanto segue:

«1. Se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l’amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell’offerta in questione.

Dette precisazioni possono riguardare in particolare:

- a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione dei prodotti o del metodo di prestazione del servizio;
- b) le soluzioni tecniche adottate e/o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti o per prestare i servizi;
- c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente;
- d) il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione;
- e) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.

2. L'amministrazione aggiudicatrice verifica, consultando l'offerente, detti elementi costitutivi tenendo conto delle giustificazioni fornite.

3. L'amministrazione aggiudicatrice che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se consulta l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente. Quando l'amministrazione aggiudicatrice respinge un'offerta in tali circostanze, provvede a informarne la Commissione».

La normativa nazionale

10 A norma dell'art. 3, commi 19 e 22, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Supplemento ordinario alla GURI n. 100 del 2 maggio 2006; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 163/2006»):

«19. I termini “imprenditore”, “fornitore” e “prestatore di servizi” designano una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi.

(...)

22. Il termine “operatore economico” comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi».

11 L'art. 34 del decreto legislativo n. 163/2006, intitolato «Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici (artt. 4 e 5 direttiva 2004/18)», prevede quanto segue:

«1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;
- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro (...) e i consorzi tra imprese artigiane (...);
- c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36;
- d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c) (...);
- e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società (...);

f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) (...); (...).

12 In epoca successiva ai fatti della causa principale, il decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152 (GURI n. 231 del 2 ottobre 2008), ha aggiunto all'elenco di cui sopra il seguente punto:

«f bis) operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi».

13 Infine, ai sensi dell'art. 2082 del codice civile italiano, l'«imprenditore» è il soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

Causa principale e questioni pregiudiziali

14 Dalla decisione di rinvio risulta che la Regione Marche ha indetto una procedura di gara per l'affidamento di un appalto di servizi avente ad oggetto l'acquisizione di rilievi marini sismostratigrafici, l'esecuzione di carotaggi e il prelievo di campioni in mare nella fascia costiera compresa tra Pesaro e Civitanova Marche.

15 Il CoNISMa si è candidato per tale gara. Dopo aver formulato alcune riserve in ordine all'ammissibilità del CoNISMa alla procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione, l'amministrazione aggiudicatrice ha deciso di escluderla mediante decisioni in data 4, 18 e 23 aprile 2007.

16 Il CoNISMa ha impugnato detta esclusione con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (procedimento specifico previsto dall'ordinamento giuridico italiano) sostenendo che interpretare l'art. 34 del decreto legislativo n. 163/2006 come recante un elenco tassativo che non include le università e gli istituti di ricerca, con la conseguente non ammissione di questi ultimi a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, non sarebbe compatibile con le disposizioni della direttiva 2004/18. Nell'ambito del procedimento di ricorso straordinario, il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio ha chiesto il parere del Consiglio di Stato, come previsto dalla normativa nazionale pertinente.

17 Il giudice del rinvio osserva che, al fine di rendere il proprio parere, deve stabilire se un raggruppamento interuniversitario quale il CoNISMa possa essere considerato come un «operatore economico» ai sensi della direttiva 2004/18 e se, pertanto, sia ammesso a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi come quella oggetto della causa principale. Il giudice del rinvio esprime in proposito alcune riserve, fondate sulle seguenti considerazioni.

18 In via preliminare, il Consiglio di Stato rileva che il CoNISMa è un raggruppamento («consorzio») costituito da ventiquattro università italiane e da tre ministeri. In base al suo statuto, esso non perseguirebbe scopo di lucro e si proporrebbe di promuovere nonché di coordinare le ricerche e le altre attività scientifiche e applicative nel settore delle scienze del mare tra le università aderenti al raggruppamento. Esso potrebbe partecipare a procedure di gara e ad altre procedure di evidenza pubblica indette dalle amministrazioni pubbliche e dalle società operanti nel settore pubblico e in quello privato. Le sue attività sarebbero finanziate principalmente attraverso fondi concessi dal Ministero dell'Università e della Ricerca e da altre amministrazioni pubbliche, nonché da enti pubblici o privati, italiani o stranieri.

19 In primo luogo, il Consiglio di Stato richiama l'art. 1, lett. c), della direttiva del

Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), alla quale è succeduta la direttiva 2004/18, a norma del quale s'intendono per «“prestatori di servizi” le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici che forniscono servizi», e osserva che tale formulazione sembra rivelare l'intenzione di riservare la possibilità di contrattare con le amministrazioni aggiudicatrici ai soggetti che svolgono «istituzionalmente» l'attività corrispondente alla prestazione che dovrà essere fornita nell'ambito dell'appalto di cui trattasi. Stando a tale tesi, potrebbero partecipare a gare d'appalto, oltre agli operatori economici privati, soltanto gli organismi pubblici che forniscono a titolo lucrativo le prestazioni oggetto di tale appalto, conformemente alla missione loro conferita nell'ambito dell'ordinamento giuridico, con esclusione quindi degli organismi universitari. Questa tesi parrebbe esser confermata dalla sentenza della Corte 18 gennaio 2007, causa C 220/05, Auroux e a. (Racc. pag. I 385, punto 44), secondo cui la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici si applica all'interessato «in quanto operatore economico attivo sul mercato». La stessa tesi sembrerebbe inoltre essere avvalorata dall'art. 3, comma 19, del decreto legislativo n. 163/2006, ai sensi del quale il prestatore di servizi è un operatore economico «che offr[e] servizi «sul mercato».

20 In secondo luogo, il giudice del rinvio osserva che la posizione della giurisprudenza italiana non è univoca al riguardo. Taluni giudici riterrebbero che siano ammesse a partecipare ad un appalto pubblico le persone fisiche o giuridiche che esercitino un'attività d'impresa, nonché gli organismi pubblici che offrano, secondo la loro organizzazione istituzionale, servizi analoghi a quelli oggetto del bando di gara. In tale ottica, le università non potrebbero rientrare nelle categorie di imprenditori privati e pubblici, in quanto istituzionalmente preposte allo svolgimento di attività di didattica e di ricerca. Stando a un'altra tesi, le università pubbliche, nonché i loro raggruppamenti, sarebbero ammessi a partecipare ad appalti pubblici di servizi, sempre che la prestazione di servizi di volta in volta considerata sia compatibile con i loro fini istituzionali e le loro previsioni statutarie.

21 In terzo luogo, il Consiglio di Stato fa riferimento alla posizione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la quale opera una distinzione tra gli operatori economici e i soggetti, come gli enti pubblici non economici, le università e i dipartimenti universitari, che non rientrano nella prima categoria in quanto perseguono finalità diverse dall'esercizio di un'attività economica, rivolta alla produzione di ricchezza. Di conseguenza, tali enti non sarebbero ammessi a partecipare ad appalti pubblici, salvo che gli stessi costituiscano apposite società in base all'autonomia riconosciuta alle università dalla normativa nazionale. Siffatta tesi sarebbe confermata dall'art. 34 del decreto legislativo n. 163/2006, che conterrebbe un elenco tassativo dei soggetti ammessi a partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici.

22 Da ultimo, per motivare le proprie riserve, il Consiglio di Stato richiama la giurisprudenza della Corte secondo cui le disposizioni comunitarie in tema di appalti pubblici devono essere interpretate alla luce di un criterio funzionale che consenta di evitare l'elusione del principio fondamentale della concorrenza effettiva (sentenza 13 dicembre 2007, causa C 337/06, Bayerischer Rundfunk e a., Racc. pag. I 11173). Per quanto riguarda più in particolare gli appalti pubblici di servizi, la Corte avrebbe evidenziato l'obiettivo principale delle norme comunitarie in tale materia, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata e più ampia possibile in tutti gli Stati membri (sentenza 11 gennaio 2005, causa C 26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I 1, punti

44 e 47).

23 Alla luce di tale giurisprudenza, il Consiglio di Stato rileva che l'ammissione delle università, degli istituti di ricerca e dei loro raggruppamenti alla partecipazione ad appalti pubblici potrebbe violare il principio della concorrenza sotto un duplice profilo. Infatti, da un lato, essa rischierebbe di sottrarre al libero mercato quote di appalti pubblici ai quali un numero non irrilevante di imprese ordinarie avrebbe, di fatto, difficoltà di accesso. Dall'altro, essa collocherebbe ingiustamente l'affidatario in una posizione di privilegio che gli garantirebbe una sicurezza economica attraverso finanziamenti pubblici costanti e prevedibili di cui gli altri operatori economici non possono beneficiare. Tuttavia, come rileva il Consiglio di Stato, un'interpretazione restrittiva della nozione di «operatore economico» che fosse legata alla collocazione stabile di quest'ultimo «sul mercato» e che impedisse quindi alle università, agli istituti di ricerca e ai loro raggruppamenti di partecipare a gare d'appalto sarebbe gravemente pregiudizievole per la collaborazione tra entità pubbliche e private, nonché tra attività di ricerca e attività d'impresa, e, in definitiva, rappresenterebbe una restrizione della concorrenza.

24 Sulla base di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se le disposizioni della direttiva 2004/18 (...) debbano essere interpretat[e] nel senso che vietano la partecipazione ad un appalto di servizi come quello di acquisizione di rilievi geofisici e campionatura a mare ad un consorzio costituito esclusivamente da università italiane e amministrazioni statali (...).

2) Se le disposizioni dell'ordinamento italiano di cui all'art. 3, commi 22 e 19, e all'art. 34 del (...) decreto legislativo n. 163/2006 – secondo i quali, rispettivamente “il termine ‘operatore economico’ comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi” e “i termini ‘imprenditore’, ‘fornitore’ e ‘prestatore di servizi’ designano una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) (...), che ‘offra sul mercato’, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi” – si ponga[no] in contrasto con la direttiva 2004/18 (...), se interpretat[e] nel senso di limitare la partecipazione ai prestatori professionali di tali attività con esclusione di enti che abbiano preminenti finalità diverse da quelle di lucro, quali la ricerca».

Sulle questioni pregiudiziali

25 Occorre preliminarmente ricordare, sulla scorta della giurisprudenza della Corte, che il Consiglio di Stato, quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE (sentenza 16 ottobre 1997, cause riunite da C 69/96 a C 79/96, Garofalo e a., Racc. pag. I 5603, punto 27).

Sulla prima questione

26 Con tale questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se le disposizioni della direttiva 2004/18 debbano essere interpretate nel senso che ostano alla partecipazione ad un appalto pubblico di servizi di un raggruppamento costituito esclusivamente da università e amministrazioni pubbliche.

27 Dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che le disposizioni della direttiva 2004/18 considerate dal giudice nazionale sono in particolare l'art. 1, nn. 2, lett. a), e 8, primo e secondo comma, poiché fanno riferimento alla nozione di «operatore economico». Inoltre, stando a tale domanda, il raggruppamento di cui trattasi non persegue un premi-

nente scopo di lucro, non dispone di una struttura organizzativa d'impresa e non assicura una presenza regolare sul mercato.

28 Per rispondere alla suddetta questione, si deve anzitutto rilevare che le disposizioni della direttiva 2004/18, da un lato, non contengono una definizione della nozione di «operatore economico» e, dall'altro, non operano distinzioni tra gli offerenti a seconda che essi perseguano o meno un preminente scopo di lucro, e tantomeno prevedono in modo esplicito l'esclusione di enti come quello oggetto della causa principale. Nondimeno, tali disposizioni, considerate alla luce della giurisprudenza della Corte, contengono elementi sufficienti a fornire una risposta utile al giudice del rinvio.

29 Così, il quarto 'considerando' della direttiva 2004/18 evoca la possibilità, per un «organismo di diritto pubblico», di partecipare in qualità di offerente ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

30 Allo stesso modo, l'art. 1, n. 8, primo e secondo comma, di tale direttiva riconosce la qualità di «operatore economico» non soltanto a ogni persona fisica o giuridica, ma anche, in modo esplicito, a ogni «ente pubblico», nonché ai raggruppamenti costituiti da tali enti, che offrono servizi sul mercato. Orbene, la nozione di «ente pubblico» può includere anche organismi che non perseguono un preminente scopo di lucro, che non hanno una struttura d'impresa e che non assicurano una presenza continua sul mercato.

31 Inoltre, l'art. 4 della medesima direttiva, intitolato «Operatori economici», al suo n. 1 vieta agli Stati membri di prevedere che i candidati o gli offerenti i quali, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione che costituisce l'oggetto di un bando di gara siano respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro in cui è aggiudicato l'appalto, essi dovrebbero essere o persone fisiche o persone giuridiche. Tale disposizione non stabilisce neppure una distinzione tra i candidati o gli offerenti a seconda del fatto che essi abbiano uno status di diritto pubblico oppure di diritto privato.

32 In ordine alla questione, sollevata dal giudice del rinvio, di una possibile distorsione della concorrenza a motivo della partecipazione ad un appalto pubblico di enti che, come il ricorrente nella causa principale, vanterebbero una posizione privilegiata rispetto a quella degli operatori privati grazie a finanziamenti pubblici che vengono loro erogati, si deve sottolineare che il quarto 'considerando' della direttiva 2004/18 enuncia l'obbligo per gli Stati membri di provvedere affinché una distorsione di questo tipo non si produca per il fatto della partecipazione di un organismo di diritto pubblico a un appalto pubblico. Detto obbligo si impone anche con riguardo ad entità come il suddetto ricorrente.

33 Si devono altresì ricordare, al riguardo, gli obblighi e le facoltà di cui dispone un'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'art. 55, n. 3, della direttiva 2004/18, in caso di offerte anormalmente basse dovute alla circostanza che l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato. Peraltro, la Corte ha riconosciuto che, in talune circostanze particolari, l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo, o quanto meno la facoltà, di prendere in considerazione l'esistenza di sovvenzioni, ed in particolare di aiuti non compatibili con il Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano (v., in tal senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C 94/99, ARGE, Racc. pag. I 11037, punto 29).

34 Tuttavia, l'eventualità di una posizione privilegiata di un operatore economico in ragione di finanziamenti pubblici o aiuti di Stato non può giustificare l'esclusione a priori e senza ulteriori analisi di enti, quali il ricorrente nella causa principale, dalla partecipazione a un appalto pubblico.

35 Dalle considerazioni che precedono risulta che il legislatore comunitario non ha inteso restringere la nozione di «operatore economico che offre servizi sul mercato» unicamente agli operatori che siano dotati di un'organizzazione d'impresa, né introdurre condizioni particolari atte a porre una limitazione a monte dell'accesso alle procedure di gara in base alla forma giuridica e all'organizzazione interna degli operatori economici.

36 Questa interpretazione è suffragata dalla giurisprudenza della Corte.

37 La Corte ha, infatti, dichiarato che uno degli obiettivi della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile (v. in particolare, in tal senso, sentenza *Bayerischer Rundfunk e a.*, cit., punto 39) e che è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto (sentenza 19 maggio 2009, causa C 538/07, *Assitur*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 26). Occorre aggiungere, in proposito, che siffatta apertura alla concorrenza più ampia possibile è prevista non soltanto con riguardo all'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, bensì anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice considerata, la quale disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata (v., in tal senso, in tema di offerte anormalmente basse, sentenza 15 maggio 2008, cause riunite C 147/06 e C 148/06, *SECAP e Santorso*, Racc. pag. I 3565, punto 29).

38 In tale ottica di apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, la Corte ha altresì statuito che la normativa comunitaria in materia è applicabile qualora il soggetto con cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenza *Stadt Halle e RPL Lochau*, cit., punto 47 e giurisprudenza ivi citata). Orbene, ai sensi dell'art. 1, n. 9, della direttiva 2004/18, un'amministrazione aggiudicatrice è un ente che soddisfa una funzione di interesse generale, avente carattere non industriale o commerciale. Un organismo di questo tipo non esercita, a titolo principale, un'attività lucrativa sul mercato.

39 Analogamente, la Corte ha dichiarato che la normativa comunitaria osta a qualsiasi normativa nazionale che escluda dall'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi il cui valore superi la soglia di applicazione delle direttive candidati od offerenti autorizzati, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, ad erogare il servizio in questione per il solo motivo che tali candidati od offerenti non hanno la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche (v., in tal senso, sentenza 18 dicembre 2007, causa C 357/06, *Frigerio Luigi & C.*, Racc. pag. I 12311, punto 22).

40 Si deve inoltre ricordare, sulla scorta della giurisprudenza della Corte, da un lato, che il principio della parità di trattamento non è violato per il solo motivo che le amministrazioni aggiudicatrici ammettono la partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico di organismi che beneficiano di sovvenzioni che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli offerenti concorrenti non sovvenzionati e, dall'altro, che, se il legislatore comunitario avesse avuto l'intenzione di obbligare le amministrazioni aggiudicatrici ad escludere tali offerenti, l'avrebbe espressamente indicato (sentenza *ARGE*, cit., punti 25-26).

41 Infine, sempre in base alla giurisprudenza della Corte, la normativa comunitaria non richiede che il soggetto che stipula un contratto con un'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente con mezzi propri la prestazione pattuita perché il

medesimo possa essere qualificato come imprenditore, ossia come operatore economico; è sufficiente che tale soggetto abbia la possibilità di fare eseguire la prestazione di cui trattasi, fornendo le garanzie necessarie a tal fine (v., in tal senso, sentenza 12 luglio 2001, causa C 399/98, Ordine degli Architetti e a., Racc. pag. I 5409, punto 90).

42 Di conseguenza, sia dalla normativa comunitaria sia dalla giurisprudenza della Corte risulta che è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o, ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno. L'effettiva capacità di detto ente di soddisfare i requisiti posti dal bando di gara, come fa giustamente osservare il governo ceco, è valutata durante una fase ulteriore della procedura, in applicazione dei criteri previsti agli artt. 44-52 della direttiva 2004/18.

43 Occorre aggiungere che un'interpretazione restrittiva della nozione di «operatore economico» avrebbe come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati come «appalti pubblici», potrebbero essere aggiudicati in modo informale e, in tal modo, sarebbero sottratti alla norme comunitarie in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con la finalità delle medesime norme.

44 Per di più, come sottolinea il giudice del rinvio, un'interpretazione di questo tipo sarebbe gravemente pregiudizievole per la collaborazione tra attività di ricerca e attività d'impresa e rappresenterebbe una restrizione della concorrenza.

45 In considerazione di quanto precede, si deve risolvere la prima questione nel senso che le disposizioni della direttiva 2004/18, ed in particolare quelle di cui al suo art. 1, nn. 2, lett. a), e 8, primo e secondo comma, che si riferiscono alla nozione di «operatore economico», devono essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le università e gli istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare ad un appalto pubblico di servizi.

Sulla seconda questione

46 Con tale questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se le disposizioni della direttiva 2004/18, ed in particolare quelle di cui al suo art. 1, nn. 2, lett. a), e 8, primo e secondo comma, ostino a una normativa nazionale che recepisce tale direttiva nel diritto interno, qualora detta normativa sia interpretata nel senso che essa riserva la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici ai soli prestatori che offrano servizi sul mercato in modo sistematico e a titolo professionale, con esclusione dei soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro.

47 Occorre in proposito ricordare che, come risulta dalla formulazione dell'art. 4, n. 1, della direttiva 2004/18, gli Stati membri hanno il potere di autorizzare o meno talune categorie di operatori a fornire certi tipi di prestazioni.

48 Così, come correttamente osserva la Commissione, gli Stati membri possono disciplinare le attività di soggetti, quali le università e gli istituti di ricerca, non aventi finalità di lucro, ma volte principalmente alla didattica e alla ricerca. In particolare, gli Stati membri possono autorizzare o non autorizzare tali soggetti ad operare sul mercato in funzione

della circostanza che l'attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari.

49 Tuttavia, se, e nei limiti in cui, siffatti soggetti siano autorizzati a offrire taluni servizi sul mercato, la normativa nazionale che recepisce la direttiva 2004/18 nel diritto interno non può vietare a questi ultimi di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi. Un simile divieto contrasterebbe infatti con le disposizioni della direttiva 2004/18, come interpretate nell'ambito dell'esame della prima questione pregiudiziale.

50 In tale ipotesi, spetta al giudice del rinvio interpretare il proprio diritto interno quanto più possibile alla luce del testo e della finalità della direttiva 2004/18, allo scopo di raggiungere i risultati perseguiti da quest'ultima, privilegiando l'interpretazione delle disposizioni nazionali che sia maggiormente conforme a tale finalità per giungere quindi ad una soluzione compatibile con le disposizioni della medesima direttiva e, all'occorrenza, disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale (v. sentenza 22 dicembre 2008, causa C 414/07, Magoora, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 44).

51 Di conseguenza, si deve risolvere la seconda questione affermando che la direttiva 2004/18 dev'essere interpretata nel senso che essa osta all'interpretazione di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale che vieti a soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, benché siffatti soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato.

Sulle spese

52 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara e statuisce:

1) Le disposizioni della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, ed in particolare quelle di cui al suo art. 1, nn. 2, lett. a), e 8, primo e secondo comma, che si riferiscono alla nozione di «operatore economico», devono essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le università e gli istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare ad un appalto pubblico di servizi.

2) La direttiva 2004/18 dev'essere interpretata nel senso che essa osta all'interpretazione di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale che vieti a soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, benché siffatti soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato.

Sulla necessaria “equivalenza” delle condizioni di ammissibilità dell’azione di responsabilità dello Stato legislatore

(Corte di giustizia dell’Unione europea, Grande Sezione, sentenza del 26 gennaio 2010 nella causa C-118/08)

Con la sentenza del 26 gennaio 2010 nella causa C-118/08, la Corte di giustizia si è pronunciata sulla questione pregiudiziale proposta dal Tribunal Supremo del Regno di Spagna (Sala de lo contencioso administrativo) sul problema del rapporto tra il principio dell’autonomia procedurale degli Stati membri nella disciplina dell’azione di responsabilità per violazione del diritto comunitario ed i principi di equivalenza ed effettività (1).

La Corte di giustizia era stata chiamata, in particolare, a chiarire se la previsione legislativa di un differente regime per l’azione di risarcimento a carico dello Stato - in funzione del fatto che tale azione si fondi su atti amministrativi adottati in applicazione di una legge incostituzionale ovvero di una disposizione interna in precedenza dichiarata incompatibile con il diritto comunitario ai sensi dell’art. 226 T.C.E. - sia conforme ai principi comunitari di equivalenza e di effettività.

La Corte ha accolto la soluzione proposta dall’Avvocato generale, fornendo delle argomentazioni simili nell’impianto logico ma non del tutto coincidenti nel merito.

Ad avviso dell’Avvocato generale, l’analisi in astratto degli elementi essenziali delle due azioni doveva condurre a ritenerle «sovrapponibili», con conseguente violazione del principio di equivalenza, laddove, per far valer la responsabilità dello Stato legislatore, il diritto spagnolo prevede che il ricorrente abbia preventivamente esaurito tutti i rimedi interni diretti a contestare la validità dell’atto amministrativo adottato sulla base di una legge in contrasto con il diritto comunitario.

Nelle conclusioni del 9 luglio 2009, infatti, era stato evidenziato come l’unica differenza tra le due azioni emergesse nel rapporto tra l’amministrazione ed il soggetto leso, che - stante l’obbligo di disapplicazione gravante anche sull’amministrazione - gode di una protezione “a livello diffuso” contro la legge contraria al diritto comunitario della quale, invece, non gode contro la legge incostituzionale, in considerazione della presunzione di legittimità della legge e dei suoi atti attuativi e della natura accentrata del controllo di co-

(1) Per un’analisi della questione pregiudiziale proposta e del regime della responsabilità dello Stato legislatore previsto dall’ordinamento spagnolo, si rinvia al contributo precedentemente pubblicato in questa *Rivista*, 2009, III, 51 e segg.

stituzionalità. Tale differenza, tuttavia, non era stata comunque ritenuta idonea a giustificare la subordinazione dell'azione di risarcimento a carico dello Stato per violazione del diritto comunitario al previo esaurimento di tutti i mezzi di ricorso, «non soltanto amministrativi ma anche giurisdizionali», avverso l'atto amministrativo adottato sulla base della legge “anticomunitaria”.

La Corte di giustizia ha svolto la verifica della “somialianza” tra le due azioni con specifico riferimento alla posizione della società Transportes Urbanos.

Il giudice comunitario ha quindi rilevato come, secondo la ricostruzione fornita dalla decisione di rinvio, se la società «avesse potuto fondare la propria azione di responsabilità su una sentenza del Tribunal Constitucional che dichiara la nullità di detta legge per violazione della Costituzione, tale azione avrebbe potuto avere esito positivo, indipendentemente dal fatto che detta società non avesse chiesto la rettifica di tali autoliquidazioni prima della scadenza dei termini previsti a tal fine».

La Corte è quindi giunta alla conclusione che «l'unica differenza esistente tra le due azioni menzionate (...) consiste nella circostanza che le violazioni di diritto su cui esse si fondano sarebbero constatate, per una di esse, dalla Corte in una sentenza pronunciata in forza dell'art. 226 CE e, per l'altra, da una sentenza del Tribunal Constitucional» e che «tale unica circostanza (...) non può essere sufficiente per constatare una distinzione tra tali due azioni alla luce del principio di equivalenza».

Il giudice comunitario ha inoltre richiamato l'attenzione sul fatto che - contrariamente a quanto sembrava «suggerire» la giurisprudenza nazionale citata - il risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario non è comunque subordinato alla condizione del previo accertamento della stessa ad opera della Corte di giustizia, anche se, nel caso di specie, la società aveva espressamente fondato l'azione su una precedente decisione adottata in sede di ricorso per inadempimento (2).

In conclusione, alla luce della pronuncia del giudice comunitario, il rigetto da parte dell'amministrazione spagnola della domanda di risarcimento del danno proposta dalla Transportes Urbanos - per un importo corrispondente ai versamenti dell'I.v.a. indebitamente percepiti dall'amministrazione fiscale spagnola, nonché ai rimborsi che la società avrebbe potuto esigere - non risulta fondato, nonostante la società non abbia proceduto a rettificare le autoliquidazioni nel termine prescritto.

*Dott.ssa Chiara Di Seri**

(2) Si tratta della sentenza 6 ottobre 2005, causa C-204/03, *Commissione c. Spagna*, in cui la Corte aveva dichiarato che le limitazioni della detraibilità dell'I.v.a. previste dalla legge spagnola erano incompatibili con gli artt. 17, nn. 2 e 5, e 19 della sesta direttiva.

(*) Dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma Tre.

Corte di giustizia (Grande Sezione) sentenza del 26 gennaio 2010 nella causa C-118/08 - Pres. V. Skouris, Avv. gen. M. Poiares Maduro - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal Supremo (Spagna) il 18 marzo 2008 - Transporte Urbanos y Servicios Generales S.A.L. / Stato spagnolo.

«Autonomia procedurale degli Stati membri – Principio di equivalenza – Azione di responsabilità nei confronti dello Stato – Violazione del diritto dell’Unione – Violazione della Costituzione»

(Omissis)

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dei principi di effettività e di equivalenza per quanto riguarda talune regole applicabili nell’ordinamento giuridico spagnolo alle azioni di responsabilità nei confronti dello Stato per violazione del diritto dell’Unione.

2 Tale domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia pendente tra la Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL (in prosieguito: la «Transportes Urbanos») e l’Administración del Estado in merito al rigetto del ricorso proposto da tale società per far valere la responsabilità dello Stato spagnolo per violazione del diritto dell’Unione.

Contesto normativo

La sesta direttiva

3 La sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (GU L 145, pag. 1), come modificata con direttiva del Consiglio 10 aprile 1995, 95/7/CE (GU L 102, pag. 18; in prosieguito: la «sesta direttiva»), al suo art. 17, nn. 2 e 5, nella versione risultante dall’art. 28 septies di quest’ultima, dispone quanto segue:

«2. Nella misura in cui beni e servizi sono impiegati ai fini di sue operazioni soggette ad imposta, il soggetto passivo è autorizzato a [detrarre] dall’imposta di cui è debitore:

a) l’imposta sul valore aggiunto dovuta o assolta all’interno del paese per i beni che gli sono o gli saranno ceduti e per i servizi che gli sono o gli saranno prestati da un altro soggetto passivo;

b) l’imposta sul valore aggiunto dovuta o assolta per i beni importati all’interno del paese;

c) l’imposta sul valore aggiunto dovuta ai sensi dell’articolo 5, paragrafo 7, lettera a), dell’articolo 6, paragrafo 3 e dell’articolo 28 bis, paragrafo 6;

(...)

5. Per quanto riguarda i beni ed i servizi utilizzati da un soggetto passivo sia per operazioni che danno diritto a [detrazione] di cui ai paragrafi 2 e 3, sia per operazioni che non conferiscono tale diritto, la [detrazione] è ammessa soltanto per il prorata dell’imposta sul valore aggiunto relativo alla prima categoria di operazioni.

Detto prorata è determinato ai sensi dell’articolo 19 per il complesso delle operazioni compiute dal soggetto passivo.

(...)».

4 L’art. 19 della sesta direttiva menziona i criteri per il calcolo del prorata di detrazione previsto all’art. 17, n. 5, primo comma, di quest’ultima.

Il diritto nazionale

5 L’art. 163 della Costituzione spagnola (in prosieguito: la «Costituzione») così prevede:

«Qualora un giudice consideri, durante un processo, che un testo avente rango di legge, applicabile alla fattispecie esaminata e dalla cui validità dipende l'esito del giudizio, può essere contrario alla Costituzione, esso investe il Tribunal Constitucional [Corte costituzionale] della questione nei casi, nelle forme e con gli effetti previsti dalla legge, che non saranno in alcun caso sospensivi».

6 La legge 28 dicembre 1992, n. 37, relativa all'imposta sul valore aggiunto (BOE n. 312 del 29 dicembre 1992, pag. 44247), come modificata dalla legge 30 dicembre 1997, n. 66 (BOE n. 313 del 31 dicembre 1997, pag. 38517; in prosieguo: la «legge n. 37/92»), prevede talune limitazioni al diritto di un soggetto passivo di detrarre l'imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'«IVA») relativa all'acquisto di beni o servizi finanziati mediante sovvenzioni. Tali limitazioni sono entrate in vigore a partire dall'esercizio fiscale 1998.

7 La legge n. 37/1992 prevede altresì che qualsiasi soggetto passivo è tenuto a presentare dichiarazioni periodiche in cui deve calcolare gli importi dell'IVA da esso dovuti (in prosieguo: le «autoliquidazioni»).

8 Conformemente alla legge fiscale generale 17 dicembre 2003, n. 53 (BOE n. 303 del 18 dicembre 2003, pag. 44987), il soggetto passivo ha il diritto di chiedere la rettifica delle sue autoliquidazioni e, eventualmente, di esigere il rimborso dei versamenti non dovuti. Secondo gli artt. 66 e 67 di detta legge, il termine di prescrizione di tale diritto è di quattro anni a decorrere, sostanzialmente, dal giorno successivo a quello in cui il versamento non dovuto è stato effettuato, ovvero a quello della scadenza del termine per presentare l'autoliquidazione, qualora il versamento non dovuto sia stato effettuato entro tale termine.

La controversia principale

9 Con sentenza 6 ottobre 2005, causa C 204/03, Commissione/Spagna (Racc. pag. I 8389), la Corte ha sostanzialmente dichiarato che le limitazioni della detraibilità dell'IVA previste dalla legge n. 37/1992 erano incompatibili con gli artt. 17, nn. 2 e 5, e 19 della sesta direttiva.

10 La Transportes Urbanos, che aveva effettuato talune autoliquidazioni per gli esercizi 1999 e 2000 conformemente alla legge n. 37/1992, non si è avvalsa del suo diritto di chiedere, in applicazione della legge fiscale generale n. 58/2003, la rettifica di tali autoliquidazioni. È infatti pacifico che tale diritto era prescritto alla data in cui la Corte ha pronunciato la citata sentenza Commissione/Spagna.

11 La Transportes Urbanos ha quindi avviato un'azione di responsabilità dinanzi al Consiglio dei Ministri nei confronti dello Stato spagnolo. Nell'ambito di tale azione, essa sostiene di aver subito un danno pari a EUR 1 228 366,39 a causa della violazione, da parte del legislatore spagnolo, della sesta direttiva, violazione constatata alla Corte con la citata sentenza Commissione/Spagna. Tale importo corrisponde ai versamenti dell'IVA indebitamente percepiti dall'amministrazione fiscale spagnola durante detti esercizi, nonché ai rimborsi che la società avrebbe potuto esigere per tali stessi esercizi.

12 Con decisione 12 gennaio 2007, il Consiglio dei Ministri ha respinto la domanda della Transportes Urbanos, considerando che la mancata presentazione nei termini, da parte di quest'ultima, della domanda di rettifica di dette autoliquidazioni aveva fatto venir meno il nesso di causalità diretto tra la violazione del diritto dell'Unione contestata allo Stato spagnolo ed il danno asseritamente subito da detta società.

13 La decisione di rigetto del Consiglio dei Ministri si fonda in particolare su due sentenze del Tribunal Supremo, del 29 gennaio 2004 e del 24 maggio 2005 (in prosieguo: la «giurisprudenza controversa»), secondo cui le azioni di responsabilità nei confronti dello Stato per violazione del diritto dell'Unione sono soggette ad una norma di previo esaurimento dei ri-

medi, amministrativi e giurisdizionali, nei confronti dell'atto amministrativo che arreca pregiudizio adottato in applicazione di una legge nazionale contraria a tale diritto.

14 Il 6 giugno 2007, la Transportes Urbanos ha proposto dinanzi al Tribunal Supremo un ricorso avverso detta decisione di rigetto del Consiglio dei Ministri.

La decisione di rinvio e la questione pregiudiziale

15 Nella sua decisione di rinvio, il Tribunal Supremo ricorda che, secondo la giurisprudenza controversa, l'esercizio di un'azione di responsabilità nei confronti dello Stato fondata sul carattere incostituzionale di una legge non è soggetto, contrariamente alla medesima azione fondata sull'incompatibilità di tale legge con il diritto dell'Unione, ad alcuna condizione di previo esaurimento dei rimedi dell'atto amministrativo che arreca pregiudizio, fondato su tale legge.

16 La ragion d'essere del diverso trattamento tra tali due azioni riguarderebbe le differenze esistenti tra i ricorsi che possono essere proposti nei confronti di un atto amministrativo a seconda che essi siano fondati sull'incompatibilità di quest'ultimo con il diritto dell'Unione o sulla violazione della Costituzione da parte della legge nazionale in applicazione della quale l'atto è stato adottato.

17 Infatti, secondo la giurisprudenza controversa, poiché la legge nazionale gode di una presunzione di legittimità costituzionale, si presumono «legittimi» anche gli atti amministrativi fondati su tale legge. Ne consegue che né l'autorità amministrativa né l'autorità giudiziaria possono annullare tali atti senza che la nullità di una legge, derivante da illegittimità costituzionale, sia stata pronunciata con una sentenza del Tribunal Constitucional in seguito ad un'azione per illegittimità costituzionale esercitata conformemente all'art. 163 della Costituzione, azione la cui iniziativa spetta al solo giudice investito della controversia.

18 Di conseguenza, se come condizione per poter avviare un'azione di responsabilità fondata su una violazione della Costituzione si esigesse il previo esaurimento dei rimedi amministrativi e giudiziari nei confronti dell'atto amministrativo lesivo, si giungerebbe ad imporre ai cittadini l'onere di impugnare l'atto amministrativo adottato in applicazione della legge asseritamente incostituzionale utilizzando, in primo luogo, il rimedio amministrativo e, in secondo luogo, il rimedio giurisdizionale, nonché esaurendo tutti i gradi fino a che uno dei giudici aditi decida infine di sollevare la questione di legittimità costituzionale di tale legge dinanzi al Tribunal Constitucional. Una siffatta situazione sarebbe sproporzionata ed avrebbe conseguenze inaccettabili.

19 Qualora, invece, la competente autorità amministrativa o giudiziaria consideri che un atto amministrativo è stato adottato in applicazione di una legge incompatibile con il diritto dell'Unione, essa è tenuta, conformemente alla costante giurisprudenza della Corte, a disapplicare tale legge, nonché gli atti amministrativi adottati sul fondamento di quest'ultima. Ne consegue che è possibile chiedere direttamente a detta autorità l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo ed ottenere in tal modo un risarcimento completo.

20 Inoltre, secondo la giurisprudenza controversa, l'esistenza di una violazione del diritto dell'Unione che può comportare la responsabilità dello Stato dovrebbe essere accertata da una pronuncia pregiudiziale della Corte. Orbene, gli effetti di una sentenza pronunciata da quest'ultima ai sensi dell'art. 267 TFUE non sarebbero paragonabili a quelli di una sentenza del Tribunal Constitucional che dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge, nel senso che solo la decisione di quest'ultima comporterebbe la nullità di tale legge con effetto retroattivo.

21 Alla luce di tali circostanze il Tribunal Supremo ha deciso di sospendere il procedimento

e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se risulti contraria ai principi di equivalenza e di effettività l'applicazione di una diversa disciplina, elaborata dal Tribunal Supremo [nella giurisprudenza controversa], ai casi riguardanti ricorsi diretti a far valere la responsabilità patrimoniale dello Stato legislatore, in funzione del fatto che i detti ricorsi si fondino su atti amministrativi adottati in applicazione di una legge dichiarata incostituzionale ovvero di una norma dichiarata contraria al diritto [dell'Unione]»

Sulla competenza della Corte

22 Secondo il governo spagnolo, la Corte è incompetente a pronunciarsi sulla conformità al diritto dell'Unione di decisioni giudiziarie come quelle che costituiscono la giurisprudenza controversa, dato che lo stesso Tribunal Supremo è in grado di modificare detta giurisprudenza qualora la ritenga incompatibile con tale diritto.

23 Occorre ricordare, a tal riguardo, che, se è vero che non spetta alla Corte pronunciarsi, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, sulla compatibilità di una normativa nazionale con il diritto dell'Unione, essa ha reiteratamente dichiarato di essere competente a fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi attinenti a tale diritto che gli consentano di pronunciarsi sulla detta compatibilità per la definizione della causa della quale è adito (v., in tal senso, segnatamente, sentenze 15 dicembre 1993, causa C 292/92, Hünermund e a., Racc. pag. I 6787, punto 8, nonché 31 gennaio 2008, causa C 380/05, Centro Europa 7, Racc. pag. I 349, punto 50).

24 A tal fine, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 13 delle sue conclusioni, l'origine legislativa, regolamentare o giurisprudenziale delle regole di diritto nazionale di cui il giudice del rinvio dovrà valutare la conformità al diritto dell'Unione alla luce degli elementi interpretativi forniti dalla Corte non incide affatto sulla competenza di quest'ultima a statuire sulla domanda di pronuncia pregiudiziale.

25 Inoltre, secondo costante giurisprudenza, nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali stabilita dall'art. 267 TFUE, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Pertanto, dal momento che le questioni poste dei giudici nazionali riguardano l'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione, la Corte è, in via di principio, tenuta a statuire (v., in tal senso, segnatamente, sentenze 13 marzo 2001, causa C 379/98, PreussenElektra, Racc. pag. I 2099, punto 38; 22 maggio 2003, causa C 18/01, Korhonen e a., Racc. pag. I 5321, punto 19, nonché 23 aprile 2009, cause riunite C 261/07 e C 299/07, VTB-VAB e Galatea, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 32).

26 Orbene, nel caso di specie si chiede alla Corte non già di interpretare il diritto nazionale o una sentenza di un giudice nazionale, bensì di fornire al giudice del rinvio elementi di interpretazione dei principi di effettività e di equivalenza, per consentirgli di valutare se, ai sensi del diritto dell'Unione, esso sia tenuto a disapplicare norme nazionali relative alle azioni di responsabilità nei confronti dello Stato per violazione di tale diritto da parte di una legge nazionale (v., in tal senso, sentenza 18 luglio 2007, causa C 119/05, Lucchini, Racc. pag. I 6199, punto 46).

27 La Corte è pertanto competente a statuire sulla presente domanda di pronuncia pregiudiziale.

Sulla questione pregiudiziale

28 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se il diritto dell'Unione osti ad una regola di uno Stato membro in forza della quale le azioni di responsabilità dello Stato fondate su una violazione di tale diritto da parte di una legge nazionale siano subordinate ad una condizione di previo esaurimento dei rimedi contro l'atto amministrativo lesivo, sebbene le stesse azioni non siano subordinate ad una condizione siffatta qualora siano fondate su una violazione della Costituzione da parte della stessa legge.

Osservazioni preliminari

29 Per risolvere tale questione occorre preliminarmente ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai soggetti dell'ordinamento da violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili è inerente al sistema dei trattati sui quali quest'ultima è fondata (v., in tal senso, sentenze 19 novembre 1991, cause riunite C 6/90 e C 9/90, Francovich e a., Racc. pag. I 5357, punto 35; 5 marzo 1996, cause riunite C 46/93 e C 48/93, Brasserie du pêcheur e Factortame, Racc. pag. I 1029, punto 31, nonché 24 marzo 2009, causa C 445/06, Danske Slagterier, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 19).

30 A tal riguardo, la Corte ha dichiarato che ai soggetti lesi è riconosciuto un diritto al risarcimento purché siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica dell'Unione violata sia preordinata a conferire loro diritti, che la violazione di tale norma sia sufficientemente qualificata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione in parola e il danno subito dai soggetti lesi (v., in tal senso, sentenza Danske Slagterier, cit., punto 20 e giurisprudenza ivi citata).

31 La Corte ha altresì avuto modo di precisare che, fatto salvo il diritto al risarcimento, che si fonda direttamente sul diritto dell'Unione qualora siano soddisfatte tali condizioni, è nell'ambito della normativa interna sulla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno arrecato, restando inteso che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghi reclami di natura interna (principio di equivalenza) e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (principio di effettività) (v., in tal senso, sentenze 30 settembre 2003, causa C 224/01, Köbler, Racc. pag. I 10239, punto 58, e 13 marzo 2007, causa C 524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Racc. pag. I 2107, punto 123).

32 Come ha rilevato il giudice del rinvio, è quindi alla luce di tali principi che dev'essere esaminata la questione sottoposta.

Sul principio di equivalenza

33 Per quanto riguarda il principio di equivalenza, va rammentato che, secondo una giurisprudenza costante, esso richiede che la complessiva disciplina dei ricorsi si applichi indistintamente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell'Unione e a quelli simili fondati sulla violazione del diritto interno (v., in tal senso, sentenze 15 settembre 1998, causa C 231/96, Edis, Racc. pag. I 4951, punto 36; 1° dicembre 1998, causa C 326/96, Levez, Racc. pag. I 7835, punto 41; 16 maggio 2000, causa C 78/98, Preston e a., Racc. pag. I 3201, punto 55, nonché 19 settembre 2006, cause riunite C 392/04 e C 422/04, i-21 Germany e Arcor, Racc. pag. I 8559, punto 62).

34 Tuttavia, tale principio non può essere interpretato nel senso che esso obbliga uno Stato membro a estendere il suo regime nazionale più favorevole a tutte le azioni proposte in un certo ambito giuridico (sentenze Levez, cit., punto 42; 9 febbraio 1999, causa C 343/96, Di-

lexport, Racc. pag. I 579, punto 27, e 29 ottobre 2009, causa C 63/08, Pontin, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 45).

35 Per verificare se il principio di equivalenza sia rispettato nella causa principale occorre quindi esaminare se, alla luce del loro oggetto e dei loro elementi essenziali, possano essere considerate simili tra loro l'azione di responsabilità avviata dalla Transportes Urbanos, fondata sulla violazione del diritto dell'Unione, e quella che tale società avrebbe potuto avviare fondandosi su un'eventuale violazione della Costituzione (v., in tal senso, sentenza Preston e a., cit., punto 49).

36 Orbene, per quanto riguarda l'oggetto delle due azioni di responsabilità menzionate al punto precedente, va rilevato che esse attengono esattamente allo stesso oggetto, cioè il risarcimento del danno subito dal soggetto leso a causa di un atto o di un'omissione dello Stato.

37 Quanto ai loro elementi essenziali, va rammentato che la regola del previo esaurimento di cui trattasi nella causa principale comporta una distinzione tra tali azioni, in quanto esige che il ricorrente abbia previamente esaurito i rimedi contro l'atto amministrativo lesivo solo allorquando l'azione di responsabilità sia fondata sulla violazione del diritto dell'Unione da parte della legge nazionale in applicazione della quale tale atto è stato adottato.

38 Orbene, occorre rilevare che, contrariamente a quanto sembrano suggerire taluni sviluppi della giurisprudenza controversa rammentati al punto 20 della presente sentenza, il risarcimento del danno causato da una violazione del diritto dell'Unione da parte di uno Stato membro non è subordinato alla condizione che l'esistenza di una violazione siffatta risulti da una sentenza pronunciata dalla Corte in via pregiudiziale (v., in tal senso, sentenze Brasserie du pêcheur e Factortame, cit., punti 94 96; 8 ottobre 1996, cause riunite C 178/94, C 179/94 e da C 188/94 a C 190/94, Dillenkofer e a., Racc. pag. I 4845, punto 28, nonché Danske Slagterier, cit., punto 37).

39 Si deve tuttavia constatare che, nella causa principale, la Transportes Urbanos ha espressamente fondato la sua azione di responsabilità sulla citata sentenza Commissione/Spagna, pronunciata in forza dell'art. 226 CE, in cui la Corte ha constatato la violazione della sesta direttiva da parte della legge n. 37/1992.

40 Risulta inoltre dalla decisione di rinvio che la Transportes Urbanos ha investito di tale azione il Consiglio dei Ministri, in quanto i termini per la presentazione di una domanda di rettifica delle autoliquidazioni effettuate per gli esercizi 1999 e 2000 erano scaduti alla data in cui è stata pronunciata la detta sentenza Commissione/Spagna.

41 Cionondimeno, come riportato ai punti 12 e 13 della presente sentenza, detta azione è stata respinta dal Consiglio dei Ministri proprio in considerazione del fatto che la Transportes Urbanos non aveva chiesto la rettifica delle sue autoliquidazioni prima di avviare tale azione.

42 Se invece, secondo la decisione di rinvio, la Transportes Urbanos avesse potuto fondare la propria azione di responsabilità su una sentenza del Tribunal Constitucional che dichiara la nullità di detta legge per violazione della Costituzione, tale azione avrebbe potuto avere esito positivo, indipendentemente dal fatto che detta società non avesse chiesto la rettifica di tali autoliquidazioni prima della scadenza dei termini previsti a tal fine.

43 Dalle considerazioni che precedono emerge che, nel particolare contesto all'origine della causa principale come descritto nella decisione di rinvio, l'unica differenza esistente tra le due azioni menzionate al punto 35 della presente sentenza consiste nella circostanza che le violazioni di diritto su cui esse si fondano sarebbero constatate, per una di esse, dalla Corte in una sentenza pronunciata in forza dell'art. 226 CE e, per l'altra, da una sentenza del Tribunal Constitucional.

44 Orbene, tale unica circostanza, in mancanza di qualsiasi menzione, nella decisione di rinvio, di altri elementi che consentano di concludere nel senso dell'esistenza di altre differenze tra l'azione di responsabilità dello Stato effettivamente avviata dalla Transportes Urbanos e quella che quest'ultima avrebbe potuto avviare sul fondamento di una violazione della Costituzione constatata dal Tribunal Constitucional, non può essere sufficiente per constatare una distinzione tra tali due azioni alla luce del principio di equivalenza.

45 In una situazione siffatta, occorre rilevare che le due azioni sopramenzionate possono essere considerate simili tra loro ai sensi del punto 35 della presente sentenza.

46 Ne consegue che, considerate le circostanze descritte nella decisione di rinvio, il principio di equivalenza osta all'applicazione di una regola come quella di cui trattasi nella causa principale.

47 Tenuto conto di tale conclusione, non è necessario esaminare la regola del previo esaurimento dei rimedi in questione alla luce del principio di effettività.

48 Emerge da quanto precede che la questione sollevata dev'essere risolta dichiarando che il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una regola di uno Stato membro in forza della quale un'azione di responsabilità dello Stato fondata su una violazione di tale diritto da parte di una legge nazionale, constatata da una sentenza della Corte pronunciata ai sensi dell'art. 226 CE, può avere esito positivo solo qualora il ricorrente abbia previamente esaurito tutti i rimedi interni diretti a contestare la validità dell'atto amministrativo lesivo adottato sulla base di tale legge, sebbene una regola siffatta non sia applicabile ad un'azione di responsabilità dello Stato fondata sulla violazione della Costituzione da parte di tale stessa legge, constatata dal giudice competente.

Sulle spese

49 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

Il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una regola di uno Stato membro in forza della quale un'azione di responsabilità dello Stato fondata su una violazione di tale diritto da parte di una legge nazionale, constatata da una sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee pronunciata ai sensi dell'art. 226 CE, può avere esito positivo solo qualora il ricorrente abbia previamente esaurito tutti i rimedi interni diretti a contestare la validità dell'atto amministrativo lesivo adottato sulla base di tale legge, sebbene una regola siffatta non sia applicabile ad un'azione di responsabilità dello Stato fondata sulla violazione della Costituzione da parte di tale stessa legge, constatata dal giudice competente.

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Sul procedimento di approvazione e modifica degli statuti regionali autonomi

***“Lo Stato in veste di garante della «istanza unitaria» che
connota il pluralismo istituzionale della Repubblica,
indirizzandolo verso l’osservanza della Costituzione”***

(Corte costituzionale, sentenza 8 maggio 2009 n. 149)

Il presente articolo ha per oggetto la promulgazione della legge statutaria della regione Sardegna non approvata dal *referendum* regionale per il mancato raggiungimento del *quorum*.

Il Consiglio regionale della Sardegna in data 7 marzo 2007 approvava la legge regionale sulla “disciplina riguardante la forma di governo e i rapporti fra gli organi, i principi fondamentali di organizzazione e di funzionamento della Regione, l’esercizio del diritto di iniziativa popolare e i *referendum* regionali, i casi di ineleggibilità e incompatibilità alla carica di presidente della Regione, consigliere regionale assessore regionale”.

La legge in questione, ai sensi dell’art. 15, comma 2, dello Statuto di autonomia (l. cost. 26 febbraio 1948, n. 3) veniva dietro richiesta di 19 consiglieri, assoggettata a *referendum* confermativo, ai sensi dell’art. 15, comma 4, dello statuto stesso.

La consultazione vedeva una partecipazione popolare del 15,7%, con prevalenza dei voti contrari all’approvazione per cui non era, secondo la dichiarazione della Corte d’appello, raggiunto il *quorum* previsto dall’art. 14, comma 2, della l.r. 17 maggio 1957, n. 20 (secondo cui il *referendum* non è dichiarato valido se “ non vi ha partecipato almeno un terzo degli elettori”), cui faceva rinvio l’art. 15, comma 1, della l.r. 28 ottobre 2002, n. 21 avente ad oggetto “Disciplina del *referendum* sulle leggi statutarie”.

La Corte di appello di Cagliari, alla quale, ai sensi del citato art. 14, è demandato l'accertamento del numero dei votanti e la conseguente proclamazione del risultato del *referendum*, sollevava alla Corte Costituzionale, tra le altre, la questione relativa alla legittimità dell'art. 15 della l.r. n. 21/2002 in quanto, richiamando anche per il *referendum* relativo a legge statutaria l'art. 14 della l.r. n. 20/1957, introduceva un *quorum* non previsto dall'art. 15 dello Statuto, con il quale pertanto si poneva in contrasto.

La Corte Costituzionale, tuttavia, con la decisione n. 16/2008, dichiarava inammissibile la questione di legittimità sollevata dalla Corte di Appello di Cagliari, affermando che detto giudice, non esercitando nel caso di specie funzioni giurisdizionali, non poteva sollevare la questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale.

La Corte di appello di Cagliari, applicando il citato art. 14, dichiarava non valido il *referendum* sulla legge statutaria per il mancato raggiungimento del *quorum* strutturale di un terzo degli elettori. Il Presidente della Regione tuttavia promulgava, con atto in data 10 luglio 2008, pubblicato sul B.U.R. n. 23 del 18 luglio 2008, la legge in questione, pur dando atto nell'atto di promulgazione che "la consultazione referendaria non ha raggiunto il *quorum* prescritto" e che la Corte d'appello di Cagliari non aveva conseguentemente dichiarato valido il *referendum*.

La decisione del presidente della regione sarda di promulgare ugualmente la legge statutaria anche nel caso di *referendum* invalido per mancanza di raggiungimento del *quorum* sembra essere stata frutto dell'opinione che la promulgazione sia un atto presidenziale vincolato, e che al presidente non sia consentito di valutare la legittimità costituzionale del procedimento di formazione della legge il cui sindacato non può che essere attribuito alla Corte Costituzionale ove possa esservi un interesse giuridicamente qualificato ad impugnare l'atto di promulgazione.

Un'altra tesi fa discendere l'obbligo del presidente della regione sarda di promulgare la legge statutaria non avendo il *referendum* soddisfatto l'onere legislativamente previsto.

Secondo questa opinione il *referendum* sulle leggi statutarie delineato dall'art. 15 dello statuto speciale della regione Sardegna si configura come uno strumento oppositivo - sospensivo per impedire l'entrata in vigore della legge statutaria. La dichiarazione di invalidità del *referendum* per mancato raggiungimento del *quorum* è quindi assimilabile alle ipotesi di mancata richiesta referendaria o di approvazione della legge da parte degli elettori; esiti tutti favorevoli ai sensi dell'art. 12 della L.r. 21/2002 perché tutti idonei a far venire meno tale forza oppositiva - sospensiva.

Il Governo italiano al contrario riteneva non costituzionalmente legittima la promulgazione della legge regionale statutaria della Sardegna per mancato raggiungimento del *quorum* referendario proponendo ricorso per conflitto di

attribuzione.

La particolarità del ricorso per conflitto di attribuzione riguardava innanzi tutto quello di affrontare il problema dell'interesse ad impugnare, da parte del governo, il solo atto di promulgazione della legge regionale statutaria e non le disposizioni delle norme in essa contenute.

Ai fini dell'ammissibilità del conflitto di attribuzione, si è sostenuto che la promulgazione della legge statutaria della Regione sarda in carenza del requisito previsto dall'art. 15 c. 4 dello Statuto di autonomia (norma di rango costituzionale) che consente la promulgazione della legge statutaria sottoposta a *referendum* soltanto se è "approvata dalla maggioranza dei voti validi", costituiva un'invasione dell'attribuzione esclusiva dello Stato di stabilire con legge costituzionale il procedimento di approvazione e promulgazione della legge statutaria della Sardegna.

Tale attribuzione dello Stato risulta dalla circostanza che il procedimento di approvazione e promulgazione di tale legge statutaria è stato previsto con legge costituzionale (art. 3 della legge costituzionale n. 2 del 2001) dello Stato e pertanto può essere integrato o modificato soltanto con legge costituzionale di competenza esclusiva dello Stato e non della Regione. Ove tale procedimento non sia stato osservato in esecuzione della norma costituzionale che lo prevede, come è avvenuto nel caso in esame, rientra nella competenza dello Stato, attraverso il conflitto di attribuzione, richiedere l'annullamento dell'atto di promulgazione della legge statutaria facendo dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme, anche eventualmente quanto alla interpretazione datane, in attuazione delle quali la promulgazione della legge è stata effettuata.

La Corte Costituzionale nella sentenza n. 149 del 2009 ha accolto il ricorso per conflitto di attribuzione, sia sotto il profilo dell'ammissibilità, che nel merito dichiarando che non spettava al Presidente della Regione Sardegna procedere alla promulgazione della legge statutaria non approvata dai voti di un *referendum* non valido.

La sentenza è molto importante perché stabilisce principi generali da condividere pienamente.

Sotto il profilo dell'ammissibilità del conflitto di attribuzione la Corte ha accolto la tesi dell'avvocatura stabilendo che il Governo può utilizzare il conflitto di attribuzione per denunciare l'asserita illegittimità dell'atto di promulgazione per vizi precedentemente non rilevabili. In particolare la Corte ha precisato che lo Stato si pone con riguardo al procedimento di approvazione e di modifica degli Statuti regionali autonomi, in veste di garante della istanza unitaria che connota il pluralismo istituzionale della Repubblica, indirizzandolo verso l'osservanza della Costituzione.

Nel merito ha ritenuto fondato il ricorso in quanto l'art. 15 dello Statuto speciale della Regione Sardegna esige che si verifichi, per la promulgazione, la condizione dell'approvazione da parte della maggioranza dei voti validi,

che nel caso di specie non vi è stata, nel caso in cui la legge statutaria fosse sottoposta a *referendum*.

La decisione non può che ritenersi giuridicamente ineccepibile ove si consideri che la conseguenza giuridica della invalidità della consultazione popolare per mancato raggiungimento del *quorum* strutturale in un *referendum*, che è previsto come espressamente confermativo o approvativo della legge in quanto regolato da disposizioni di contenuto analogo alla previsione dell'art. 138 c. 2 della Cost., è che la legge sottoposta a *referendum* non è stata approvata. Una legge non approvata è del tutto inesistente e non può essere promulgata. Il presidente non ha il potere di promulgare una legge che non è stata approvata, altrimenti farebbe egli stesso una legge.

A ciò si deve aggiungere che nel caso di specie il *referendum* (invalido) aveva dato l'inequivocabile esito di un voto popolare contrario all'approvazione della legge.

Pertanto a prescindere dalla costituzionalità del *quorum* previsto per l'approvazione della legge statutaria della Sardegna (questione espressamente affrontata nel primo motivo del ricorso dichiarato inammissibile dalla Corte in quanto la legge regionale che prevedeva il *quorum* non era stata a suo tempo impugnata), si deve rilevare che nel *referendum* c.d. approvativo quello che conta è la volontà popolare.

La mancata maggioranza dei voti validi, quale che sia il valore del *referendum* che non ha raggiunto il *quorum*, avrebbe dovuto di per sé impedire la promulgazione della legge.

*Avv. Michele Dipace**

Corte costituzionale, sentenza 8 maggio 2009 n. 149 - Ud. Pubblica 21 aprile 2009 - Pres. Amirante, Red. De Siervo - Giudizio per conflitto di attribuzione tra enti sorto a seguito dell'atto di promulgazione, adottato dal Presidente della Regione Sardegna, della legge regionale 10 luglio 2008, n. 1 recante: «Disciplina riguardante la forma di governo e i rapporti fra gli organi, i principi fondamentali di organizzazione e di funzionamento della regione, l'esercizio del diritto di iniziativa popolare e i *referendum* regionali, i casi di ineleggibilità e incompatibilità alla carica di presidente della regione, consigliere regionale e assessore regionale», promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri (avv. Stato Michele Dipace).

(Omissis)

Ritenuto in fatto

1. – Con ricorso consegnato all'ufficiale giudiziario per la notifica il 16 settembre 2008, pervenuto presso la sede della destinataria Regione il successivo 19 settembre e depositato il

(*) Vice Avvocato generale dello Stato.

giorno 23 dello stesso mese, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha sollevato conflitto di attribuzione nei confronti della Regione Sardegna, per l'annullamento dell'atto di promulgazione della legge statutaria della Regione Sardegna 10 luglio 2008, n. 1 (Disciplina riguardante la forma di governo e i rapporti fra gli organi, i principi fondamentali di organizzazione e di funzionamento della regione, l'esercizio del diritto di iniziativa popolare e i *referendum* regionali, i casi di ineleggibilità e incompatibilità alla carica di presidente della regione, consigliere regionale e assessore regionale), pubblicata nel *Bollettino Ufficiale* della Regione Sardegna 18 luglio 2008, n. 23, in riferimento all'art. 15, comma 4, dello statuto speciale della Regione autonoma della Sardegna, adottato con legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3 (come modificata dalla legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2).

2. – Riferisce il ricorrente che la legge statutaria in parola, approvata dal Consiglio regionale della Sardegna il 7 marzo 2007, ai sensi dell'art. 15, secondo comma, dello statuto, era stata, su iniziativa di diciannove consiglieri regionali, assoggettata a *referendum*, ex art. 15, quarto comma, dello stesso statuto, *referendum* che si teneva il successivo 21 ottobre. La consultazione vedeva una partecipazione del 15,7% degli aventi diritto, con prevalenza dei voti contrari all'approvazione (votanti 228.440; voti favorevoli all'approvazione della legge 72.606; voti contrari 153.053), sicché non veniva raggiunto il *quorum* previsto, per effetto del rinvio di cui all'art. 15, comma 1, della legge regionale 28 ottobre 2002, n. 21 (Disciplina del *referendum* sulle leggi statutarie), dall'art. 14, comma 2, della legge regionale 17 maggio 1957, n. 20 (Norme in materia di referendum popolare regionale), a mente del quale il *referendum* non è dichiarato valido se «non vi ha partecipato almeno un terzo degli elettori».

La Corte di appello di Cagliari, nel corso del procedimento di verifica dei risultati del predetto *referendum*, sollevava, tra le altre, la questione di legittimità costituzionale del citato art. 15 della legge regionale n. 21 del 2002 censurando la previsione di un *quorum* non contemplato dall'art. 15 dello statuto speciale. Con la sentenza n. 164 del 2008, questa Corte ha dichiarato inammissibile la predetta questione, non riconoscendo alla rimettente la legittimazione a sollevare la medesima.

A seguito di tale pronuncia, la Corte di appello di Cagliari, applicando il citato art. 14, dichiarava non valido il *referendum* per il mancato raggiungimento del suindicato *quorum* strutturale.

Il Presidente della Regione, infine, ha promulgato la suddetta legge, con atto in data 10 luglio 2008, pubblicato nel *Bollettino Ufficiale* n. 23 del 18 luglio 2008.

3. – Il ricorrente, in via preliminare, ritiene sussistere il proprio interesse a ricorrere avverso l'impugnato atto, trattandosi di promulgazione approvata all'esito di un procedimento ritenuto non conforme alle corrispondenti previsioni statutarie, provviste di rango costituzionale.

Infatti, la promulgazione della legge statutaria, in carenza del requisito della «maggioranza dei voti validi» espressi in sede referendaria, costituisce «invasione dell'attribuzione esclusiva dello Stato di stabilire con legge costituzionale il procedimento di approvazione e promulgazione della legge statutaria della Sardegna». Pertanto, «rientra nella competenza dello Stato, attraverso il conflitto di attribuzione, richiedere l'annullamento dell'atto di promulgazione della legge statutaria facendo dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme, anche eventualmente quanto alla interpretazione datane, in attuazione delle quali la promulgazione della legge è stata effettuata».

Ricorda l'Avvocatura dello Stato che, con la sentenza n. 469 del 2005, questa Corte ha riconosciuto la possibilità per il Governo di utilizzare lo strumento del conflitto di attribuzione

per «impugnare la promulgazione e la successiva vera e propria pubblicazione di un testo statutario in ipotesi incostituzionale per vizi non rilevabili tramite il procedimento di cui all'art. 123 Cost. di adozione dello statuto e per vizi anche successivi al primo eventuale giudizio della Corte sulla legge in questione».

Il presente ricorso è, per la difesa erariale, finalizzato a censurare «vizi della promulgazione, sopravvenuti rispetto alla scadenza del termine di cui all'art. 15, terzo comma, dello statuto speciale, che evidentemente non si potevano dedurre in una fase antecedente» e «l'unico strumento utilizzabile è quello del conflitto di attribuzione».

4. – Nel merito, il ricorrente reputa «palese» l'illegittimità dell'atto di promulgazione.

Più precisamente, il ricorrente sostiene, innanzitutto, che l'impugnato atto di promulgazione sarebbe stato adottato sulla base di una disciplina (il combinato disposto degli artt. 14, secondo comma, della l.r. Sardegna n. 20 del 1957, e 15, comma 1, della l.r. Sardegna n. 21 del 2002) illegittima in quanto incompatibile con l'art. 15, quarto comma, dello statuto speciale della Regione Sardegna che non contempla (e, dunque, vieta) il quorum strutturale in ordine al referendum in oggetto.

Al riguardo, l'Avvocatura dello Stato sottolinea l'analogia della disposizione statutaria invocata a parametro rispetto alla previsione dell'art. 138, secondo comma, della Costituzione, che non prevede alcun *quorum* minimo di votanti per la validità della consultazione referendaria, come, al contrario, è sancito per il *referendum* abrogativo di leggi statali ordinarie dall'art. 75, terzo comma, della Costituzione.

In subordine il ricorrente sostiene che il succitato art. 15 rinvia agli artt. 9, 10, 12, 13, 14 e 15 della l.r. n. 20 del 1957 esclusivamente con riguardo allo «svolgimento del *referendum*». Ne consegue che il rinvio in questione non può essere interpretato come esteso anche al secondo comma dell'art. 14 della l.r. n. 20 del 1957, il quale indica il quorum strutturale previsto dall'art. 32 dello statuto in relazione al *referendum* abrogativo. Sicché, il predetto rinvio deve essere inteso, in un senso costituzionalmente legittimo, come riferito esclusivamente al comma 1 e cioè in relazione alla modalità del *referendum* e non alla sua validità: ciò che lo statuto speciale ha inteso affidare al legislatore regionale ordinario «è soltanto la disciplina del procedimento elettorale di svolgimento del *referendum*, e non certo, la previsione di ulteriori requisiti di validità della consultazione referendaria ovvero di ulteriori e diversi requisiti di promulgabilità della legge statutaria sottoposta a *referendum* popolare».

5. – In secondo luogo, posto che ai sensi dell'art. 15, quarto comma, dello statuto speciale della Regione Sardegna «la legge sottoposta a *referendum* non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi», il Presidente della Regione non avrebbe potuto adottare l'impugnato atto di promulgazione «e ciò per il semplice motivo che la legge statutaria sottoposta validamente a *referendum* confermativo, una volta che sia stata dichiarata non valida la deliberazione popolare, non è stata approvata dalla maggioranza dei voti validi» e, dunque, «una legge che non sia stata approvata è del tutto inesistente».

Il *referendum* dichiarato non valido per mancanza del *quorum* – rimarca l'Avvocatura dello Stato – non consente al Presidente della Regione di promulgare la legge, «e ciò per il semplice motivo che la legge statutaria sottoposta validamente a *referendum* confermativo, una volta che sia stata dichiarata non valida la deliberazione popolare, non è stata approvata dalla maggioranza dei voti validi». In altri termini, la conseguenza giuridica della invalidità della consultazione popolare, in un *referendum* confermativo o approvativo, è che la legge statutaria sottoposta a *referendum* non è stata approvata e, dunque, non poteva essere promulgata ai sensi dell'art. 15, quarto comma, dello statuto sardo.

Nel caso di specie – conclude la difesa erariale – il Presidente della Regione non avrebbe utilizzato le formule tassative di promulgazione previste negli artt. 4 (promulgazione della legge in caso di mancata richiesta di *referendum*); 8 (promulgazione della legge in caso di dichiarazione di illegittimità della richiesta di *referendum*); 12 (promulgazione della legge in caso di esito favorevole della legge), della legge regionale n. 21 del 2002, ma ha dato atto della dichiarazione di non validità del *referendum*, promulgando poi la legge regionale in questione. Egli avrebbe, così, «creato un'altra formula di promulgazione della legge regionale statutaria».

6. – La Regione Sardegna, con atto di costituzione depositato il 15 ottobre 2008, e dunque tardivamente, ha illustrato molteplici profili di inammissibilità e, comunque, di infondatezza del conflitto.

Considerato in diritto

1. – Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha sollevato conflitto di attribuzione nei confronti della Regione Sardegna, per l'annullamento dell'atto di promulgazione della legge statutaria della Regione Sardegna 10 luglio 2008, n. 1 (Disciplina riguardante la forma di governo e i rapporti fra gli organi, i principi fondamentali di organizzazione e di funzionamento della regione, l'esercizio del diritto di iniziativa popolare e i *referendum* regionali, i casi di ineleggibilità e incompatibilità alla carica di presidente della regione, consigliere regionale e assessore regionale), in riferimento all'art. 15, quarto comma, dello statuto speciale della Regione autonoma della Sardegna adottato con legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3 (come modificata dalla legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2).

La legge statutaria, approvata dal Consiglio regionale della Sardegna ai sensi dell'art. 15, secondo comma, dello statuto, era stata assoggettata al *referendum* previsto dal quarto comma, primo periodo, dello stesso art.15, a mente del quale detta legge «è sottoposta a *referendum* regionale, la cui disciplina è prevista da apposita legge regionale, qualora entro tre mesi dalla sua pubblicazione ne faccia richiesta un cinquantesimo degli elettori della Regione o un quinto dei componenti del Consiglio regionale».

L'art. 15, quarto comma, secondo periodo, dello statuto prevede, altresì, che «la legge sottoposta a *referendum* non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi». Alla consultazione referendaria ha partecipato un numero di elettori inferiore al *quorum* previsto, per effetto del rinvio di cui all'art. 15, comma I, della legge regionale n. 21 del 2002, all'art. 14, secondo comma, della legge regionale n. 20 del 1957, ai sensi del quale il *referendum* non è dichiarato valido se «non vi ha partecipato almeno un terzo degli elettori». I voti favorevoli all'approvazione sono risultati inferiori rispetto ai voti contrari.

Non essendo stato raggiunto il prescritto *quorum*, la Corte d'appello di Cagliari, nel corso del procedimento di verifica dei risultati, ha dichiarato non valido il *referendum*. A seguito di tale dichiarazione, il Presidente della Regione ha proceduto alla promulgazione della suddetta legge statutaria.

L'odierno ricorso prospetta due ordini di censure a carico del medesimo atto.

Il ricorrente sostiene, innanzitutto, che l'impugnato atto di promulgazione sarebbe stato adottato sulla base di una disciplina legislativa illegittima in quanto incompatibile con l'art. 15, quarto comma, dello statuto che non contempla (e, dunque, vieterebbe) il *quorum* strutturale in ordine al *referendum* in oggetto.

In secondo luogo, per il ricorrente, il Presidente della Regione non avrebbe potuto adottare l'impugnato atto di promulgazione «per il semplice motivo che la legge statutaria sottoposta

validamente a *referendum* confermativo, una volta che sia stata dichiarata non valida la deliberazione popolare, non è stata approvata dalla maggioranza dei voti validi».

2. – Va dichiarata, in via preliminare, l'inammissibilità della costituzione in giudizio della Regione Sardegna, dal momento che essa è avvenuta in data 15 ottobre 2008, e cioè dopo la scadenza del termine di venti giorni dalla notificazione del ricorso (secondo quanto prevedeva, nella precedente formulazione, l'art. 27, terzo comma, delle Norme integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale, applicabile *ratione temporis* al presente giudizio), intervenuta il 16 settembre 2008 (fra le molte, si vedano le sentenze n. 313 del 2006; n. 169 del 1999; n. 331 del 1998 e n. 428 del 1997).

3. – In relazione alla prima delle due doglianze, il ricorso è inammissibile.

Invero, il ricorrente ha inteso dimostrare che l'atto di promulgazione si è basato su una disciplina del *referendum* (il combinato disposto degli artt. 14, secondo comma, della l.r. Sardegna n. 20 del 1957, e 15, comma 1, della l.r. Sardegna n. 21 del 2002) incompatibile con l'art. 15 dello statuto, che non prevede alcun *quorum* strutturale.

L'illegittimità costituzionale di tale disciplina si estenderebbe all'atto di promulgazione.

La censura così formulata in realtà si esaurisce nella prospettazione di un dubbio d'incostituzionalità su una legge regionale che, a suo tempo, non fu oggetto di alcuna impugnazione in via principale.

Da ciò la inammissibilità del ricorso in questa parte.

Questa Corte ha in più occasioni statuito che, «altrimenti ritenendo, il ricorso per conflitto di attribuzioni si risolverebbe, da un lato, in strumento attraverso il quale si eluderebbero i termini perentori previsti dall'art. 127 Cost. per promuovere in via principale le questioni di legittimità costituzionale di leggi regionali o statali e, dall'altro lato, in mezzo utilizzabile per sottrarre al giudice *a quo* il potere-dovere di sollevare in via incidentale la questione di legittimità costituzionale dell'atto avente forza di legge, sul quale si fonda il provvedimento davanti ad esso giudice impugnato» (sentenza n. 386 del 2005, si vedano anche le sentenze n. 375 del 2008; n. 386 del 2005 e n. 334 del 2000).

4. – Ammissibile è, invece, il ricorso in relazione alla seconda doglianza, là dove il ricorrente ha inteso «censurare il fatto sopravvenuto dell'illegittima, sotto il profilo costituzionale, promulgazione della legge statutaria».

Questa Corte ha già avuto occasione di affermare nella sentenza n. 469 del 2005 che, dopo la scadenza dei termini per impugnare in via diretta e preventiva uno statuto regionale ordinario, ai sensi dell'art. 123, secondo comma, Cost., il Governo può utilizzare il conflitto di attribuzione per denunciare l'asserita illegittimità dell'atto di promulgazione per vizi precedentemente non rilevabili. Ciò analogamente a quanto, pur in un diverso contesto costituzionale, si era già deciso, affermando che può darsi il caso «in cui proprio dalla intervenuta promulgazione si assuma risulti menomato un potere costituzionalmente spettante al Governo e la proposizione del conflitto sia l'unico mezzo del quale dispone per provocare una decisione di questa Corte che restauri l'ordine delle competenze» (sentenza n. 40 del 1977).

La particolare importanza degli statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria e delle leggi statutarie delle Regioni speciali ha infatti indotto il Parlamento, dapprima in sede di revisione dell'art. 123 Cost. con la legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1 (Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni) e poi con la legge costituzionale n. 2 del 2001, a prevedere un possibile controllo preventivo, su istanza del Governo, sulla costituzionalità di queste fonti, secondo una opzione comune a tutte le Regioni già sottolineata da questa Corte in precedenti pronunce (si vedano

le sentenze n. 469 del 2005 e n. 304 del 2002). Al tempo stesso, si prevede anche l'eventuale integrazione del procedimento di formazione della fonte statutaria autonoma tramite il *referendum* popolare, ove lo richiedano, entro tre mesi, determinati soggetti puntualmente individuati dall'art. 123 Cost. e dalle corrispondenti disposizioni degli statuti speciali (per la Sardegna, si vedano i commi 4 e 5 dell'art. 15 dello statuto regionale).

Lo Stato si pone, pertanto, anche con riguardo al procedimento di approvazione e di modifica degli statuti regionali autonomi, in veste di garante della «istanza unitaria» che, come già sottolineato da questa Corte (sentenza n. 274 del 2003), connota il pluralismo istituzionale della Repubblica, indirizzandolo verso l'osservanza della Costituzione.

Nel caso di specie, la configurazione di un controllo preventivo azionabile dal Governo comprova la sussistenza in capo al medesimo di un interesse a preservare la supremazia delle previsioni contenute nello statuto speciale dalle lesioni che il procedimento regionale di approvazione o di modifica dello statuto autonomo possa infliggere loro.

Tale interesse non si esaurisce con lo spirare dei termini previsti per sollevare questione di legittimità costituzionale sul testo della legge statutaria, quando il vizio d'illegittimità sopraggiunga nella fase ulteriore del procedimento e si consolidi a seguito dell'atto di promulgazione: esso si proietta, viceversa, anche su tale fase, in relazione alla quale è il conflitto di attribuzione tra enti ad offrirsi quale strumento costituzionale per garantirne la tutela, preservando così la competenza dello Stato ad impedire che entrino in vigore norme statutarie costituzionalmente illegittime.

Tale competenza, di regola, si esercita secondo una sequenza procedimentale definita dalle corrispondenti norme dello statuto speciale: il Governo può promuovere la questione di legittimità costituzionale entro trenta giorni dalla pubblicazione notiziale della delibera statutaria. Il controllo così scandito può, però, non consentire al Governo di denunciare l'intero spettro di vizi che possono, in ipotesi, inficiare la legge statutaria, atteso che avverso di essa non è esperibile il controllo successivo previsto per le comuni leggi regionali. È questo il caso in cui la lesione si consumi per effetto dell'adozione dell'atto di promulgazione che determini una autonoma e successiva violazione delle norme ad esso sovraordinate. In relazione a tali vizi è, pertanto, attivabile il conflitto di attribuzione.

5. – Nel merito, il ricorso è fondato.

Il quarto comma dell'art. 15 dello statuto speciale della Regione Sardegna prescrive espressamente che la legge statutaria «sottoposta a *referendum* non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi».

Questa disposizione esige che si verifichi una condizione, ossia l'approvazione da parte della maggioranza dei voti validi, che, con tutta evidenza, non si è avuta nel caso di cui al presente giudizio.

Avendo il Presidente della Regione proceduto alla promulgazione malgrado il mancato verificarsi della condizione espressamente prescritta, si è data efficacia ad una legge statutaria il cui procedimento di approvazione non era giunto a compimento.

Né la condizione prescritta dall'ultimo periodo del quarto comma dell'art. 15 dello statuto si realizza in ragione della dichiarazione d'invalidità del *referendum* per il mancato raggiungimento del previsto *quorum* strutturale, dal momento che la succitata previsione statutaria impone, invece, che, in mancanza di una maggioranza di voti validi, la legge statutaria non sia promulgata.

Non rileva a tal fine che l'invalidità della procedura referendaria sia prevista da una legge regionale (la cui legittimità costituzionale non è necessario in questa sede sindacare), ovvero

che essa sia stata successivamente dichiarata dalla Corte di appello di Cagliari, dato che nella disposizione statutaria ci si riferisce solo ad un dato oggettivo, costituito dalla prevalenza, fra i voti validamente espressi nel *referendum*, di quelli di approvazione, rispetto a quelli contrari: è palese che tale condizione non è stata soddisfatta, né alla luce dell'esito della consultazione, ove i voti contrari hanno prevalso, né, a maggior ragione, se si dovesse considerare invalido il procedimento referendario, e inidoneo come tale ad esprimere una valida maggioranza favorevole.

Pertanto il Presidente della Giunta, promulgando ugualmente la legge statutaria, ha violato l'art. 15, quarto comma, dello statuto.

Per tali motivi va dichiarato che non spettava al Presidente della Regione Sardegna promulgare la legge statutaria regionale n. 1 del 2008 in assenza della sua approvazione da parte della maggioranza dei voti validi di coloro che avevano preso parte all'apposito *referendum* popolare.

Di conseguenza, va annullato l'atto di promulgazione della legge statutaria 10 luglio 2008 n. 1.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibile il conflitto di attribuzione sollevato dallo Stato nei confronti della Regione Sardegna con il ricorso indicato in epigrafe limitatamente alla parte relativa alla denunciata incompatibilità con l'art. 15 dello statuto sardo della normativa regionale in base alla quale è stato emanato l'atto di promulgazione della legge statutaria della Regione Sardegna 10 luglio 2008, n. 1 (Disciplina riguardante la forma di governo e i rapporti fra gli organi, i principi fondamentali di organizzazione e di funzionamento della regione, l'esercizio del diritto di iniziativa popolare e i *referendum* regionali, i casi di ineleggibilità e incompatibilità alla carica di presidente della regione, consigliere regionale e assessore regionale);

dichiara che non spettava al Presidente della Regione Sardegna procedere alla promulgazione della suddetta legge statutaria della Sardegna n. 1 del 2008;

annulla, per l'effetto, la promulgazione medesima.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 4 maggio 2009.

Limiti al valore probatorio degli “studi di settore”

(Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 18 dicembre 2009 n. 26635)

Allego questa importante sentenza delle Sezioni Unite, che in sostanza nega il valore di presunzione ai parametri e agli studi di settore, se non adeguati, attraverso il contraddittorio procedimentale, alla concreta situazione del contribuente.

La sentenza precisa che i principi affermati valgono soltanto in relazione agli accertamenti eseguiti mediante parametri o studi di settore, e non anche in relazione agli accertamenti eseguiti secondo le procedure ordinarie previste dall'art. 39 dpr 600/73. L'enfatizzazione del contraddittorio procedimentale con il contribuente, considerata dalla Corte un corollario diretto del principio costituzionale della capacità contributiva, sembra però suscettibile di applicazione più ampia, estesa anche ad altri casi in cui l'accertamento venga innescato da forme di presunzione legale. In particolare, si potrebbe pensare ai c.d. “accertamenti bancari”, nei quali spesso si fa questione dell'omesso “previo contraddittorio”.

In questi casi sarà forse opportuno precisare che si tratta di presunzioni legali basate su fatti, quali i movimenti bancari, già di per sé specificamente attinenti alla posizione del contribuente. Il contraddittorio procedimentale non assume quindi, riguardo ad essi, quella funzione individualizzante che la sentenza allegata ritiene costituzionalmente necessaria quando si proceda, invece, sulla base di semplici estrapolazioni statistiche.

*Avv. Paolo Gentili**

Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 18 dicembre 2009 n. 26635 - Pres. Carbone, Rel. Botta - Min. economia e finanze - Agenzia delle entrate (avv. Stato Antonio Volpe) c. P.G. (n.c.)

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La controversia concerne l'impugnazione di un avviso di accertamento ai fini IVA ed IRPEF per l'anno 1996, con il quale l'Ufficio, ai sensi della L. n. 549 del 1995, art. 3, comma 181, avvalendosi dei parametri del settore previsti dal D.P.C.M. 29 gennaio 1996, rettificava in au-

(*) Avvocato dello Stato.

mento i ricavi dichiarati dal contribuente (attività di parrucchiere per uomo): con l'impugnazione era eccepita la carenza di motivazione dell'atto impositivo non potendo i parametri costituire "prova", in quanto mancanti dei requisiti di gravità, precisione e concordanza, e la non corrispondenza ai parametri dell'attività esercitata in un paese dell'entroterra lucano con attrezzature acquistate molto tempo addietro e ormai quasi tutte completamente ammortizzate.

La Commissione adita rigettava il ricorso, rilevando che l'accertamento era fondato su precise disposizioni di legge e che il contribuente non aveva dato alcuna convincente prova del fatto che i ricavi effettivamente prodotti potevano e dovevano essere inferiori a quelli accertati. La decisione era riformata in appello, con la sentenza in epigrafe, che riteneva i parametri insufficienti a sorreggere da soli la legittimità dell'accertamento. Avverso tale sentenza il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Agenzia delle Entrate propongono ricorso per cassazione con unico motivo. Il contribuente non si è costituito.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Va rilevata preliminarmente l'inammissibilità del ricorso del Ministero dell'Economia e delle Finanze: nel caso di specie al giudizio di appello ha partecipato l'Ufficio periferico di Pisticci dell'Agenzia delle Entrate (successore a titolo particolare del Ministero) e il contraddittorio è stato accettato dal contribuente senza sollevare alcuna eccezione sulla mancata partecipazione del dante causa, che così risulta, come costantemente ha rilevato la giurisprudenza di questa Corte (*ex plurimis*, v. Cass. n. 3557 del 2005), estromesso implicitamente dal giudizio, con la conseguenza che la legittimazione a proporre il ricorso (così come il ricorso per cassazione) spettava alla sola Agenzia. In relazione a tale inammissibilità debbono essere compensate le spese della presente fase del giudizio, stante il consolidamento dei suddetti principi in epoca successiva alla proposizione del ricorso.

2. Con l'unico motivo di ricorso, l'Agenzia delle Entrate denuncia violazione del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 39, e L. n. 549 del 1995, art. 3, commi 179 - 189, affermando che i parametri, diversamente da quanto sostenuto dal giudice di merito, non sono presunzioni semplici, bensì presunzioni legali cui deve essere opposta una precisa prova contraria ed evidenziando che nel caso di specie l'accertamento aveva tallo seguito al mancato pagamento di quanto concordato con il contribuente in sede di accertamento per adesione.

3. I *parametri*, istituiti con la finanziaria 1996 (L. n. 549 del 1995, art. 3, commi 179 - 189), rappresentano una tappa centrale di un percorso evolutivo dell'ordinamento tributario che va dai *coefficienti presuntivi* introdotti nel 1989 agli *studi di settore* previsti dal D.L. n. 331 del 1993, ma poi attivati progressivamente con successivi aggiustamenti - nel processo di affinamento di *metodi standardizzati* di accertamento intesi a facilitare la lotta all'evasione fiscale e a ridurre il contenzioso tra contribuenti ed amministrazione, promuovendo la partecipazione del contribuente alla procedura di definizione del reddito mediante la "istituzionalizzazione" di un *contraddittorio endoprocedimentale* a carattere preventivo.

3.1. La legge istitutiva, dopo aver abrogato i coefficienti presuntivi (art. 3, comma 179) e prorogato al 31 dicembre 1996 il termine per la approvazione e la pubblicazione degli studi di settore (art. 3, comma 180), prevede che "fino alla approvazione degli studi di settore, gli accertamenti di cui al D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 39, comma 1, lett. d), e successive modificazioni, possono essere effettuati, senza pregiudizio della ulteriore azione accertatrice con riferimento alle medesime o alle altre categorie reddituali, nonchè con riferimento ad ulteriori operazioni rilevanti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, utilizzando i parametri di

cui al comma 184, del presente articolo ai fini della determinazione presuntiva dei ricavi, dei compensi e del volume d'affari". Il comma 184 prevede che "il Ministero delle finanze - Dipartimento delle entrate, elabora parametri in base ai quali determinare i ricavi, i compensi ed il volume d'affari fondatamente attribuibili al contribuente in base alle caratteristiche e alle condizioni di esercizio della specifica attività svolta. A tal fine sono identificati, in riferimento a settori omogenei di attività, campioni di contribuenti che hanno presentato dichiarazioni dalle quali si rilevano coerenti indici di natura economica e contabile; sulla base degli stessi sono determinati parametri (approvati con le speciali modalità previste dal comma 186) che tengano conto delle specifiche caratteristiche della attività esercitata". I parametri sono stati poi approvati con D.P.C.M. 29 gennaio 1996, modificato con D.P.C.M. 27 marzo 1997. La legge prevede altresì (comma 185) che l'accertamento mediante i parametri sia definibile (c.d. *accertamento per adesione*) ai sensi del D.L. n. 546 del 1994, art. 2 *bis*, limitatamente alla categoria di reddito che ha formato oggetto di accertamento, con preclusione, se intervenuta la definizione, della possibilità per l'Ufficio di effettuare, per lo stesso periodo di imposta, l'accertamento di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 38.

3.2. L'applicazione della procedura di accertamento per adesione costituisce la modalità con la quale si realizza il contraddittorio, come *momento essenziale*, del procedimento di determinazione presuntiva dei ricavi mediante i parametri: tanto emerge anche da quanto previsto dal p.6 della Circolare 13 maggio 1996, n. 117/E (esplicativa ed attuativa delle disposizioni della legge istitutiva del metodo standardizzato costituito dai parametri), dove si precisa che "in sede di definizione dell'accertamento il contribuente potrà valersi del diritto di fornire la prova, contraria, motivando e documentando idoneamente le ragioni in base alle quali la dichiarazione di ricavi e compensi di ammontare inferiore a quello presunto in base ai parametri può ritenersi giustificata, in relazione alle concrete modalità di svolgimento dell'attività".

3.4. Questa interpretazione rappresenta una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni della legge istitutiva dell'accertamento sulla base di parametri, in quanto:

a) da un lato, il contraddittorio deve ritenersi un elemento essenziale e imprescindibile (anche in assenza di una espressa previsione normativa) del *giusto procedimento* che legittima l'azione amministrativa (in questo senso v. Cass. n. 2816 del 2008, sulla base di argomentazioni che il collegio condivide e conferma);

b) dall'altro, esso è il mezzo più efficace per consentire un necessario adeguamento della elaborazione parametrica - che, essendo una estrapolazione statistica a campione di una platea omogenea di contribuenti, soffre delle incertezze da approssimazione dei risultati proprie di ogni strumento statistico - alla concreta realtà reddituale oggetto dell'accertamento nei confronti di un singolo contribuente.

4. Secondo la Corte costituzionale (sent. n. 105 del 2003) il meccanismo di accertamento in base ai "parametri", previsto dalla L. n. 549 del 1996, art. 3, comma 181 - 189, "costituisce disciplina transitoria (applicabile ai soli esercizi 1995, 1996 e 1997) collocata tra il vecchio sistema dell'accertamento secondo i coefficienti presuntivi di cui al D.L. 2 marzo 1989, n. 69, ed il nuovo sistema degli studi di settore (in vigore dall'esercizio 1998). A differenza dei coefficienti presuntivi, i parametri prevedono un sistema basato su presunzione semplice la cui idoneità probatoria è rimessa alla valutazione del giudice di merito, in assenza di previsioni proceduralizzate circa la partecipazione del soggetto passivo alla fase istruttoria che precede l'emanazione dell'atto di accertamento".

4.1. Il giudice delle leggi ha attribuito alle circolari 21 giugno 1999 n. 136 e 7 agosto 2000 n. 157 la funzione di promuovere forme di contatto preventivo tra amministrazione e contri-

biente assoggettato al controllo, alle quali ricondurre l'adeguamento del reddito "astratto" risultante dai parametri al reddito "concreto" che deve essere oggetto dell'accertamento.

4.2. La circolare n. 136 del 1999 prevede specificamente che gli Uffici debbano procedere "alla notifica degli inviti predisposti, attivando il procedimento di accertamento con adesione ai sensi del D.Lgs. n. 218 del 1997, art. 5. In sede di contraddittorio con l'Ufficio, il contribuente potrà esporre e documentare i fatti e le circostanze idonei a giustificare, in tutto o in parte, lo scostamento dei ricavi o dei compensi dichiarati rispetto a quelli determinati in base ai parametri. Gli elementi forniti e le osservazioni formulate dai contribuenti andranno attentamente valutati dagli uffici al fine di pervenire alla definizione dell'accertamento ovvero rilevare l'insussistenza delle condizioni di procedibilità dell'accertamento in base ai parametri".

4.3. A sua volta, la circolare n. 157 del 2000 evidenzia la direttiva ministeriale che richiama l'attenzione degli Uffici sull'"esigenza di incentivare l'applicazione dell'accertamento con adesione quale fisiologico e trasparente strumento per la definizione del rapporto tributario e la prevenzione delle controversie con il contribuente" e, ricordata la revisione dell'istituto dell'accertamento con adesione operata con il D.Lgs. n. 218 del 1997 (applicabile anche ai fini dell'accertamento mediante i parametri), sottolinea come nel procedimento di controllo assuma "rilevanza la fase del contraddittorio con il contribuente, il quale consente all'Amministrazione di conoscere e considerare le specifiche caratteristiche dell'attività esercitata e di adeguare il risultato dell'applicazione dei parametri alla particolare situazione dell'impresa o della professione esercitata".

4.4. Si conferma, per questa via, il valore dei riferimenti, contenuto nella legge istitutiva dei parametri, alla procedura di *accertamento per adesione* quale indefettibile momento del contraddittorio tra contribuente ed amministrazione, che costituisce anche la via per giungere alla *personalizzazione della stima* necessaria a correggere la valutazione parametrica, tenendo conto delle diverse situazioni gestionali e della localizzazione dell'attività svolta dal contribuente: una attività utile, cioè, a porre rimedio a quel difetto delle modalità applicative del procedimento di determinazione dei parametri, che la Corte costituzionale nella richiamata sentenza n. 105 del 2003 aveva ritenuto sottratte al proprio controllo di legittimità, in quanto dettate da norma subprimarie, ma aveva allo stesso tempo affermato essere sindacabili da parte del giudice di merito.

4.5. La legittimità costituzionale delle disposizioni istitutive dell'accertamento con applicazione dei parametri e, quindi, riconosciuta dalla Corte costituzionale in quanto la procedura in questione costituisce un sistema basato su una *presunzione semplice*, la cui idoneità probatoria è rimessa alla valutazione del giudice di merito (sent. n. 105 del 2003; ord. 140 del 2003), ed in quanto l'astrattezza della elaborazione statistica trova un efficace correttivo nel contraddittorio preventivo con i soggetti destinatari dell'accertamento. Tra quest'ultimi, coloro che svolgano attività d'impresa o arti e professioni in contabilità ordinaria possono essere destinatari di un accertamento con l'applicazione dei parametri solo laddove la contabilità risulti inattendibile a seguito di un verbale di ispezione (L. n. 549 del 1995, art. 3, comma 181, lett. b)).

5. Sicchè, una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni relative alla procedura di accertamento mediante l'applicazione dei *parametri* impone di attribuire a quest'ultimi una natura meramente presuntiva, in quanto, a ben vedere, essi non costituiscono un fatto noto e certo, capace di rivelare con rilevante probabilità il presunto reddito del contribuente, ma solo una estrapolazione statistica di una pluralità di dati settoriali elaborati sulla base dell'analisi delle dichiarazioni di un campione di contribuenti.

5.1. Un siffatto orientamento si è già manifestato nella giurisprudenza della Corte con le sentenze nn. 23602, 26459 e 27648 del 2008 e la n. 4148 del 2009. Tra le altre, quest'ultima ben pone in evidenza che tali coefficienti rivelano “valori, che, quando eccedano il dichiarato, integrano, in ogni caso, presupposto per il legittimo esercizio da parte dell'Ufficio dell'accertamento analitico - induttivo previsto dal D.P.R. n. 600 del 1973, ex art. 39, comma 1, lett. d); ma che, per i motivi sopra puntualizzati, sono, tuttavia, inadeguati a supportare l'accertamento medesimo, ove contestati sulla base di allegazioni specifiche, se non confortati da elementi concreti desunti dalla realtà economica dell'impresa”. Ed è questo - salvo le precisazioni che si faranno successivamente in ordine all'inquadramento dell'attività accertativa *de qua* nel sistema di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 39, - l'indirizzo che il Collegio condivide e ritiene aderente alla realtà normativa delle disposizioni mediante le quali è stata istituita la possibilità di procedere al l'accertamento sulla base dei parametri.

6. In questa prospettiva va ribadito che quel che da sostanza all'accertamento mediante l'applicazione dei parametri è il *contraddittorio con il contribuente* dal quale possono emergere elementi idonei a commisurare alla concreta realtà economica dell'impresa la "presunzione" indotta dal rilevato scostamento del reddito dichiarato dai parametri. Pertanto, la motivazione dell'atto di accertamento non può esaurirsi nel mero rilievo del predetto scostamento dai parametri, ma deve essere integrata (anche sotto il profilo probatorio) con le ragioni per le quali sono state disattese le contestazioni sollevate dal contribuente in sede di contraddittorio: è da questo più complesso quadro che emerge la gravità, precisione e concordanza attribuibile alla presunzione basata sui parametri e la giustificabilità di un onere della prova contraria (ma senza alcuna limitazione di mezzi e di contenuto) a carico del contribuente.

6.1. L'onere della prova, cui nemmeno l'Ufficio è sottratto in ragione della peculiare azione di accertamento adottata, è così ripartito:

a) all'ente impositore fa carico la dimostrazione dell'applicabilità dello *standard* prescelto al caso concreto oggetto dell'accertamento;

b) al contribuente, che può utilizzare a suo vantaggio anche presunzioni semplici, fa carico la prova della sussistenza di condizioni che giustificano l'esclusione dell'impresa dall'area dei soggetti cui possano essere applicati gli *standard* o della specifica realtà dell'attività economica nel periodo di tempo cui l'accertamento si riferisce.

7. L'esito del *contraddittorio endoprocedimentale* non condiziona, tuttavia, la impugnabilità dell'accertamento innanzi al giudice tributario, al quale il contribuente potrà proporre ogni eccezione (e prova) che ritenga utile alla sua difesa, senza essere vincolato alle eccezioni sollevate nella fase del procedimento amministrativo, e anche nel caso in cui egli all'invito al contraddittorio non abbia risposto, restando inerte. In quest'ultimo caso, naturalmente, il giudice potrà valutare nel quadro probatorio questo tipo di comportamento (la mancata risposta), mentre l'Ufficio potrà motivare l'accertamento sulla sola base dell'applicazione dei parametri dando conto della impossibilità di costituire il contraddittorio con il contribuente, nonostante il rituale invito.

8. Alle stesse conclusioni si deve giungere in materia di accertamenti fondati sugli *studi di settore* introdotti con il D.L. n. 331 del 1993, art. 62 *bis*, aggiunto in sede di conversione in legge (L. n. 427 del 1993), e la cui disciplina è stata poi via via modificata ed integrata nel tempo. Gli studi di settore, pur costituendo fuor di dubbio uno strumento più raffinato dei parametri, soprattutto perchè la loro elaborazione prevede una diretta collaborazione delle categorie interessate, restano tuttavia una elaborazione statistica, il cui frutto è una ipotesi probabilistica, che, per quanto seriamente approssimata, può solo costituire una presunzione

semplice.

8.1. Di presunzione semplice parla espressamente la L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 14 *bis*, (introdotto con il D.L. n. 81 del 2007, art. 15, comma 3 bis), a proposito degli *indicatori di normalità economica* (approvati con D.M. 20 marzo 2007, modificato con D.M. 4 luglio 2007), che gli uffici devono utilizzare per gli accertamenti da effettuare fino alla revisione degli studi di settore: tali indicatori, che debbono essere “idonei alla individuazione di ricavi, compensi e corrispettivi fondatamente attribuibili al contribuente in relazione alle caratteristiche e alle condizioni di esercizio della specifica attività svolta”, “hanno natura sperimentale e i maggiori ricavi, compensi o corrispettivi da essi desumibili costituiscono presunzioni semplici”. Inoltre “ai fini dell'accertamento l'Agenzia delle entrate ha l'onere di motivare e fornire elementi di prova per avvalorare l'attribuzione dei maggiori ricavi o compensi derivanti dall'applicazione degli indicatori” *de quibus*. Non solo, ma “i contribuenti che dichiarano un ammontare di ricavi, compensi o corrispettivi inferiori rispetto a quelli desumibili dagli indicatori ... non sono soggetti ad accertamenti automatici e in caso di accertamento spetta all'ufficio accertatore motivare e fornire elementi di prova per gli scostamenti riscontrati”.

8.2. In buona sostanza, gli *studi di settore* - come, peraltro, in precedenza i parametri, anche se caratterizzati quest'ultimi da una minore approssimazione probabilistica - rappresentano la predisposizione di indici rilevatori di una possibile anomalia del comportamento fiscale, evidenziata dallo scostamento delle dichiarazioni dei contribuenti relative all'ammontare dei ricavi o dei compensi rispetto a quello che l'elaborazione statistica stabilisce essere il livello “normale” in relazione alla specifica attività svolta dal dichiarante. Lo scostamento non deve essere “qualsiasi”, ma testimoniare una “grave incongruenza” (come espressamente prevede il D.L. n. 331 del 1993, art. 62 *sexies*, comma 3, e come deve interpretarsi, in una lettura costituzionalmente orientata al rispetto del principio della capacità contributiva, la L. n. 146 del 1998, art. 10, comma 1, nel quale pur essendo presente un diretto richiamo alla norma precedentemente citata, non compare in maniera esplicita il requisito della gravità dello scostamento): tanto legittima l'avvio di una procedura finalizzata all'accertamento nel cui quadro i segnali emergenti dallo studio di settore (o dai parametri) devono essere “corretti”, in contraddittorio con il contribuente, in modo da “fotografare” la specifica realtà economica della singola impresa la cui dichiarazione dell'ammontare dei ricavi abbia dimostrato una significativa “incoerenza” con la “normale redditività” delle imprese omogenee considerate nello studio di settore applicato.

8.3. Ancora una volta, quindi, è il *contraddittorio* - previsto espressamente dalla L. n. 146 del 1998, art. 10, come modificato dalla L. n. 301 del 2004, art. 1, comma 409, lett. b), e comunque già affermato come indefettibile, a prescindere dalla espressa previsione, dalla giurisprudenza, in ossequio al principio del giusto procedimento amministrativo (v. Cass. n. 17229 del 2006), e dalla prassi amministrativa - l'elemento determinante per adeguare alla concreta realtà economica del singolo contribuente l'ipotesi dello studio di settore.

8.4. Altrimenti lo studio di settore si trasformerebbe *da mezzo di accertamento in mezzo di determinazione del reddito*, con una illegittima compressione dei diritti emergenti dagli artt. 3, 24 e 53 Cost.: se appare ammissibile la predisposizione di mezzi di contrasto all'evasione fiscale che rendano più agile e, quindi, più efficace l'azione dell'Ufficio, come indubbiamente sono i sistemi di accertamento per *standard* (parametri e studi di settore), il limite della utilizzabilità degli stessi sta, da un lato, nella impossibilità di far conseguire, alla eventuale incongruenza tra *standard* e ricavi dichiarati, un *automatismo* dell'accertamento, che eluderebbe lo scopo precipuo dell'attività accertativa che è quello di giungere alla determinazione del

reddito effettivo del contribuente in coerenza con il principio di cui all'art. 53 Cost.; dall'altro, nel riconoscimento della partecipazione del contribuente alla fase di formazione dell'atto di accertamento mediante un *contraddittorio preventivo*, che consente di adeguare il risultato dello *standard* alla concreta realtà economica del destinatario dell'accertamento, concedendo a quest'ultimo, nella eventuale fase processuale, la più ampia facoltà di prova (anche per presunzioni), che sarà, unitamente agli elementi forniti dall'Ufficio, liberamente valutata dal giudice adito.

9. Alla luce di tali considerazioni quello dell'accertamento per *standard* appare un *sistema unitario* con il quale il legislatore, nel quadro di un medesimo disegno funzionale ad agevolare l'attività accertatrice nel perseguire l'invasione fiscale, ha individuato strumenti di ricostruzione per elaborazione statistica della *normale* redditività, di determinate attività catalogate per settori omogenei. Tali strumenti, rilevando, rispetto ai redditi dichiarati, eventuali significative incongruenze, legittimano l'avvio delle procedure di accertamento a carico del contribuente con invito a quest'ultimo, nel rispetto delle regole del giusto procedimento e del principio di cooperazione tra amministrazione finanziaria e contribuente, a fornire, in contraddittorio, i propri chiarimenti e gli elementi giustificativi del rilevato scostamento o dell'inapplicabilità nella specie dello *standard*.

9.1. Il sistema delineato è frutto di un processo di *progressivo affinamento* degli strumenti di rilevazione della *normale redditività*, che giustifica la *prevalenza* in ogni caso dello strumento più recente su quello precedente con la conseguente applicazione retroattiva dello *standard* più affinato è, pertanto, più affidabile.

9.2. Tale sistema affianca la (e non si colloca all'interno della) procedura di accertamento di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 39, in quanto la procedura di *accertamento standardizzato* è indipendente dall'analisi dei risultati delle scritture contabili, la cui regolarità, per i contribuenti in contabilità semplificata, non impedisce l'applicabilità dello *standard*, nè validamente prova contro, e la cui irregolarità, per i contribuenti in contabilità ordinaria, costituisce esclusivamente condizione per la legittima attivazione della procedura standardizzata. Si tratta, poi, di un sistema, che diversamente da quello di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 39, trova il suo punto centrale nell'*obbligatorietà del contraddittorio endoprocedimentale*, che consente l'adeguamento degli *standard* alla concreta realtà economica del contribuente, determinando il passaggio dalla *fase statica* (gli *standard* come frutto dell'elaborazione statistica) alla *fase dinamica* dell'accertamento (l'applicazione degli *standard* al singolo destinatario dell'attività accertativa).

10. Si può, pertanto, affermare il seguente principio di diritto: “La procedura di accertamento standardizzato mediante l'applicazione dei parametri o degli studi di settore costituisce un sistema di presunzioni semplici, la cui gravità, precisione e concordanza non è *ex lege* determinata in relazione ai soli *standard* in sè considerati, ma nasce proceduralmente in esito al contraddittorio da attivare obbligatoriamente, pena la nullità dell'accertamento, con il contribuente (che può tuttavia, restare inerte assumendo le conseguenze, sul piano della valutazione, di questo suo atteggiamento), esito che, essendo alla fine di un percorso di adeguamento della elaborazione statistica degli *standard* alla concreta realtà economica del contribuente, deve far parte (e condiziona la congruità) della motivazione dell'accertamento, nella quale vanno esposte le ragioni per le quali i rilievi del destinatario dell'attività accertativa siano state disattese. Il contribuente ha, nel giudizio relativo all'impugnazione dell'atto di accertamento, la più ampia facoltà di prova, anche a mezzo di presunzioni semplici, ed il giudice può liberamente valutare tanto l'applicabilità degli *standard* al caso concreto, che deve essere dimostrata

dall'ente impositore, quanto la controprova sul punto offerta dal contribuente”.

11. Applicando il principio enunciato al giudizio in esame, il ricorso si rivela infondato dovendosi rispondere negativamente al quesito proposto dall'amministrazione ricorrente, secondo la quale i parametri costituirebbero, *ex lege* (L. n. 549 del 1995, art. 3, commi 179 - 189), una *presunzione legale relativa*, che assolverebbe in sè tanto la motivazione dell'accertamento, quanto l'onere della prova gravante sull'Ufficio. Il giudice di merito, nella libera valutazione delle risultanze probatorie, ha accertato in fatto che i parametri adottati non erano applicabili nel caso concreto, in relazione alla effettiva realtà dell'impresa, trattandosi di attività svolta in un piccolo paese dell'entroterra lucano, i costi erano riferiti a minime quantità di beni e servizi e i beni strumentali utilizzati erano ormai obsoleti e acquistati in tempi remoti. Il giudice di merito ha tratto il proprio convincimento anche dall'esito del *contraddittorio endoprocedimentale* nel quale si era pervenuti alla definizione di un reddito inferiore a quello presunto su base parametrica, con successiva notifica di atto di accertamento sulla base del reddito originariamente contestato al contribuente: a seguito del mancato pagamento da parte di quest'ultimo di quanto definito per adesione: il giudicante, rilevata la discrasia rivelata dal contraddittorio tra reddito accertato su base parametrica e reddito definito per adesione, ne ha tratto la ragionevole conclusione di “una non sicura e certa quantificazione del reddito effettivamente attribuibile al contribuente facendo apparire il maggior reddito e volume d'affari attribuito un mero riferimento”.

Pertanto il ricorso deve essere rigettato. Non occorre provvedere sulle spese, stante la mancata costituzione della parte intimata.

P.Q.M.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Rigetta il ricorso.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, del 1 dicembre 2009.

Prescrizione e decadenza del diritto all'indennizzo in materia di legge *Pinto*

(Corte d'Appello di Napoli, decreto 17 marzo 2008; Corte d'Appello di Potenza, decreto 2 aprile 2009; Corte d'Appello di Napoli, decreto 4 agosto 2008; Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza 26 gennaio 2004 n. 1339; Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza 23 dicembre 2005 n. 28507; Cassazione civile, Sezione I, sentenza 13 aprile 2006 n. 8712; Cassazione civile, Sezione I, sentenza 20 giugno 2006 n. 14286)

Il difetto di una specifica disciplina derogatoria contenuta nella legge n. 89 del 2001 e la previsione, all'art. 4 della stessa normativa, del solo istituto della decadenza semestrale, ha ingenerato tra i cultori del diritto l'ormai tormentata questione se il principio generale di cui all'art. 2934, comma 1, c.c., in forza del quale «ogni diritto si estingue per prescrizione», debba ritenersi applicabile anche al diritto all'indennizzo per l'irragionevole durata del processo, qualora trascorrono più di 10 anni senza che il cittadino avanzi alcuna pretesa a riguardo.

Si pone, in altre parole, con tutta evidenza la necessità di definire se ed in che misura la previsione contenuta all'art. 4 della legge *Pinto* secondo la quale: «La domanda di riparazione può essere proposta durante la pendenza del procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata, ovvero, a pena di decadenza, entro sei mesi dal momento in cui la decisione, che conclude il medesimo procedimento, è divenuta definitiva» costituisca impedimento alla maturazione della prescrizione del diritto all'equa riparazione.

La questione ha incontrato, in diverse circostanze, la decisa opposizione delle Corti di merito, le quali hanno rilevato come il richiamo all'istituto della decadenza effettuato dal citato articolo 4, faccia sì che il danneggiato possa conseguire il recupero di tutto quanto gli spetta a titolo di equa riparazione secondo una regola di nuova compatibilità tra prescrizione e decadenza, che comporterebbe l'inopponibilità di qualsivoglia eccezione di prescrizione (1). La tesi che vede una "regola di nuova compatibilità" tra i due istituti di carattere temporale disciplinati nella codicistica civile, com'è di tutta evidenza, non contraddice la previsione della tassatività delle ipotesi di sospensione della prescrizione ex artt. 2941 e 2942 c.c., in quanto non interpreta la previsione del termine di decadenza semestrale come automatica sospensione del termine di prescrizione.

Principali oppositori delle teorie prospettate dall'Avvocatura dello Stato circa l'operatività della prescrizione anche nei giudizi indennitari ex legge *Pinto* sono stati i giudici partenopei, i quali non hanno esitato a giudicare, in

(1) Vedi, *ex multis*, Corte d'Appello di Napoli, II Sez. Civ., decr. del 5 novembre 2008.

maniera assai dirompente, prive di pregio le eccezioni a tal proposito espresse. L'intransigente orientamento *de quo* è originato, per certi versi, da una lettura massimalista del citato art. 4, che prevede unicamente l'ipotesi della decadenza del diritto in caso di definizione del giudizio presupposto con sentenza passata in giudicato, e non prevede affatto un termine prescrizione; per altri versi dalla ritenuta incompatibilità del termine prescrizione tanto con la natura indennitaria della pretesa quanto con la necessaria valutazione di un termine ragionevole di durata collegato a vari fattori e non ad un preciso momento di esordio della prescrizione, valutazione, quest'ultima, che pare in tutta franchezza irreprensibile, tant'è vero che lo stesso art. 4 prevede che la domanda possa essere proposta sia durante la pendenza del giudizio nel cui ambito si assume essersi verificata la violazione, sia a giudizio definito.

In altre parole, si è sostenuto che, trovando l'istituto della prescrizione il proprio fondamento di rilevanza nell'inerzia del titolare del diritto, esso è concettualmente incompatibile rispetto ai giudizi, come quello per il ristoro dell'irragionevole durata del processo, in cui l'inattività è necessaria perché possa maturarsi e possa farsi valere il diritto alla riparazione del danno da ritardo (2). Paradossalmente, infatti, ciò condurrebbe ad ipotizzare che una domanda di indennizzo sia intempestiva laddove, ad esempio, la ragionevolezza della durata del giudizio presupposto sia da ritenersi superiore al termine convenzionalmente assunto di tre o di cinque anni dall'inizio del giudizio di primo grado per la notevole complessità del giudizio stesso. Il termine di durata ragionevole, infatti, è di creazione giurisprudenziale e non legale, con la conseguenza che ipotizzare in astratto un termine rispetto al quale agganciare l'esordio della prescrizione costituirebbe operazione di mero arbitrio del giudicante, ingenerando nei soggetti interessati ad esperire l'azione indennitaria ex legge n. 89/2001 incertezza in ordine al momento in cui introdurre la domanda, con rischio – peraltro – di inflazione dei ricorsi al fine di porre riparo ad eventuali eccezioni di prescrizione.

Invero, pare doversi dare atto che l'orientamento in questione, pur mantenendosi per certi aspetti aderente ad una lettura prudente dell'art. 2934, comma 1, c.c. nonché rispettosa dei peculiari meccanismi caratterizzanti il giudizio per equa riparazione, per il resto sembra non distinguere la funzione propria dell'istituto della decadenza e quella propria dell'istituto della prescrizione, i quali presentano, al contrario, caratteri e finalità non omogenei (3).

(2) E' di questo avviso la Corte d'Appello di Napoli, decreto 17 marzo 2009.

(3) Sul punto, contrariamente, vedi G. ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1997, p. 1203, ove si legge: «Subito dopo l'entrata in vigore del codice del 1942, Saraceno ha scritto che gli istituti della prescrizione e della decadenza hanno identica causa (inerzia) e identico effetto (perdita di una posizione giuridica) per modo che non sarebbe ragionevole contrapporli».

E infatti, mentre la prescrizione trova fondamento nell'inerzia del titolare del diritto, sintomatica, per il protrarsi del tempo, del venir meno di un concreto interesse alla tutela, la decadenza ha operatività squisitamente processuale e si basa sul fatto oggettivo del mancato esercizio del diritto entro un termine stabilito, nell'interesse generale o individuale, alla certezza di una determinata situazione giuridica. Ne deriva che la fissazione di un termine semestrale ai fini dell'esercizio dell'azione sul piano processuale postula come necessaria la piena sussistenza ed integrità del diritto sotteso sul piano sostanziale, il quale unicamente è soggetto alla decorrenza del termine prescrizionale. Ben potrà, dunque, il diritto all'equa riparazione essersi prescritto (4) pur, invece, restando virtualmente integro l'astratto esercizio dell'azione speculare.

Senza dubbio, non è agevole formulare un criterio discretivo perfetto tra decadenza e prescrizione. A tal proposito, la giurisprudenza talvolta ha richiamato l'esigenza di guardare allo spirito della legge; altre volte si è fatto riferimento alla brevità del termine; altra volta ancora si è ritenuto impossibile concettualizzare la differenza tra i due istituti. Per lo più, comunque, i giudici, specie della Suprema Corte, si sono orientati nel ravvisare la prescrizione ove vi è abbandono di un diritto per inerzia del titolare e la decadenza ove vi è mancanza di un certo atto-contegno, così individuando il fondamento di quest'ultima nella necessità obiettiva del compimento di particolari atti, entro un termine perentorio stabilito dalla legge o dai privati (5), indipendentemente

(4) Al riguardo, per completezza, pare opportuno riportare alcune precisazioni fatte dal GAZZONI, nel suo *Manuale di diritto privato*, p. 110, il quale ha sostenuto quanto segue: «il riferimento operato dalla legge alla estinzione del diritto non appare del tutto proprio. In verità se la prescrizione operasse nel senso di estinguere il diritto, più non si comprenderebbe la regola posta dall'art. 2940 secondo cui non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto. Infatti se il diritto (di credito) più non esistesse il pagamento sarebbe non più dovuto ed è regola del nostro ordinamento che il pagamento dell'indebito ammette la ripetizione (art. 2033). Dovrebbe allora ipotizzarsi che a seguito della prescrizione nascerebbe in capo al debitore un'obbligazione naturale ex art. 2034, con conseguente soluti retentio in caso di spontaneo adempimento. Sembra dunque più opportuno dire che il diritto prescritto non si estingue ma perde la propria forza, nel senso che, se si agisce in giudizio, il terzo potrà eccepire l'intervenuta prescrizione, in tal modo bloccando l'iniziativa giurisdizionale. Ma se tale eccezione non viene opposta, il diritto potrà essere fatto valere ad ogni effetto. Con altra terminologia può dirsi che la prescrizione non opera sul merito della pretesa esercitata, da cui prescinde, per determinare solo un effetto preclusivo e non già estintivo». Se ne deduce la differenza tra i due istituti, i quali restano distinti sul piano empirico anche quanto agli effetti, giacché, secondo l'autore, la decadenza «è sanzionata con la perdita del diritto», mentre «il diritto prescritto non si estingue ma perde la propria forza (...)».

(5) In soluzione di continuità con quest'orientamento sono le tesi di Guarino e di Santi Romano, i quali ritenevano possibile effettuare una distinzione netta tra prescrizione e decadenza solo operando uno scostamento dal concetto di diritto soggettivo per fondare la nozione di "potere": potere che rappresenta la più tipica espressione della capacità di agire del soggetto di diritto, manifestandosi nella produzione di rapporti nei quali esso stesso non si esaurisce, essendone la fonte. Tali rapporti originano diritti soggettivi. È, infatti, in forza di questi passaggi logici che SANTI ROMANO, nei suoi *Frammenti* distingue dalla prescrizione (che opera sul diritto soggettivo) la decadenza (che opera sul potere, o meglio sul suo esercizio).

dalle circostanze che abbiano determinato l'inutile decorso del tempo (6). Ciò induce ad arguire che decadenza significherebbe causa di preclusione dell'esercizio del potere (che di per sé è imprescrittibile)(7).

Tanto chiarito sul piano della teoria, preme principalmente in questa sede affrontare la questione della possibile operatività di un termine prescrizione con specifico riferimento ai giudizi in materia di equa riparazione per la durata irragionevole del processo e la sua eventuale compatibilità con l'art. 4, l. 89/2001. A dire il vero, il buonsenso suggerisce di affrontare il problema non unicamente facendo riferimento alle congetture di pura dottrina che distinguono diritto soggettivo e potere d'esercizio, bensì tenendo soprattutto conto delle intenzioni del legislatore, anche alla luce del conflitto di interessi in gioco, onde poter appurare se la previsione del solo termine semestrale *ex art. 4 cit.* riveli unicamente la *volutas legis* di limitare nel tempo la possibilità di attuare una data modificazione giuridica (decadenza), negando pertanto la possibilità giuridica di adeguare lo stato di diritto allo stato di fatto attraverso il rilievo della prescrizione. Ebbene, appare indubbio che l'affermazione più volte fatta da alcuni giudici d'appello per la quale, con riferimento ai giudizi indennitari, l'inattività del ricorrente è necessaria perché possa maturarsi e possa farsi valere il diritto alla riparazione del danno da ritardo, sembra fondarsi sull'assunto che obiettivo del legislatore del 2001 sia stato, con la succitata legge n. 89, quello di incentivare e promuovere l'inerzia di tutti coloro che si trovano a dover affrontare un processo onde far valere interessi meritevoli di tutela, ciò al solo fine di ottenere un ristoro patrimoniale per una lungaggine procedimentale che, ironia del diritto, essi stessi hanno contribuito a determinare! Al contrario, sembra a chi scrive che il fine del legislatore con l'emanazione della c.d. legge *Pinto* sia stato quello di offrire tutela a quei cittadini costretti, loro malgrado e per cause indipendenti dalla loro volontà, ad attendere anni per vedere definito un processo, non senza dimenticare, tuttavia, di prendere in considerazione anche il comportamento di costoro. Le sofferenze psicologiche, le ansie ed i patemi d'animo, che inevitabilmente colpiscono chi si trova a dover sopportare le lungaggini processuali, trovano ristoro

(6) Vedi Cass. civ., 3 febbraio 1942, n. 327, in *Rep. Foro it.*, 1942, voce *Prescrizione civ.*, nn. 6-9; *Id.*, 30 luglio 1942, n. 2305, in *Magistratura del lavoro*, 1943, 37; *Id.*, 15 marzo 1949, n. 532, in *Temì*, 1950, 1, con in nota lo studio di CANDIAN AUR., *Decadenza e prescrizione*; *Id.*, 12 giugno 1963, n. 1568, in *Rass. Adv. Stato*, 1963, 193; *Id.*, 14 marzo 1968, n. 819, in *Mass. Giust. civ.*, 1968, 411; *Id.*, 12 settembre 1970, n. 1401, in *Foro it.*, 1971, I, 1328 e in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 1196; *Id.* (Sez. un.), 21 agosto 1972, n. 2690, in *Giust. civ.* 1972, I, 1930 e in *Rass. giur. Enel*, 1973, 33.

(7) Invero, talvolta il legislatore riferisce la decadenza al diritto soggettivo, il che accade, ad esempio, all'art. 2966 c.c., a mente del quale, se il venditore riconosce il diritto del compratore alla risoluzione del contratto per vizi della cosa, non opera il termine di decadenza dell'art. 1495 c.c. In relazione a siffatti casi acuta dottrina ha precisato che la norma va letta nel senso che, quando l'esistenza di un diritto dipende dall'esercizio di un potere, tale esercizio perde rilevanza se il diritto stesso è riconosciuto dalla controparte.

nel riconoscimento di un diritto all'indennità da ritardo, il quale dovrà necessariamente passare attraverso l'accertamento di criteri predeterminati, tra i quali anche il comportamento tenuto dalle parti.

In quest'ordine di idee si è collocata anche la Suprema Corte, che con la sentenza n. 2690 del 1972, a Sezioni Unite, osservando come la decadenza – posta la sua più rigorosa disciplina – sia destinata ad attuare più efficacemente della prescrizione l'obiettivo di assicurare certezza e stabilità ai rapporti giuridici, ha osservato che per stabilire in concreto se un termine imposto dalla legge abbia natura prescrizione ovvero decadenza, «*occorre non soltanto fare riferimento all'espressa definizione contenuta nella legge, quanto alla sua finalità: nella prescrizione, quella di ritenere, in via presuntiva, abbandonato il diritto per l'inerzia protrattasi per un certo tempo (termine di durata) del suo titolare, e nella decadenza, quella corrispondente alla necessità obiettiva di compimento di determinati atti entro un determinato tempo (termine fisso o perentorio)*»(8).

Una soluzione degna di mettere fine al problema della plausibile coesistenza degli istituti *de quibus* sarebbe quella di ritenere che in ordine ai giudizi indennitari *ex legge Pinto* trovi applicazione analogica il costante orientamento giurisprudenziale relativo all'art. 79 della legge n. 392/78 (9), il quale contempla, al secondo comma, analoga ipotesi di decadenza, disponendo che il conduttore può ripetere, dal momento del pagamento e fino a sei mesi dopo la riconsegna dell'immobile, le somme corrisposte in violazione dei divieti e dei limiti di legge. Ebbene, in siffatta ipotesi l'orientamento della Corte di Cassazione è quello di ritenere inoperante l'istituto della prescrizione per i crediti maturati nello svolgersi del rapporto contrattuale. Più esattamente, secondo il supremo giudice di legittimità il rispetto del termine di decadenza semestrale per l'esercizio dell'azione di ripetizione *ex art. 79*, secondo comma, L. 27 luglio 1978, n. 392, consente al conduttore il recupero di tutto quanto indebitamente corrisposto fino al rilascio dell'immobile locato, rendendo inopponibile qualsivoglia eccezione di prescrizione; diversamente, la violazione del termine semestrale espone il conduttore al rischio dell'eccezione di prescrizione dei crediti maturati e non per l'innanzi rivendicati (10).

(8) E' sempre dello stesso avviso la Suprema Corte, con le sentenze 27 febbraio 1975, n. 789 (in *Mass. Giust. civ.*, 1975, p. 360) e 9 febbraio 1979, n. 896, affermando, in via generale, l'irrelevanza della non esplicita qualificazione come di decadenza del termine legale o convenzionale imposto per il compimento di un atto, in quanto la lettura decadenza del termine può risultare anche implicitamente, purché in modo chiaro ed univoco con riferimento allo scopo perseguito e alla funzione che il termine è destinato ad assolvere. Nello stesso senso, si veda anche Cass. civ., 8 gennaio 1981, n. 187 (in *Mass. Giust. civ.*, 1981, p. 68).

(9) Così Corte d'Appello di Napoli, II Sez. Civ., decreto 3 febbraio 2009.

(10) Vedi Corte di Cassazione, sentenze 26 maggio 2004, n. 10128 e 11 giugno 2007, n. 13891, ove si legge: «(...) il principio sancito da Cass. 26 maggio 2004, n. 10128, secondo cui il termine semestrale di decadenza per l'esercizio dell'azione di ripetizione delle somme sotto qualsiasi forma cor-

Vero è, tuttavia, che nella realtà contrattuale della locazione la rigida previsione di un termine semestrale decorso il quale si verifichi per il conduttore la decadenza di ogni diritto di ripetere i suoi indebiti pagamenti, incorrerebbe in un'incontestabile sanzione di irragionevolezza, visto che detto termine sarebbe contemplato unicamente a detrimento del conduttore e, com'è intuitivo, la mancata previsione di analoga decadenza in danno del locatore in relazione alle sue pretese di corrispettivi non versatigli, determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra i contraenti. Ora, con riferimento specifico ai giudizi per il ristoro dell'irragionevole durata del processo, non sussiste alcuna analoga esigenza di circoscrivere in un lasso di tempo determinato la potenziale conflittualità dei contraenti e di realizzare la condizione della certezza delle situazioni giuridiche delle parti una volta cessato il rapporto contrattuale: l'azione indennitaria è, infatti, esercitata nei confronti di soggetti non solo estranei al procedimento presupposto di cui si lamenta la durata irragionevole, ma altresì del tutto scevri dalla possibilità di analogo danno a proprio carico e il più delle volte esenti da ogni responsabilità.

E anzi, tanto per assumere piena coscienza della disparità di posizioni delle parti in causa, si consideri che mentre il diritto all'equa riparazione spettante al privato ricorrente è disponibile, non lo è, invece, la posizione del soggetto passivo rispetto a tale diritto, cioè dell'Amministrazione pubblica chiamata a corrispondere il richiesto indennizzo, non potendo detta Amministrazione, soggetta alle norme sulla contabilità pubblica ed agli specifici vincoli di bilancio richiamati dall'art. 7 della legge n. 89/2001, rinunciare alla decadenza, avuto riguardo agli interessi pubblici che presiedono alla erogazione delle spese gravanti sui pubblici bilanci (11).

Tale considerevole differenza induce ad escludere la sussistenza dei presupposti che configurino un'ipotesi di applicazione estensiva dell'art. 79 citato, giacché non può ritenersi operante, in ordine ai giudizi *ex lege Pinto*, un atteggiamento di *favor* per il ricorrente, in assenza di rapporto negoziale pregresso informato al principio generale della parità di trattamento dei contraenti (12).

risposte dal conduttore in violazione dei limiti e dei divieti previsti dalla stessa legge, previsto, dalla L. 27 luglio 1978, n. 392, art. 79, comma 2, fa sì che, se l'azione viene esperita oltre il detto termine, il conduttore è esposto al rischio dell'eccezione di prescrizione dei crediti per i quali essa è già maturata, mentre il rispetto del termine di sei mesi gli consente il recupero di tutto quanto indebitamente è stato corrisposto fino al momento del rilascio dell'immobile locato, il che si traduce nella inopponibilità di qualsivoglia eccezione di prescrizione».

(11) Il che giustifica, nei giudizi di specie, l'assenza di preclusioni riguardanti la prospettazione di questioni nuove in sede di legittimità, preclusioni non valide allorché si tratti di questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo.

(12) Al contrario, sembra doversi osservare che gli interventi legislativi susseguiti da ultimo in materia siano tutti tesi alla maggiore responsabilizzazione di colui che lamenta il danno da ritardo. In proposito basti operare una riflessione sull'innovazione introdotta con il D.L. 25 giugno 2008, n. 112,

Sulla questione, ormai sempre più incandescente, è lecito attendere una risolutoria pronuncia del Supremo Giudice delle leggi, il quale per la verità ha già emesso – sia consentito ravvisarlo – un qualche smorzato sussurro di assenso alle tesi della Difesa Erariale attestanti l’operatività della prescrizione. Con l’ordinanza n. 17703 del 27 giugno 2008, infatti, i giudici di Palazzaccio hanno riconosciuto che «*il diritto all’indennizzo matura in relazione alla durata non ragionevole del processo inteso nella sua unitarietà e pertanto la prescrizione comincia a decorrere dalla data in cui detto diritto viene fatto valere (nel caso di azione antecedente alla definizione del procedimento presupposto) ovvero in quella di definizione del processo (in cui comunque matura compiutamente il relativo diritto), non avendo alcuna autonoma rilevanza, se non ai fini del computo dell’indennizzo, le singole annualità in relazione alle quali viene operata la liquidazione*». La citata statuizione giurisprudenziale, ancorché vanti il merito di riconoscere a chiare lettere l’operatività dell’istituto della prescrizione civile nei giudizi per il ristoro dell’irragionevole durata dei processi, è parsa a molti (13) essere inficiata da vistose incongruenze e strutturata su di un *iter* motivazionale notevolmente scarno.

Anzitutto, viene completamente omessa ogni argomentazione riguardante la natura della condotta dello Stato e dell’illecito perpetrato in ragione dell’ingiustificata lungaggine procedimentale, presa di posizione che si sarebbe rivelata alquanto provvidenziale, alla luce della crescente *querelle* generata dai molteplici e spesso contraddittori orientamenti delle Corti di merito. In secondo luogo, il momento di esordio del termine prescrizionale viene di fatto lasciato in balia delle scelte processuali del privato, giacché dipende dall’iniziativa di quest’ultimo la possibilità che la prescrizione decorra o meno in pendenza del giudizio presupposto, soluzione che non solo risulta essere palesemente in contraddizione con i principi di diritto disciplinanti l’istituto della prescrizione (i quali, peraltro, sono espressamente qualificati come inderogabili), ma finisce per agganciare l’operatività di un istituto generale quale quello della prescrizione, rispondente a ben precise esigenze di certezza del diritto, ad un evento del tutto aleatorio.

Si consideri, ancora, l’opzione del tutto inspiegabile di far decorrere, nel caso che l’azione indennitaria sia sollevata antecedentemente alla definizione del procedimento presupposto, la prescrizione «*dalla data in cui detto diritto viene fatto valere*», affermazione che risulta vistosamente distonica e contradd-

art. 54, comma 2, convertito nella L. 6 agosto 2008, n. 133, che ha trasformato l’istanza di cui all’art. 51 del Regio Decreto 17 agosto 1907, n. 642 (volgarmente detta “istanza di prelievo”) in una vera e propria condizione di proponibilità dell’azione indennitaria ex art. 2 della citata legge n. 89/2001.

(13) Si legga, a riguardo, l’opinione espressa dagli Avv.ti dello Stato A. MUTARELLIE - M. GERARDO, in *Operatività della prescrizione in tema di ricorso per il ristoro della irragionevole durata del processo (cd. legge Pinto)*, in *Rass. Avv. dello Stato*, Anno LX n. 4.

dittoria, posto che – giova ripeterlo – il decorso del termine è segnato proprio dall'inerzia del titolare del diritto. Non si spiega davvero come un diritto possa iniziare a prescriversi (dunque, a perdere forza sul piano sostanziale) proprio nello stesso istante in cui l'interessato ne opera la rivendica! Illogicità.

Valutazioni di logicità e coerenza giuridica inducono ad arguire che la sottolineata incongruenza sia originata dall'errato riferimento di carattere temporale, inerente l'utilizzo del passato prossimo («viene fatto valere»), come ad indicare un evento già compiuto nel passato recente. Diversamente, l'annessione di un verbo servile indicante l'idea della possibilità («può esser fatto valere») ricondurrebbe il vaglio della Suprema Corte entro gli argini dei principi succitati, segnandone la piena conformità alla disciplina codicistica. Ne deriverebbe, in buona sostanza, una specifica regola d'applicazione dell'istituto della prescrizione ai giudizi in materia di legge *Pinto* del tutto conforme ai dettami dell'art. 2935 c.c., in quanto individuante il momento d'esordio di detto termine nel giorno in cui il diritto può, per l'appunto, essere fatto valere.

Constatato, ormai, che l'asse della prescrizione è rappresentato dall'inerzia del titolare del diritto e dimostrata la possibile operatività dell'istituto *de quo* nei giudizi *ex lege Pinto*, si rende ora opportuno trattare la consequenziale (e non meno problematica!) questione dell'istante che segna l'esordio dell'inerzia rilevante, elemento di accertamento non semplice, visto il considerevole affastellamento di norme.

In astratto la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito potrebbe farsi decorrere o dalla data del fatto o dall'esteriorizzazione del danno, con conseguenze radicalmente diverse.

Invero, l'art. 2935 c.c. – che espressamente riferisce l'esordio del termine al «giorno in cui il diritto può essere fatto valere» – deve essere letto senza ignorare il 1° comma dell'art. 2947 c.c., che individua la decorrenza iniziale del termine astratto di prescrizione nel «giorno in cui il fatto si è verificato» (14).

L'analisi di queste norme è stata oggetto di numerosi approfondimenti da parte di giurisprudenza e dottrina (15). In particolare, con riferimento al fatto

(14) In tal senso vedi AZZARITI - SCARPELLO, *Della prescrizione*, in *Comm. C. C.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1977, p. 292: «Quanto all'inizio della decorrenza del termine, la legge applica il principio d'ordine generale, stabilendo che il quinquennio o il biennio si computa dal giorno in cui il fatto si è verificato. È ovvio che per fatto non deve intendersi la semplice azione od omissione del soggetto colpevole, ma tutto l'evento lesivo considerato nel suo complesso, e cioè comprensivo non solo del comportamento doloso o colposo dell'agente, ma anche del verificarsi del danno, il che, dal punto di vista pratico, presenta una notevole importanza ai fini della decorrenza del termine, poiché il comportamento illecito e il verificarsi del danno non sempre coincidono cronologicamente». Ed ancora, GRASSO, voce *Prescrizione* (diritto privato), in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 66: «si ritiene unanimemente che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto, pur essendo perfetto e quindi potendo essere esercitato, non è di fatto, esercitato dal suo titolare».

(15) Si rinviengono pronunce su questa problematica già da Cass., 27 luglio 1934 (*Rep. Foro It.*,

illecito, la Corte di Cassazione ha statuito che *«Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito inizia a decorrere non dal momento in cui il fatto del terzo determina la modificazione che produce danno all'altrui diritto, ma dal momento in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile»* (16).

Invero, sin dal 1982 la Suprema Corte era già pervenuta ad affermare i principi successivamente ribaditi e pure accolti in sede comunitaria (17).

Già in tale occasione la Corte di Cassazione, partendo dalla considerazione che può accadere che la lesione prodotta dall'illecito si verifichi obiettivamente, ma resti occulta, affermava che *«sarebbe chiaramente incivile far dipendere una conseguenza tanto grave come il decorrere di una prescrizione breve dal verificarsi di una circostanza che resti occulta e che non possa quindi essere percepita dal danneggiato che pure faccia uso della normale diligenza»*. Sulla scorta di tali considerazioni la Suprema Corte ravvisava un *«principio generale che discende dal complesso del sistema»*: nei casi in cui la manifestazione del danno non sia *«immediata ed evidente agli occhi di un profano, e possa apparire quanto meno dubbia la sua ricollegabilità con nesso causale all'azione di un terzo, il momento iniziale della prescrizione dell'azione risarcitoria non può essere ricollegato che al momento in cui il danneggiato ha avuto la reale e concreta percezione dell'esistenza e della gravità del danno stesso e della sua addebitabilità ad un determinato terzo; ovvero*

1934, voce *«Prescrizione civile»*, n. 24) ed ancora Cass., 27 gennaio 1948 (ivi, 1948, voce cit., n. 2). In dottrina: TRAVAGLINO, *La prescrizione e l'illecito extracontrattuale*, in BATA', CARBONE, DE GENNARO, TRAVAGLINO, *La prescrizione e dal decadenza*, Milano, 2001, 174 e segg.; BONA e OLIVA, *Prescrizione e danno alla persona*, in MONATERI, BONA, OLIVA, PECCENINI, TULLINI, *Il danno alla persona*, Torino, 2000, II, 605 e segg.

(16) Così Cass., Sez. Lav., sentenza 20 luglio 2007, n. 16148, che ribadisce: *«non è conforme al diritto sostenere che in caso di pluralità di fatti illeciti protratti nel tempo il termine di prescrizione inizia a decorrere dal momento della commissione del primo degli episodi denunciati, poiché anche i successivi illeciti sono potenzialmente idonei a determinare una autonoma lesione del diritto e quindi a fondare una domanda di risarcimento. Neppure è conforme a diritto far decorrere la prescrizione del diritto al risarcimento del danno dal fatto illecito lesivo anziché dal manifestarsi all'esterno della produzione del danno»*. Infatti, *«in tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, sia per responsabilità contrattuale che per responsabilità extracontrattuale, questa Corte ha ripetutamente affermato che il termine di prescrizione ex art. 2935 c. c., inizia a decorrere non già dal momento in cui il fatto del terzo viene a ledere l'altrui diritto, bensì dal momento in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile»*. In senso conforme, vedi Cass., Sez. III, 9 maggio 2000, n. 5913, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 972; *Id.*, Sez. III, 12 agosto 1995, n. 8845, *ivi*, 1995, 1517; *Id.*, Sez. III, 5 luglio 1989, n. 3206, *ivi*, 1989, fasc. 7 e *Id.*, Sez. II, 18 maggio 1987, n. 4532, *ivi*, 1987, fasc. 5.

(17) Sul punto si veda il D. P. R. 10 maggio 1975, che ha adeguato alle convenzioni internazionali la L. 31 dicembre 1962, n. 1860 in materia di risarcimento danni dipendenti da incidenti nucleari, e che ha stabilito come *dies a quo* di decorrenza della prescrizione il *«giorno in cui il danneggiato ha avuto conoscenza del danno e della identità dell'esercente responsabile oppure avrebbe dovuto ragionevolmente esserne venuto a conoscenza»*.

al momento in cui il danneggiato avrebbe potuto pervenire alla percezione stessa usando della normale diligenza» (18). Tale principio, risulta ribadito dalla giurisprudenza successiva e condiviso anche dalla dottrina (19) e, peraltro, è stato affermato in evidente sintonia con quanto previsto dall'art. 2947 c.c., che soggiace alla stessa norma generale, sopra descritta, mirante a far coincidere la decorrenza della prescrizione con l'attualità dell'interesse che, per il danneggiato, «*si configura come attualità dell'interesse a reagire attraverso l'esercizio dell'azione risarcitoria*».

Da quanto argomentato consegue che, in virtù del coordinamento con la norma generale dell'art. 2935 c.c., se il danno, per qualsiasi ragione, rimane "occultato", il termine di prescrizione inizia a decorrere solo dal momento della sua esteriorizzazione, che deve realizzarsi con modalità tali che non solo quel pregiudizio si realizzi nella sua completezza, ma che il diritto al risarcimento da esso derivante possa essere effettivamente fatto valere dai soggetti che ne sono legittimati.

Risponde, quindi, ad un principio di civiltà giuridica – oltre che di interpretazione sistematica delle norme del codice civile – fissare la decorrenza della prescrizione dall'esteriorizzazione del danno (*rectius*, conoscenza del danno secondo l'ordinaria diligenza), momento che costituisce oggetto di apprezzamento da parte del giudice civile.

Le considerazioni pocanzi esposte, trasfuse alla disciplina della legge Pinto, inducono ad affermare che il diritto alla riparazione del disagio morale sopportato dal privato ricorrente cominci a prescriversi (e, quindi, possa essere fatto valere) solo a partire dal momento in cui egli è in grado di percepire il verificarsi del suddetto disagio, che – in soluzione di continuità con la disciplina dettata dall'art. 2, comma 3, L. 89/2001 – è da ritenersi palesato all'istante del superamento del termine di ragionevole durata (anni 3 per il giudizio di prima istanza). Ebbene, l'operatività di una presunzione *juris tantum* tesa alla determinazione del tempo della ragionevole durata fa sì che, in materia di equa riparazione, il momento del concretarsi del fatto e quello dell'esteriorizzazione del danno giungano inevitabilmente a coincidere.

Dalla richiamata giurisprudenza in materia di danno derivante da fatto illecito occorre prendere le distanze, d'altronde, se si sceglie di aderire alla tesi,

(18) Così Cass., 6 febbraio 1982, n. 685, in *Giust. Civ.*, 1982, I, 2782 e seg.

(19) Si vedano in giurisprudenza: Cass., 6 febbraio 2004, n. 2287, *C.E.D.*; *Id.*, 29 agosto 2003, n. 12666, in *Foro. It. Mass.*, 2003, voce «*Prescrizione e decadenza*», n. 32; *Id.*, 9 maggio 2000, n. 5913, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 972; *Id.*, 5 luglio 1989, n. 3206, *ivi*, 1989, fasc. 7; Trib. Roma, 11 agosto 2003, in *Arch. Civ.*, 2004, 63; *Id.*, Milano, 17 febbraio 2003, in *Giur. di Merito*, 2003, 2188. In dottrina: VITUCCI, *op. cit.*, sub art. 2935, 97 e segg.; IANACONE, *La Prescrizione*, a cura di Vitucci, II, artt. 2941-2963, in *Comm. C. C.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1990, sub art. 2947, 172 e segg.; LEBAN, *Prescrizione e decadenza nel diritto privato*, Padova, 2003, 44: «*In altri termini, ciò che rileva non è il momento in cui l'atto illecito viene realizzato, bensì quello in cui si verifica il danno, sempre che - ovviamente - non si determini un contesto di coincidenza tra i due dati temporali*».

che ormai vede concordi molte Corti di merito, secondo la quale «*l'obbligazione relativa all'equa riparazione si configura come obbligazione ex lege di natura indennitaria e non come obbligazione ex delicto di natura risarcitoria*». Si è osservato, in particolare, che essa sorge per il fatto oggettivo dell'eccessiva durata del processo e non già per il comportamento doloso o colposo degli organi giudiziari (20), costituendo *jus receptum* che l'obbligazione avente ad oggetto l'equa riparazione, quale obbligazione *ex lege*, sia riconducibile, in base all'art. 1173 c.c., ad ogni altro atto o fatto idoneo a costituire fonte di obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico (21).

In altre parole, secondo la giurisprudenza maggioritaria, il diritto ad un'equa riparazione in caso di mancato rispetto del termine ragionevole del processo, ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89, non richiede l'accertamento di un illecito secondo la nozione contemplata dall'art. 2043 c.c. né presuppone la verifica dell'elemento soggettivo a carico dell'agente: esso è, invece, ancorato all'accertamento della violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, cioè di un evento *ex se* lesivo del diritto della persona alla definizione del suo procedimento ad una durata ragionevole.

Anche da ciò sembra derivare che in materia di equa riparazione il momento del verificarsi del fatto coincida con quello dell'esteriorizzazione del conseguente danno, quantomeno con riferimento ai danni di carattere non patrimoniale, i quali ben potranno dirsi maturati in virtù del superamento del termine di ragionevole durata del processo. La questione potrebbe diversamente atteggiarsi con riferimento ai danni patrimoniali, che non necessariamente si manifestano col decorso della durata fisiologica, potendo invece venire ad esistenza successivamente, in ragione del prolungarsi ingiustificato del giudizio. In questo secondo caso è giocoforza ritenere che debba trovare applicazione analogica la giurisprudenza poc'anzi richiamata, individuante nell'esteriorizzazione del danno l'istante d'esordio della prescrizione.

Precisata, dunque, la natura indennitaria del diritto di cui trattasi, preme incentrare ora la questione sulla dibattuta problematica del *dies a quo*, argomento che vede la giurisprudenza di merito occupare posizioni certo non unanime.

Secondo un primo orientamento, detto termine decorrerebbe dal momento della cessazione del processo della cui irragionevole durata si tratta e, dunque, dal passaggio in giudicato della sentenza che lo definisce, il che porta – in quest'ultimo caso – il momento d'esordio della prescrizione a combaciare con quello della decadenza, *ex art. 4*. A fondamento di tale tesi si pongono argo-

(20) *Ex multis*, vedi Corte d'Appello di Napoli, decreti n. 4449/08 e 6577/08 e Corte d'Appello di Potenza, decr. n. 95 del 28 aprile 2009.

(21) Così anche Cass., sentenza 13 aprile 2006, n. 8712.

menti diversi: alcuni osservano che «*il diritto all'equo indennizzo ... pur sussistendo anche a prescindere dal suo riconoscimento con la L. n. 89/2001, non matura affatto giorno per giorno, ma va verificato in relazione al concreto andamento del singolo processo in rapporto alle caratteristiche di ogni fattispecie: sicché esso non è liquido né esigibile prima della valutazione giudiziale e prima della proposizione della domanda o, se anteriore, della cessazione del processo medesimo*» (22); altri, invece, ritengono che la fattispecie integrerebbe «*ipotesi di illecito permanente il cui conseguente danno persiste nel tempo fin quando la relativa condotta non è cessata e ciò si verifica solo con il passaggio in giudicato della sentenza resa nel procedimento nel cui ambito si assume essersi verificata la violazione*» (23); altri ancora osservano come «*se il diritto di cui all'art. 6 CEDU non è scindibile in segmenti temporali – implicando una risposta conclusiva sull'istanza di giustizia e perciò connesse valutazioni in base al risultato finale e non ai singoli gradi o stati né in rapporto ai singoli anni – di norma esso può essere fatto valere allorché il procedimento è stato definito, perché solo in quel momento si può avere la visione d'insieme della maggiore o minore congruità dei tempi di risposta giudiziale resisi necessari in relazione alla natura del contenzioso*» (24).

Questa tesi non appare convincente a chi scrive, perché priva della possibilità di operare concretamente sul piano giuridico. E, infatti, la pur costante superiorità temporale del termine di prescrizione rispetto a quello di decadenza non può considerarsi atta a consentire che il danneggiato possa ottenere la tutela processuale del suo diritto – ancorché perfettamente integro sul piano sostanziale – oltre il decorso del termine semestrale fissato dall'art. 4 della legge *Pinto*, essendogli precluso l'esercizio del connesso potere. Il privato interessato ad attivare un giudizio riparatorio, in buona sostanza, si ritroverà a distanza di qualche anno dal passaggio in giudicato della sentenza, ad essere sì titolare del diritto all'equo indennizzo sul piano sostanziale, ma sarà sprovvisto, sul versante processuale, del potere di azionare gli strumenti adeguati a consentire la concreta tutela della sua pretesa! Tale situazione rende praticamente inutile prospettare l'istituto della prescrizione con riferimento ai giudizi *de quibus*, con la paradossale conseguenza che se prescrizione e decadenza vengono a combaciare, tanto vale eliminare una delle due, a tutto detrimento della specifica funzione che ciascuna è chiamata ad adempiere.

(22) Così la Corte d'Appello di Salerno, decr. 14 ottobre 2008.

(23) Vedi Corte d'Appello di Roma, decr. 9 luglio 2001, in *Guida al diritto*, 2001, n. 38, p. 30.

(24) La tesi è stata espressa dalla Corte d'Appello di Potenza, decr. n. 96/2009, e sembrerebbe porti alla consequenziale conclusione che l'inizio della prescrizione decennale coincida con il passaggio in giudicato della sentenza che chiude il giudizio presupposto. Contrariamente ad ogni logica aspettativa, i giudici hanno invece ravvisato il *dies a quo* addirittura nel momento della notifica del ricorso introduttivo (quale momento in cui il processo ha cominciato ad avere ripercussioni importanti sulla vita della parte)!

D'altra parte, l'indirizzo che – facendo leva sull'argomento della illiquidità ed inesigibilità del credito sotteso al danno da ritardo – ritiene necessaria, ai fini del decorso del termine prescrizione, la definitiva chiusura del giudizio presupposto, si palesa particolarmente inconfidente anche nel merito: il diritto all'equa riparazione vanta, infatti, il connotato dell'esigibilità perché può essere rivendicato da chi si ritenga leso attraverso una domanda di condanna attuale al pagamento, senza l'apposizione di termini o condizioni. Quanto all'illiquidità, deve all'evidenza rilevarsi che trattasi di condizione connessa a qualunque richiesta di risarcimento del danno al momento della proposizione della relativa domanda, posto che solo l'autorità giudiziaria ha il potere di deciderne in concreto l'ammontare. Ciò dimostra che l'incertezza sull'*an* e sul *quantum* dell'obbligo indennitario certamente non costituisce ostacolo a che il termine prescrizione decorra dal momento in cui è dato registrare la violazione.

La tesi prevalente nella giurisprudenza, a contrario, ritiene che «*la prescrizione decennale ben può cominciare a decorrere anche durante la pendenza del processo, e precisamente dal momento in cui si verifica il pregiudizio connesso all'irragionevole durata di un processo*» (25). Ciò vuol dire che esso decorre da ogni momento in cui, superato il periodo di fisiologica durata, il processo continua a protrarsi fino alla sua definizione. Tale sembra essere l'indirizzo sposato anche dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 17703 del 27 giugno 2008, di cui sopra, il quale merita di essere condiviso perché in linea con i principi generali disciplinanti l'istituto della prescrizione, il cui termine decorre dal momento in cui il diritto può essere fatto valere. Non v'è dubbio, infatti, che l'istante determinante l'esordio del potere d'esercizio del diritto coincida esattamente con quello in cui è dato registrare il principio del danno suscettibile d'indennizzo, ed è giocoforza ritenere che quest'ultimo cada proprio al superamento della cosiddetta durata ragionevole. Conseguentemente, e in analogia a quanto accade per l'illecito permanente, per il quale la prescrizione comincia a decorrere per ciascuna frazione di risarcimento dal giorno in cui il relativo danno si è verificato (cfr., per tutte, Cass. n. 5831/2007), il diritto all'equa riparazione matura di giorno in giorno dal momento in cui viene superato il periodo di ragionevole durata in relazione al protrarsi ingiustificato del processo costituente fatto permanente produttivo di danni suscettibili di autonoma e frazionata valutazione (26).

A rigore, merita precisare che il principio testé affermato non subisce al-

(25) Cfr., *ex multis*, Corte d'App. di Napoli, decr. 4 agosto 2008; Corte d'App. di Reggio Calabria, decr. 7 novembre 2008 e Corte d'Appello di Milano, decreto n. 4039 del 16 dicembre 2008.

(26) Sul punto, si riporta il contrario indirizzo espresso dalle Corti d'Appello di Napoli nel decreto n. 2327 del 17 marzo 2009, ove si afferma: «*il danno indennizzabile ex legge Pinto non sorge di continuo e di giorno in giorno, ma solo con il decorso di un termine ragionevole di durata del processo, con la conseguenza che, come corollario logico, il principio in base al quale gli effetti dannosi dell'illecito permanente si prescrivono di giorno in giorno non è applicabile alla fattispecie in esame.*»

cuna deroga in virtù della plurioffensività della fattispecie presa in considerazione, ossia per il fatto che molteplici sono i danni in astratto derivabili dall'eccessiva lentezza del processo (patrimoniali, non patrimoniali, perdita di *chance*, etc.) e che, di conseguenza, differenti sono anche i momenti in cui gli stessi possono effettivamente venire ad esistenza (27). Ebbene, laddove anche uno solo dei danni riportati maturasse solo al momento della conclusione del processo, il termine prescrizione potrebbe farsi decorrere soltanto a partire da quell'istante e ciò non di certo a causa di una deroga apposta al caso di specie, bensì semplicemente perché quel particolare danno non può considerarsi sorto prima di allora (28). Si può dire, pertanto, che piuttosto che un solo danno (concettualmente e logicamente isolabile) destinato a permanere nel tempo, sono concettualmente distinguibili diversi danni, ancorché della stessa tipologia, suscettibili di autonoma considerazione e valutazione, di volta in volta prodottisi a causa del reiterarsi della condotta lesiva nel tempo. Con riferimento ai danni originatisi successivamente al superamento della durata ragionevole e per effetto dell'ulteriore protrarsi del processo nel tempo, la prescrizione comincia a decorrere dalla loro verifica di volta in volta.

Sempre in punto di *dies a quo*, non sono mancati giudici decisi a ritenere opportuna l'operatività in astratto della prescrizione solo a partire dalla data di entrata in vigore della l. n. 89/2001, osservando come, prima di allora, nessuno avrebbe potuto pretendere dal giudice italiano di essere indennizzato per l'irragionevole durata di un processo, non essendo stato ancora riconosciuto dall'ordinamento nazionale il relativo diritto e mancando, di conseguenza, anche la *possibilità legale* di esercizio dello stesso, ai sensi dell'art. 2935 c.c. (29). Tale tesi poggia sull'assunto che il diritto all'equa riparazione sia sorto in forza della legge *Pinto* o, comunque, che pur trovando anteriormente riconoscimento nell'ordinamento nazionale, solo la legge richiamata ne abbia introdotto uno strumento di tutela sul piano interno. Entrambi gli argomenti (30)

Conclusivamente, questo giudicante ritiene che rispetto all'illecito permanente costituito dalla durata irragionevole del processo la prescrizione non potrebbe che decorrere dalla cessazione della condotta lesiva, cessazione che si realizza con la sentenza definitiva assistita dall'autorità di giudicato».

(27) D'altra parte, in alcuni casi, esiste una tipologia di danni, non patrimoniali, legati alla durata del processo indipendentemente dal suo esito decisorio, sicché l'indennizzo può spettare anche al soccombente per il solo fatto di essere stato impegnato a lungo in una determinata controversia. Poiché trattasi di danni destinati a rimanere tali qualunque sia la successiva evoluzione del processo (si pensi, ad esempio, allo stress, allo stato d'incertezza e a tutte le sofferenze che ne derivano...), se ne deve dedurre che correlativamente sorge e viene acquisito al patrimonio del soggetto danneggiato un diritto all'indennizzo perfettamente esigibile e, come tale, suscettibile di estinzione per prescrizione laddove non tempestivamente esercitato.

(28) In senso conforme, vedi Corte d'Appello di Reggio Calabria, sezione civile, decr. 7 novembre 2008.

(29) Vedi, *ex multis*, Corte d'App. di Brescia, decr. 4 marzo 2005.

(30) Di cui il primo dovrebbe, a rigore, condurre a ritenere indennizzabili solo ritardi maturati successivamente alla data di emanazione della legge n. 89/2001.

sono, tuttavia, smentiti dalla giurisprudenza della Cassazione, consolidatasi a partire dai fondamentali arresti di Cass. Sez. Un. 26 gennaio 2004, n. 1339, 1340 e 1341 e di Cass. Sez. Un. 23 dicembre 2005, n. 28507.

Con le prime, le Sezioni Unite hanno identificato il fatto costitutivo prefigurato dall'art. 2 della legge 89/2001 proprio del mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo stabilito dall'art. 6 della CEDU, negando conseguentemente che la fattispecie prevista dalla norma interna assuma connotati diversi da quelli stabiliti dalla Convenzione, rispetto alla quale essa andrebbe considerata non già costitutiva del diritto all'equa riparazione, bensì unicamente istitutiva della via di un ricorso interno, prima inesistente, diretta ad assicurare una tutela pronta ed efficace alla vittima della violazione del canone di ragionevole durata del processo in attuazione del disposto dell'art. 13 della Convenzione. Con la seconda pronuncia, le Sezioni Unite hanno ulteriormente chiarito che non è neppure predicabile una distinzione tra diritto ad un processo di ragionevole durata *ex art. 6* della CEDU (o, addirittura, ad essa preesistente come valore costituzionalmente protetto), e un diritto all'equa riparazione, introdotto in forza della legge n. 89/2001, in quanto «*la tutela assicurata dal giudice nazionale non si discosta da quella precedentemente offerta dalla Corte di Strasburgo, alla cui giurisprudenza è tenuto a conformarsi il giudice nazionale*».

Alla luce di simili pronunce, sembra corretto sostenere che già prima dell'entrata in vigore della cd. legge *Pinto* al cittadino fosse possibile esercitare il diritto all'equa riparazione per irragionevole durata di un processo, posto che con la citata normativa il legislatore ha solo istituito un rimedio giurisdizionale interno di riparazione della lesione di tale diritto, già riconosciuto per mezzo della legge n. 848/1955 di ratifica della CEDU, in precedenza tutelato solo dal ricorso alla Corte Europea (31).

(31) A tal proposito si consideri che la Convenzione Europea non solo afferma il diritto, sostanziale, all'*equa riparazione*, ma – come detto – prevede anche uno strumento di tutela (*sussidiario*) che, prima dell'introduzione della legge *Pinto*, rendeva quel diritto direttamente azionabile davanti agli organi istituiti dalla CEDU da parte del soggetto che avesse subito danni dalla sua lesione (c.d. *ricorso individuale*, prima subordinato ad una dichiarazione dello Stato membro di riconoscere come obbligatoria la giurisdizione della Corte, dichiarazione avvenuta per l'Italia solo con decorrenza dal 1 agosto 1973, artt. 25 e 26 della CEDU testo originario; poi reso sempre possibile senza alcuna facoltà di disconoscimento da parte degli Stati membri, dopo l'approvazione del Protocollo n. 11, firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994, ed entrato in vigore in Italia l'1 novembre 1998: nuovi artt. 32 e 34 Conv.); inoltre che tanto il diritto all'equa riparazione quanto il *ricorso individuale* davanti agli organi di giustizia internazionali devono certamente considerarsi parte integrante dell'ordinamento interno, dato il fatto che la CEDU è stata recepita nell'ordinamento interno con la legge 4 agosto 1955 n. 848, in particolare lo strumento del ricorso individuale deve ritenersi già acquisito nel patrimonio dei diritti dei cittadini italiani dal 1 agosto 1973, valendo, dunque, quantomeno da quella data, a integrare la condizione cui l'art. 2935 c.c. subordina il decorso del termine prescrizione.

A ciò si aggiunga la considerazione che, di fatto, la Corte Europea (e prima di essa la Commissione Europea) già da molti anni prima della l. 89/2001 esaminava richieste di "*satisfaction équitable*", emettendo

In ragione di questi argomenti si è ritenuto ragionevole dedurre che l'art. 2 della legge n. 89/2001 si concreti in una *norma sulla giurisdizione*.

Si è argomentato, infatti, che con la ratifica in Italia della CEDU, «è stato introdotto nel nostro ordinamento sia il precetto “primario” (rinveniente dall'art. 6 della CEDU) che impone allo Stato di garantire ai cittadini una giustizia dalla durata non irragionevole, sia il precetto “secondario” o “sanzionatorio” (rinveniente dall'art. 41) secondo cui la violazione di questo dovere comporta per lo Stato l'obbligo di assicurare al cittadino danneggiato un'equa soddisfazione. Nel diritto italiano, dunque, la fattispecie normativa sostanziale secondo cui il soggetto leso dall'eccessiva lentezza di un processo ha diritto ad essere indennizzato dallo Stato, era già presente prima dell'entrata in vigore della nostra legge. Quello che mancava al nostro diritto era soltanto il momento giustiziale diretto ad accertare la sussistenza dell'obbligo riparatorio: momento che, ai sensi dell'art. 34 della Convenzione, si realizzava necessariamente davanti alla Corte Europea. La legge n. 89/2001, in attuazione dell'art. 13 della Convenzione (e dando quindi concretezza al principio secondo cui il singolo Stato deve garantire ai suoi cittadini un effettivo rimedio giurisdizionale “interno” contro le violazioni della Convenzione stessa) ha finalmente devoluto le controversie sull'eccessiva durata dei processi e sulla conseguente obbligazione indennitaria dello Stato, ai giudici italiani.

L'art. 2 della nostra legge, in quest'ottica, si risolve allora in una semplice norma sulla giurisdizione: una norma che attribuisce anche alla magistratura italiana la potestas iudicandi su queste controversie»(32).

Sul punto giova osservare a chi scrive che: se è vero che il diritto all'equa riparazione trova il suo fondamento nell'art. 6 della CEDU ed ha natura e contenuto esattamente identici a quello già riconosciuto dall'art. 41 della Convenzione medesima, se come tale esso ben può essere maturato, in tutto o in parte, anteriormente all'entrata in vigore della c.d. legge *Pinto*; se il ricorso giurisdizionale alla Corte Europea era volto proprio a prestare tutela a quel diritto e, come tale, era sostanzialmente sovrapponibile al ricorso alla Corte d'Appello introdotto dall'art. 3 legge 89/2001; se il primo era ed è tuttora direttamente esperibile (in via *sussidiaria* in caso di insussistenza ma anche di inadeguatezza del ricorso interno rispetto allo scopo, imposto dall'art. 13 della

condanne nei confronti dell'Italia direttamente esecutive nell'ordinamento interno, tanto che la legge *Pinto* è stata emanata proprio e solo al fine di porre argine, attivando il filtro del “*previo esaurimento dei ricorsi interni*” ex art. 35 Conv., all'affollamento di ricorsi davanti alla Corte di Strasburgo. La sovrapposibilità delle tutele è dimostrata anche dalla norma transitoria di cui all'art. 6 della legge *Pinto*, che espressamente dispone che i ricorsi già pendenti presso la Corte europea dei diritti dell'uomo e relativi alla violazione del termine ragionevole di durata del processo possono essere trasferiti alla Corte d'appello competente sulla base della nuova disciplina interna, sia pure entro un termine ristretto.

(32) Cfr. Corte d'Appello di Reggio Calabria, Sez. Civile, decreto 7 novembre 2008.

Convenzione, di consentire una *tutela effettiva* del diritto) e – soprattutto – lo era con esiti immediatamente efficaci, esecutivi e vincolanti nell'ordinamento interno; se tutto ciò è vero, non si vede allora perché il diritto in questione possa ritenersi *non legalmente tutelabile* prima dell'introduzione del nuovo ricorso interno per effetto della legge n. 89/2001 e, dunque, impedito nel suo esercizio ai fini dell'art. 2935 c.c., se non sulla base di una nozione di *legale possibilità di esercizio* limitata al solo novero degli strumenti di tutela giurisdizionale interna che, però, non appare imposta da alcun cogente argomento sistematico ed, anzi, finirebbe con l'obliterare gli effetti della legge 4 agosto 1955, n. 848 di ratifica ed esecuzione della CEDU.

Si ritiene, in altre parole, che il diritto del cittadino ad un processo di ragionevole durata non sia stato introdotto nel nostro ordinamento dalla l. 24 marzo 2001, n. 89, bensì dalla legge n. 848/1955 di ratifica della CEDU, che dà immediata rilevanza interna al diritto posto dalla Convenzione. La prima normativa si sarebbe soltanto limitata ad istituire uno strumento interno di riparazione per la lesione di tale diritto, che in precedenza era tutelato davanti alla Corte di Strasburgo (33). Da ciò discende che «*il diritto in questione poteva essere fatto valere già prima del 2001 e nel momento stesso in cui, avendo la durata del procedimento oltrepassato il limite della ragionevolezza, la posizione soggettiva dell'interessato fosse stata lesa*» (34).

Dalle osservazioni che precedono si snoda, a complicare ancor di più l'intera tematica, il problema dell'immediata precettività del diritto alla ragionevole durata del processo sul piano dell'azione. Trattasi di una questione di capitale importanza, tesa a valutare se il diritto alla ragionevole durata del processo, in quanto fondato direttamente nell'art. 6, par. 1, della CEDU, abbia natura di diritto soggettivo perfetto e sia, pertanto, immediatamente precettivo, con la logica conseguenza che – essendo stata la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo ratificata dallo Stato italiano con la L. 4 agosto 1955, n. 848 – esso troverebbe piena attuazione sin da allora, anche se solo nel 2001, con la cd. legge *Pinto*, lo Stato italiano ha previsto gli strumenti processuali onde consentirne l'esercizio in concreto sul piano interno.

Sul punto, la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 14286 del 20 giugno 2006, ha espressamente ritenuto che pur essendo stata la Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali firmata in Roma il 4 novembre 1950, ratificata dal Presidente della Repubblica a seguito di autorizzazione conferitagli dalla Legge di esecuzione 4 agosto 1955, n. 848, ed entrata in vigore il 26 ottobre 1955, la tutela dei diritti umani, fra cui rientra la tutela mediante ricorso individuale della durata ragionevole del procedi-

(33) Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un., sentenza n. 29507/2005.

(34) E' di questo avviso la Corte d'Appello di Napoli, nei decreti n. 8160 del 14 ottobre 2008, n. 4449 del 4 agosto 2008 e n. 6416 del 27 ottobre 2008.

mento prevista dall'art. 6, paragrafo 1, decorre solo dal 1 agosto 1973.

Ciò per la ragione che, ai sensi dell'art. 25, par. 1, della Convenzione, che disciplinava prima del Protocollo n. 11 l'accesso dei singoli individui alla Commissione, il diritto di ricorso spettante ad ogni persona fisica, vittima di una violazione dei diritti riconosciuti nella Convenzione, era condizionato all'accettazione di una clausola opzionale che imponeva il riconoscimento, da parte dell'Alta Parte Contraente chiamata in causa, della competenza della Commissione in materia. Tale dichiarazione è stata resa dall'Italia solo il 31 luglio 1973, con la conseguenza che i fatti precedenti a tale data non costituiscono fonte di responsabilità dello Stato italiano nei confronti del cittadino (35).

Ne conseguirebbe che, siccome la finalità della L. 24 marzo 2001, n. 89, particolarmente emergente dai lavori preparatori, è quella di apprestare un rimedio giurisdizionale interno analogo alla prevista tutela internazionale, anche nel quadro dell'istanza nazionale rimarrebbe preclusa al Giudice italiano ogni valutazione in ordine al periodo precedente al 1 agosto 1973, data a partire dalla quale è riconosciuta la facoltà del ricorso individuale alla Commissione (oggi, alla Corte Europea dei diritti dell'uomo), con la possibilità di far valere la responsabilità dello Stato.

Nonostante le eccezioni fermamente opposte dagli Avvocati dello Stato, molti privati hanno evidenziato come non possa dubitarsi che la citata norma pattizia, nella parte in cui prevede che «*ogni persona ha diritto ad un'equa riparazione e pubblica udienza entro un termine ragionevole...*» abbia introdotto nel nostro ordinamento giuridico, per altro per mezzo di una legge ordinaria, un "diritto soggettivo perfetto", come tale immediatamente precettivo. A riconferma di ciò si è aggiunto che la stessa Convenzione fonda il diritto d'azione, stabilendo all'art. 13, con formula non meramente programmatica ma d'immediata efficacia, che la medesima persona alla quale è stato appena riconosciuto il diritto sostanziale al processo di ragionevole durata (art. 6), ha pure «*diritto a un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale*».

Le considerazioni espresse dagli avvocati di parte privata certamente lasciano terreno fertile allo svilupparsi di riflessioni di portata giuridica non poco rilevante, riguardanti non solo la strumentalità o autonomia del diritto d'azione, ma soprattutto il rapporto che intercorre tra questo e il diritto sostan-

(35) In questo senso è indirizzata anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale – premesso che «*the declaration made by Italy under Article 25 is, according to its own terms, valid only in relation to acts, decisions, facts or events occurring subsequently to 31 July 1973*» (Foti e altri c. Italia, 10 dicembre 1982) – ha precisato che, in tema di termine ragionevole di durata del processo, il periodo rilevante comincia a decorrere, appunto, «*from 1 August 1973, when the recognition by Italy of the right of individual petition took effect*» (Pretto ed altri c. Italia, 8 dicembre 1983), fermo restando che «*regard must be had, however, to the state of the case at that moment*» (Brigandi c. Italia, 19 dicembre 1991; vedi, altresì, Baggetta c. Italia, 25 giugno 1987).

ziale che con l'esercizio dell'azione si fa valere. Evidente che l'interrogativo riguarda la possibilità che la mancanza di uno specifico mezzo di tutela processuale sia di per sé circostanza sufficiente ad escludere la sussistenza del diritto di cui si invoca la tutela, o se, al contrario, non debba ritenersi che sia il diritto sostanziale a costituire una delle condizioni d'esercizio del diritto d'azione.

Secondo l'orientamento rilevante nelle più recenti pronunce della Suprema Corte (36), «*La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, approvata il 4 novembre 1950, è stata ratificata dallo Stato italiano in data 26 ottobre 1955. Essa peraltro non ha dato ingresso immediato all'azione di riparazione per violazione del termine ragionevole del processo previsto all'art. 6, paragrafo 1, che era condizionata all'accettazione di una clausola opzionale consistente nel riconoscimento da parte dello Stato contraente della competenza della Commissione (più tardi, Corte Europea dei diritti dell'uomo) in tale materia: dichiarazione, sopravvenuta, per l'Italia, l'1 agosto 1973.*

Ne consegue che solo da tale ultima data si è introdotta una tutela internazionale, recepita poi con effetto retroattivo dalla L. 24 marzo 2001, n. 89, che ha prestato in favore della vittima di un ritardo processuale la tutela interna individuale (Cass., Sez. I[^], 20 Giugno 2006, n. 14286)».

Se, dunque – pur dovendosi ravvisare la fonte di riconoscimento del diritto sostanziale all'equa riparazione nella norma contenuta all'art. 6, par. 1, della Convenzione – un rimedio giurisdizionale sul piano interno è stato introdotto soltanto a partire dal 1 agosto 1973, è d'obbligo ritenere che il *dies a quo* della prescrizione in astratto in materia di legge *Pinto* non possa giammai precedere tale data.

Alla luce della disamina compiuta, si può concludere che il termine prescrizione del diritto all'equa riparazione matura dal momento in cui viene superato il periodo di ragionevole durata in relazione al protrarsi ingiustificato del processo, ma solo a cominciare dalla data del 1 agosto 1973, data in cui è stato istituito il rimedio d'azione a vantaggio dei cittadini.

Ultima, e non meno intrigante, tematica è quella afferente la durata della prescrizione, argomento vieppiù associato a quello della natura giuridica del diritto all'equa riparazione. In proposito, preme dare testimonianza della tesi manifestata nel corso di alcuni giudizi dall'Avvocatura dello Stato, in specie quella partenopea, la quale – evidenziando come la Suprema Corte abbia sempre parametrato il danno da lesione alle voci tipiche dell'illecito aquiliano, con ciò di fatto riconoscendone l'intrinseca natura risarcitoria – ha ravvisato

(36) Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 10 luglio 2009, n. 16284; Cass. Civ., Sez. I, 5 dicembre 2008, n. 28828; Cass. Civ., Sez. I, 22 ottobre 2008, n. 25587; Cass. Civ., Sez. I, 18 dicembre 2007, n. 26666; Cass. Civ., Sez. I, 27 febbraio 2007, n. 4476.

in 5 anni il termine prescrizione da assegnarsi al diritto all'equa riparazione, in ossequio al disposto dell'art 2947 c.c. Si è sostenuto, così, che nei giudizi in materia di legge *Pinto* venga in rilievo la responsabilità risarcitoria oggettiva dello Stato, che con una condotta continuativa ha leso il diritto soggettivo assoluto della persona alla definizione del suo procedimento in una durata ragionevole a far data di inizio della durata del giudizio e fino alla data della decisione conclusiva in via definitiva dello stesso. Conseguentemente, si è affermato che, in assenza di fatti interruttivi, il diritto all'indennizzo debba ritenersi prescritto una volta spirato il termine per i danni verificatisi all'atto del superamento del periodo di durata ragionevole e per quelli successivi derivati dall'ulteriore protrarsi del processo con il decorso di cinque anni dal loro verificarsi via via nel tempo.

La più consolidata giurisprudenza di merito (37), tuttavia, in soluzione di continuità con la tesi che postula la natura indennitaria, e non risarcitoria, dell'equo indennizzo, afferma il termine di prescrizione avere durata ordinaria decennale, *ex art. 2946 c.c.*, e che, pertanto, l'indennizzo competerebbe a retroagire di 10 anni dalla data di notifica del ricorso per equo indennizzo, costituente atto introduttivo ai sensi dell'art. 2943, comma 1, c.c. (38).

Più esattamente, per i danni originatisi all'atto del superamento della durata ragionevole del processo, la prescrizione inizia a maturare dall'istante in cui termina la fisiologica durata del processo fino al giorno anteriore di 10 anni dalla data di notifica del ricorso per equo indennizzo; analogamente, per i danni via via originatisi successivamente nel tempo per effetto dell'ulteriore protrarsi del processo, la prescrizione prende avvio dall'istante della loro verifica di volta in volta.

*Dott.ssa Morena Pirollo**

(37) Vedi, *ex multiis*, Corte d'Appello di Napoli, decr. n. 8160 del 14 ottobre 2008, n. 4449 del 4 agosto 2008 e n. 6416 del 27 ottobre 2008; Corte d'Appello di Milano, decreto n. 4039 del 16 dicembre 2008.

(38) Così Corte d'Appello di Milano, decreto n. 4039 del 16 dicembre 2008.

(*) Dottore in giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

Corte di Appello di Napoli, Quarta Sezione Civile, decreto del 17 marzo 2008 - Pres. G. Annunziata, Rel. P. Cristiano - G.G. (Avv. P. Varriale) c. Ministero dell'Economia e delle Finanze (Avv. dello Stato A. Elefante - AL 1338/09).

(Omissis)

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato in data 25-6-2008, G.G. si è rivolto alla Corte d'Appello di Napoli chiedendo di essere indennizzato ai sensi della legge 24-3-2001 n. 89 per violazione dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Tanto, per l'eccessiva durata di un giudizio, finalizzato al conseguimento del corretto inquadramento in ruolo e delle finanze retributive, da lui promosso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale della Campania con ricorso depositato il 28-10-92, tuttora pendente a distanza di anni 15 e mesi 7 circa, senza peraltro, che alcuna udienza fosse stata fissata nelle more.

Si è costituito il resistente Ministero per mezzo dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato eccependo la improponibilità della domanda, qualora mancante l'istanza di cui all'art. 51, comma 2, del decreto legge n. 112 del 25-6-2008, convertito con modificazioni in legge 133 del 6-8-2008 nonché l'estinzione parziale per prescrizione del diritto azionato *ex adverso*. Ha contestato, inoltre, il resistente la fondatezza della pretesa, sollecitando comunque l'integrale compensazione delle spese di lite.

All'udienza camerale del 24-2-2009 la Corte si è riservata la decisione.

Motivi della decisione

(...) Priva di pregio, si aggiunge, è l'eccezione di prescrizione prospettata dall'Avvocatura dello Stato, e ciò, atteso il disposto del citato art. 4 che prevede solo l'ipotesi della decadenza dal diritto in caso di definizione del giudizio presupposto con sentenza passata in giudicato, e non prevede affatto un termine prescrizionale, che questa Corte ritiene incompatibile sia con la natura indennitaria della pretesa sia con la necessaria valutazione del rispetto di un termine ragionevole di durata collegato a vari fattori e non ad un preciso termine di esordio della prescrizione, tant'è vero che lo stesso art. 4 prevede che la domanda può essere proposta sia durante la pendenza del giudizio nel cui ambito si assume essersi verificata la violazione, sia a giudizio definito.

In altre parole, poiché l'istituto della prescrizione trova il suo fondamento di rilevanza nell'inerzia del titolare del diritto, è concettualmente incompatibile l'istituto in oggetto rispetto ai giudizi, come quello in esame, in cui l'inattività è necessaria perché possa maturarsi e possa farsi valere il diritto alla riparazione del danno da ritardo.

(...) Deve ancora rilevarsi che nella materia in esame la condotta pregiudizievole dello Stato nella gestione della durata dei processi integra un illecito permanente che cessa con la cessazione della condotta lesiva, cioè con la pronuncia definitiva che con autorità di giudicato pone fine alle controversie.

In proposito è, però, opportuno chiarire che circa gli effetti dannosi che si producono nel patrimonio di un soggetto in conseguenza di un comportamento illecito di un terzo, che solo una condotta contraria di quest'ultimo può eliminare, la giurisprudenza si è varie volte pronunciata nel senso che la prescrizione decorre dalla cessazione del fatto lesivo solo con riguardo alle azioni dirette ad ottenere la *restituito in integrum* (ad esempio, restituzione di un fondo, demolizione di un manufatto abusivo, etc.) e non anche relativamente al diverso caso

del diritto alla reintegrazione patrimoniale che soggiace ai termini prescrizionali (sul punto Cass. N. 14861 del 16.11.2000). Sulla scia di questo indirizzo, si è, quindi, affermato il principio secondo cui la caratteristica dell'illecito permanente è di dar luogo al risarcimento dei danni, che si rinnovano di giorno in giorno e che contestualmente si prescrivono in modo continuo (Cass. N. 6512 del 2-4-2004).

Tanto premesso, si puntualizza che questa Corte non intende mettere in discussione i suddetti principi, che sono pienamente condivisibili, volendosi solo evidenziare che essi non possono riferirsi alla fattispecie dell'illecito permanente di cui alla legge Pinto, in cui il danno indennizzabile non sorge di continuo e di giorno in giorno, ma solo con il decorso di un termine ragionevole di durata del processo, con la conseguenza che, come corollario logico, il principio in base al quale gli effetti dannosi dell'illecito permanente si prescrivono di giorno in giorno non è applicabile alla fattispecie in esame.

Conclusivamente, questo giudicante ritiene che rispetto all'illecito permanente costituito dalla durata irragionevole del processo la prescrizione non potrebbe che decorrere dalla cessazione della condotta lesiva, cessazione che si realizza con la sentenza definitiva assistita dall'autorità del giudicato. In teoria quindi i soggetti lesi dalla condotta pregiudizievole, fermo restando il loro diritto ad agire anche in pendenza della lite, avrebbero potuto secondo le regole del diritto comune far valere il diritto all'indennizzo con la decorrenza del giudicato nel rispetto dei termini di prescrizione (quinquennale o, più correttamente, decennale, qui non interessa); ma opportunamente è intervenuto il legislatore con la previsione del termine di decadenza di cui all'art. 4 della legge n. 89 del 2001 al fine di dare certezza ai rapporti giuridici.

Per completezza si osserva, infine, che neanche potrebbe farsi coincidere l'esordio della prescrizione con la pronuncia di primo grado, perché in astratto nulla esclude che la sentenza di primo grado possa intervenire in tempi ragionevoli, ed essere invece seguita da giudizi ulteriori in cui la stessa celerità non sia più garantita, e ciò a parte la considerazione che, com'è pacifico, il danno indennizzabile deve essere commisurato alla durata complessiva del giudizio presupposto, e non alle singole frazioni in cui, per fasi o gradi processuali, il giudizio stesso si articola.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Napoli così provvede:

a) accoglie il ricorso per quanto di ragione e, per l'effetto, condanna il Ministero dell'Economia e delle Finanze al pagamento in favore di G.G. della di € 6.292,00, oltre interessi legali decorrenti dalla data della presente decisione al soddisfo; (...).

Napoli, 24 febbraio 2009.

Corte d'Appello di Potenza, Sezione Civile, decreto del 28 aprile 2009 - Pres. T. De Angelis, Rel. E. Nesti - A.D.B. snc ed altri (Avv.ti G. Romano e P. Genito) c. Ministero dell'Economia e delle Finanze (Avvocatura dello Stato di Potenza - AL 3753/08).

(Omissis)

Con atto depositato il 31/10/2008 i ricorrenti indicati in premessa hanno chiesto a questa Corte il riconoscimento di un'equa riparazione, ex l. n. 89/2001, per eccessiva durata di un

processo dinanzi al giudice amministrativo nel quale avevano assunto la veste di attori dinanzi al Tribunale amministrativo della Basilicata.

Detto processo ha avuto inizio con ricorso depositato il 2/5/2002 ed è stato definito con sentenza pubblicata il 2/5/2008.

Istauratosi il contraddittorio con l'amministrazione convenuta, che ha chiesto il rigetto della domanda o la riduzione delle pretese di parte attrice, all'udienza del 10/2/2009, presenti i difensori delle parti, che si sono riportati alle rispettive conclusioni, ed acquisite le conclusioni del P.G., il quale ha espresso parere favorevole al riconoscimento della somma di € 1000,00 per ogni anno oltre quello di durata ragionevole del processo, questa Corte si è riservata di decidere.

(...) L'amministrazione resistente eccepisce, in secondo luogo, il termine di prescrizione quinquennale previsto dall'art. 2947 c.c.

Questa Corte ha già in altre occasioni avuto modo di affrontare la questione sollevata dalla difesa erariale. Il discorso deve muovere dalla natura indennitaria e non risarcitoria della prestazione oggetto della lite, come costantemente affermato dalla giurisprudenza.

Pertanto, il diritto all'equa riparazione *ex lege* 89/2001 non richiede la verifica né di un illecito contemplato secondo la nozione dell'art. 2043 cc, né dell'elemento soggettivo della colpa a carico del soggetto attivo, ma è ancorato al mero accertamento della violazione dell'art. 6, par. 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, cioè di un evento *ex se* lesivo del diritto della persona alla definizione del suo procedimento in una durata ragionevole, configurandosi l'obbligazione avente ad oggetto l'equa riparazione non già come obbligazione *ex delicto*, ma come obbligazione *ex lege* riconducibile, in base all'art. 1173 cc, ad ogni altro atto o fatto idoneo a costituire fonte di obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico (arg. *ex multiis*, Cas. 22-5-2007 n. 118453).

Non essendosi, dunque, in presenza di un illecito aquiliano ma di una obbligazione *ex lege*, non appare conferente la giurisprudenza invocata da parte convenuta, che si riferisce, invece, al diverso caso dell'illecito permanente ed alla conseguente decorrenza *de die in diem* del termine di prescrizione del diritto al risarcimento in relazione ai danni che via via si verificano.

Né appare configurabile tra il privato titolare del diritto alla ragionevole durata del processo e l'amministrazione della giustizia un rapporto obbligatorio di durata in cui distinguere i singoli ratei che di volta in volta maturano e che poi si prescrivono, anche perché il diritto all'equa riparazione non è di per sé frazionabile in tante rate distinte quanti sono gli anni o i mesi di durata del processo oltre il limite di sua ragionevole durata: invero, la liquidazione secondo siffatti parametri temporali, lungi dall'essere dovuta, costituisce soltanto uno – anche se assai diffuso – dei possibili criteri di ristoro consentiti dalla legge, ma non esclude che le peculiarità del caso concreto suggeriscano parametri differenti.

Diversamente opinando si dovrebbe riconoscere il diritto di formulare distinte domande per il primo e/o secondo grado di giudizio, così come non può il giudice scindere l'unica domanda proposta, con riferimento all'intero giudizio, atteso che il diritto all'equa riparazione e la domanda diretta a farlo valere hanno carattere unitario e non sono suscettibili di essere frazionati o segmentati con riferimento ai singoli momenti della vicenda processuale.

Se, dunque, il diritto di cui all'art. 6 CEDU non è frazionabile in segmenti temporali, perché si tratta di dare una risposta sull'istanza di giustizia di tipo conclusivo, da valutare in base al risultato finale e non in relazione ai singoli gradi o stati o in rapporto ai singoli anni, di norma esso può essere fatto valere nel momento in cui il procedimento è stato definito,

perché solo in quel momento si può avere la visione d'insieme della maggiore o minore congruità dei tempi di risposta giudiziaria resisi necessari in relazione alla natura del contenzioso ed alle necessità istruttorie.

E' infine sintomatico anche il decorso del termine semestrale di decadenza, che l'art. 4 legge n. 89/2001 fissa all'atto della definizione del procedimento: in tal modo il legislatore ha dimostrato di essere consapevole del fatto che solo in quel momento la parte ha la percezione completa del perché e di quanto la durata del giudizio presupposto abbia superato il limite ragionevole.

Da quanto precede deve dedursi che la prescrizione del diritto all'equa riparazione decorre dal momento in cui la parte può pienamente rendersi conto del raggiungimento della soglia indennizzabile e della misura in cui tale soglia sia stata poi superata, conoscibilità che dipende da una serie di valutazioni globali circa la complessità del contenzioso. (...).

P.Q.M.

La Corte di Appello condanna il Ministero dell'Economia e delle Finanze a pagare a ciascuno dei ricorrenti indicati in premessa la somma di euro 3000,00 oltre interessi legali a far data dal 31/10/2008 al soddisfo; (...).

Così deciso a Potenza, 22/4/2009.

Corte d'Appello di Napoli, Sezione Prima Civile, decreto del 4 agosto 2008 - Pres. L. Martone, Rel. M. Cristiano - P.G. (Avv. R. Buonfantino) c. Ministero dell'Economia e delle Finanze (Avv. dello Stato M. Gerardo, Napoli - AL 12512/08).

(Omissis)

P.G., con ricorso in riassunzione depositato il 14 marzo 2008, ha lamentato l'eccessiva durata del procedimento da lui promosso dinanzi al TAR della Campania al fine di ottenere l'annullamento della delibera della G.M. di Ischia che apponeva un termine finale alla proroga del suo mantenimento in servizio quale vigile urbano.

Ha dedotto che il giudizio, introdotto con ricorso del 18 marzo 1988, è tuttora pendente ed ha chiesto, pertanto, la liquidazione della somma di € 33.500 a titolo di risarcimento dei danni morali subiti per la violazione del principio di ragionevole durata del procedimento giudiziario fissato dall'art. 6, par. 1, della CEDU.

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze si è costituito ed ha eccepito in via preliminare la parziale prescrizione dell'azione; in subordine, nel merito, non ha contestato l'*an* della pretesa ma ha chiesto la compensazione delle spese del procedimento.

Tanto premesso, questa Corte osserva:

Il ricorso, proposto prima ancora dell'emissione della sentenza di primo grado, è certamente proponibile ai sensi dell'art. 4 L. n. 89/01.

L'eccezione di prescrizione svolta in via preliminare dal Ministero è parzialmente fondata.

Come è noto, l'obbligo indennitario dello Stato per l'eccessiva durata di un procedimento giudiziario può sussistere anche se non sia ravvisabile colpa nella gestione del proce-

dimento stesso da parte del giudice al quale esso è stato affidato, infatti, l'obbligo assunto a livello internazionale dalla Repubblica Italiana con la sottoscrizione e la ratifica della Convenzione impegna lo Stato unitariamente considerato in tutti i suoi poteri ed in tutte le sue articolazioni strutturali, sicché tutti devono, nei limiti delle loro attribuzioni, concorrere all'adempimento di tale obbligo (v. sentenza CEDU 26 ottobre 1988, Martini Moreira c./ Portogallo), con la conseguenza che lo Stato risponde non solo per il comportamento negligente degli organi giudiziari, ma più in genere per il fatto di non aver provveduto ad organizzare il proprio sistema giudiziario in modo da consentirgli di soddisfare con ragionevole velocità la domanda di giustizia (v. sentenza 12 ottobre 1992, Boddeart c./ Belgio).

Pertanto se l'eccessivo carico di lavoro, che notoriamente affligge la maggior parte degli uffici giudiziari italiani, può giustificare sul piano soggettivo il comportamento del singolo organo giudiziario, ciò non è rilevante ai fini della valutazione richiesta dalla L. 89/2001, che fonda un'obbligazione *ex lege* e non *ex delicto*, che sorge per il fatto oggettivo dell'eccessiva durata del processo e non già per il comportamento doloso o colposo degli organi giudiziari.

Ne consegue che il termine di prescrizione dell'azione è quello ordinario decennale.

Peraltro, come la S.C. ha avuto modo di porre in evidenza, il diritto del cittadino ad un processo di ragionevole durata non è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla L. n. 89/2001, ma dalla legge n. 848/55 di ratifica della CEDU, che ha immediata rilevanza interna al diritto posto dalla convenzione, la L. n. 89/01 si è limitata ad istituire uno strumento interno di riparazione per la lesione di tale diritto, che in precedenza era tutelato dinanzi alla Corte di Strasburgo. Da ciò discende che il diritto in questione poteva essere fatto valere già prima del 2001 e nel momento in cui, avendo la durata del procedimento oltrepassato il limite della ragionevolezza, la posizione soggettiva dell'interessato è stata lesa.

Poiché si tratta di un diritto che matura giorno per giorno mentre si protrae il processo irragionevolmente lungo e sino a quando questo non venga definito (com'è confermato dall'art. 4 della legge che consente all'interessato di presentare istanza di equa riparazione quando il giudizio è ancora in corso) ci si trova in una situazione analoga a quella dell'illecito permanente, per il quale la prescrizione comincia a decorrere per ciascuna frazione del risarcimento (qui dell'indennizzo) dal giorno in cui il relativo nocumento si è verificato (Cass. n. 5831/07).

Ora, anche in base ai parametri che possono ricavarsi dalla giurisprudenza della CEDU, questa Corte ritiene che per giudizi di ordinaria complessità e non coinvolgenti questioni di rilievo tale da imporre uno straordinario sforzo di efficienza da parte dell'apparato giudiziario, una durata triennale per un grado di giudizio sia da considerare ragionevole, posto che ogni sistema giudiziario reale deve fare i conti con la contemporanea pendenza di numerosi procedimenti e, quindi, per quanto ben organizzato, non può non diluire il proprio impegno su tutta la massa delle questioni da istruire, studiare e decidere. In sostanza, è fisiologico e socialmente accettato che i processi abbiano una certa durata, misurabile in anni.

Nel caso in esame, avente ad oggetto la richiesta di annullamento di una delibera, il limite triennale appare del tutto adeguato.

Ne consegue che il diritto all'indennizzo del P.G. iniziato a maturare dal 18 marzo 1991, risulta prescritto sino al 10 dicembre 1997 (data anteriore di dieci anni al deposito del primo ricorso, poi riassunto).

Va ancora osservato che, per quanto la CEDU, una volta superato il limite della ragionevolezza, consideri ai fini della liquidazione dell'indennizzo l'intera durata del procedimento, tanto non è consentito al giudice italiano, posto che l'art. 2, c. 3°, lett. a), della legge n. 89/2001, espressamente sancisce che, ai fini della liquidazione dell'indennizzo riconosciuto

dal nostro diritto interno per l'eccessiva durata dei processi, "*rileva solamente il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole*". Pertanto, finché il legislatore non riterrà di modificare tale dettato normativo (che non contrasta né con le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 10 Cost.) né con i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (art. 11 Cost.) né, infine, con la Convenzione, ma solo con un orientamento ermeneutico della Corte di Strasburgo, che non può prevalere su di un'espressa disposizione di legge, i giudici italiani non potranno che attenervisi.

In definitiva, può riconoscersi al P.G. solo l'indennizzo per il periodo 11 dicembre 1997/4 luglio 2008 (10 anni e 7 mesi).

Il P.G. ha chiesto solo l'indennizzo per il danno morale che, secondo i parametri di valutazione della CEDU, cui il giudice nazionale è tenuto ad adeguarsi, costituisce conseguenza ordinaria del prolungarsi del giudizio oltre i termini di ragionevole durata, sicché può essere escluso solo in quei casi in cui specifici elementi di fatto dimostrino che la durata del procedimento corrisponde all'interesse del ricorrente (Cass., ss.uu., 26 gennaio 2004 n. 1338).

(...)

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Napoli dichiara estinto per prescrizione sino all'11 dicembre 1997 il diritto all'equa riparazione di P.G. e condanna il Ministero dell'Economia e delle Finanze a pagare al ricorrente per tale titolo la somma di € 8.466 oltre agli interessi legali dal 14 marzo 2008 al saldo (...).

Napoli, 4 luglio 2008

Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza 26 gennaio 2004 n. 1339 - Pres. Ianniruberto, Rel. Lupo - (omissis)(Avv. G. Romano) c. Ministero della Giustizia (Avvocatura generale dello Stato).

(Omissis)

MOTIVI DELLA DECISIONE

(Omissis)

3.- La soluzione della questione di massima posta alle Sezioni unite esige la considerazione della lettera e delle finalità della L. n. 89 del 2001.

Come chiaramente si desume dall'art. 2, comma 1, della L. n. 89 del 2001, il fatto giuridico che fa sorgere il diritto all'equa riparazione da essa prevista e' costituito dalla "violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della L. 4 agosto 1955 n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'arto, paragrafo 1, della Convenzione". La L. n. 89 del 2001, cioè, identifica il fatto costitutivo del diritto all'indennizzo per relationem, riferendosi ad una specifica norma della CEDU. Questa Convenzione ha istituito un giudice (Corte europea dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo) per il rispetto delle disposizioni in essa contenute (art. 19), onde non può che riconoscersi a detto giudice il potere di individuare il significato di dette disposizioni e perciò di interpretarle.

Poiché il fatto costitutivo del diritto attribuito dalla L. n. 89 del 2001 consiste in una determi-

nata violazione della CEDU, spetta al Giudice della CEDU individuare tutti gli elementi di tale fetta giuridico, che pertanto finisce con l'essere "conformato" dalla Corte di Strasburgo, la cui giurisprudenza si impone, per quanto attiene all'applicazione della L. n. 89 del 2001, ai giudici italiani.

Non è necessario, allora, porsi il problema generale dei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento interno, su cui si è ampiamente soffermato il Procuratore Generale in udienza. Qualunque sia l'opinione che si abbia su tale controverso problema, e quindi sulla collocazione della CEDU nell'ambito delle fonti del diritto interno, è certo che l'applicazione diretta nell'ordinamento italiano di una norma della CEDU, sancita dalla L. n. 89 del 2001 (e cioè dall'art. 6, p. 1, nella parte relativa al "termine ragionevole"), non può discostarsi dall'interpretazione che della stessa norma dà il giudice europeo.

L'opposta tesi, diretta a consentire una sostanziale diversità tra l'applicazione che la L. n. 89 del 2001 riceve nell'ordinamento nazionale e l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo al diritto alla ragionevole durata del processo, renderebbe priva di giustificazione la detta L. n. 89 del 2001 e comporterebbe per lo Stato italiano la violazione dell'art. 1 della CEDU, secondo cui "le Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al titolo primo della presente Convenzione" (in cui è compreso il citato art. 6, che prevede il diritto alla definizione del processo entro un termine ragionevole). Le ragioni che hanno determinato l'approvazione della L. n. 89 del 2001 si individuano nella necessità di prevedere un rimedio giurisdizionale interno contro le violazioni relative alla durata dei processi, in modo da realizzare la sussidiarietà dell'intervento della Corte di Strasburgo, sancita espressamente dalla CEDU (art. 35: "la Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne"). Sul detto principio di sussidiarietà si fonda il sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo. Da esso deriva il dovere degli Stati che hanno ratificato la CEDU di garantire agli individui la protezione dei diritti riconosciuti dalla CEDU innanzitutto nel proprio ordinamento interno e di fronte agli organi della giustizia nazionale. E tale protezione deve essere "effettiva" (art. 13 della CEDU), e cioè tale da porre rimedio alla doglianza, senza necessità che si adisca la Corte di Strasburgo.

Il rimedio interno introdotto dalla L. n. 89 del 2001, in precedenza, non esisteva nell'ordinamento italiano, con la conseguenza che i ricorsi contro l'Italia per la violazione dell'art. 6 della CEDU avevano "intasato" (è il termine usato dal relatore Follieri nella seduta del Senato del 28 settembre 2000) il giudice europeo. Rilevava la Corte di Strasburgo, prima della L. n. 89 del 2001, che le dette inadempienze dell'Italia "riflettono una situazione che perdura, alla quale non si è ancora rimediato e per la quale i soggetti a giudizio non dispongono di alcuna via di ricorso interna. Tale accumulo di inadempienze è, pertanto, costitutivo di una prassi incompatibile con la Convenzione" (quattro sentenze della Corte in data 28 luglio 1999, su ricorsi di Bottazzi, Di Mauro, Ferrari e A.P.).

La L. n. 89 del 2001 costituisce la via di ricorso interno che la "vittima della violazione" (così definita dall'art. 34 della CEDU) dell'art. 6 (sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole) deve adire prima di potersi rivolgere alla Corte europea per chiedere la "equa soddisfazione" prevista dall'art. 41 della CEDU, la quale, quando sussista la violazione, viene accordata dalla Corte soltanto "se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione".

La L. n. 89 del 2001 ha, pertanto, consentito alla Corte europea di dichiarare irricevibili i ricorsi ad essa presentati (anche prima dell'approvazione della stessa legge) e diretti ad ottenere l'equa soddisfazione prevista dall'art. 41 CEDU per la lunghezza del processo (sentenza 6 set-

tembre 2001, Brusco c. Italia).

Tale meccanismo di attuazione della CEDU e di rispetto del principio di sussidiarietà dell'intervento della Corte europea di Strasburgo, però, non opera nel caso in cui essa ritenga che le conseguenze della accertata violazione della CEDU non siano state riparate dal diritto interno o lo siano state "in modo incompleto", perché, in siffatte ipotesi, il citato art. 41 prevede l'intervento della Corte europea a tutela della "vittima della violazione". In tal caso il ricorso individuale alla Corte di Strasburgo ex art. 34 della CEDU è ricevibile (sentenza 27 marzo 2003, Scordino ed altri c. Italia) e la Corte provvede a tutelare direttamente il diritto della vittima che essa ha ritenuto non completamente tutelato dal diritto interno.

Il giudice della completezza o meno della tutela che la vittima ha ottenuto secondo il diritto interno è, ovviamente, la Corte europea, alla quale spetta di fare applicazione dell'art. 41 CEDU per accertare se, in presenza della violazione della norma della CEDU, il diritto interno abbia permesso di riparare in modo completo le conseguenze della violazione stessa.

La tesi secondo cui, nell'applicare la L. n. 89 del 2001, il giudice italiano può seguire un'interpretazione non conforme a quella che la Corte europea ha dato della norma dell'art. 6 CEDU (la cui violazione costituisce il fatto costitutivo del diritto all'indennizzo attribuito dalla detta legge nazionale), comporta che la vittima della violazione, qualora riceva in sede nazionale una riparazione ritenuta incompleta dalla Corte europea, ottenga da quest'ultimo Giudice l'equa soddisfazione prevista dall'art. 41 CEDU. Il che renderebbe inutile il rimedio predisposto dal legislatore italiano con la L. n. 89 del 2001 e comporterebbe una violazione del principio di sussidiarietà dell'intervento della Corte di Strasburgo.

Deve, allora, concordarsi con la Corte europea dei diritti dell'uomo la quale, nella citata decisione sul ricorso Scordino (relativo alla incompletezza della tutela accordata dal giudice italiano in applicazione della L. n. 89 del 2001), ha affermato che "deriva dal principio di sussidiarietà che le giurisdizioni nazionali devono, per quanto possibile, interpretare ed applicare il diritto nazionale conformemente alla Convenzione".

Questo dovere per il giudice italiano, chiamato a dare applicazione alla L. n. 89 del 2001, di interpretare detta legge in modo conforme alla CEDU per come essa vive nella giurisprudenza della Corte europea, opera "per quanto possibile", e quindi solo nei limiti in cui detta interpretazione conforme sia resa possibile dal testo della stessa L. n. 89 del 2001, non potendo certo il giudice violare quest'ultima legge, alla quale egli è pur sempre soggetto (concetto esattamente sottolineato nella memoria del Ministero della giustizia).

Ma un eventuale contrasto tra la L. n. 89 del 2001 e la CEDU porrebbe una questione di conformità della stessa con la Costituzione che, come si è visto, tutela lo stesso bene della ragionevole durata del processo, oltre a garantire i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2). Occorre, allora, accertare se possa darsi alla detta legge un'interpretazione che sia conforme alla CEDU, in applicazione del canone ermeneutico secondo cui va preferita l'interpretazione della legge che la renda conforme alla Costituzione.

(Omissis)

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la decisione impugnata e rinvia la causa alla Corte di appello di Roma, anche per le spese del giudizio di Cassazione.

Così deciso in Roma, il 27 novembre 2003.

Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza 23 dicembre 2005 n. 28507 - Pres. Carbone, Rel. Vitrone - C.C.S. (Avv.ti G.M. Giacomini) c. Presidenza del Consiglio dei Ministri (Avvocatura generale dello Stato).

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 17 aprile 2002 C.C.S. conveniva in giudizio dinanzi alla Corte d'Appello di Genova la Presidenza del Consiglio dei Ministri per sentirla condannare al pagamento di una somma a titolo di equo indennizzo dei danni patrimoniali e non patrimoniali per la non ragionevole durata di cinque giudizi da lui promossi dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, rispettivamente il 6 giugno 1990, il 9 novembre 1993, il 28 novembre 1997, il 16 febbraio 1998 e il 6 marzo 1998, tuttora in attesa di fissazione dell'udienza di discussione.

Con decreto del 18 giugno - 17 luglio 2002 la corte adita rigettava la domanda osservando preliminarmente che il ricorrente non aveva titolo per far valere eventuali danni riferibili a ritardi maturati prima del 18 aprile 2001, data di entrata in vigore della L. n. 89 del 2001. Quindi, passando a esaminare i vari processi pendenti, affermava che per il primo di essi, promosso dalla sig.ra M.T.S., madre del ricorrente che in qualità di erede aveva provveduto alla riassunzione, la domanda non poteva trovare accoglimento poiché la riassunzione era avvenuta solo il 4 settembre 2001, e non era trascorso neppure un anno dal momento in cui era divenuto parte processuale; che per il secondo e il terzo la domanda era priva di fondamento essendo decorsi solo tre anni dalla presentazione dell'istanza di prelievo; che parimente infondata doveva ritenersi la domanda per il quarto e il quinto processo per i quali l'istanza di prelievo non era stata neppure presentata.

Contro la sentenza ricorre per Cassazione con due motivi C.C.S.

Non ha presentato difese la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

(Omissis)

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo viene denunciata la violazione e la falsa applicazione dell'art. 6, n. 1, della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo ratificata con la L. 4 agosto 1955, n. 848, in relazione all'art. 360 cod. proc. civ., n. 3, e si contesta l'affermazione secondo cui solo dalla data di entrata in vigore della L. n. 89 del 2001 sarebbe sorto il diritto all'equa riparaazione, prima non esistente nel vigente sistema positivo, con la conseguente esclusione della legittimazione degli eredi alla proposizione della domanda di equo indennizzo per l'eccessiva durata di un processo instaurato dal loro dante causa prima di tale data.

La questione è stata sinora decisa in senso negativo dalla giurisprudenza di questa Corte la quale ha considerato che la L. n. 89 del 2001 contempla senza limitazioni temporali le violazioni del canone di ragionevole durata del processo verificatesi dopo la ratifica della Convenzione dei Diritti dell'Uomo, ma che, in assenza di una espressa previsione di retroattività della norma interna costitutiva del diritto all'equo indennizzo, resta esclusa la nascita di tale diritto in capo a un soggetto deceduto prima della sua entrata in vigore e, conseguentemente, la sua trasmissibilità agli eredi (Cass. 11 dicembre 2002, n. 17650; 14 gennaio 2003, n. 360); e ciò anche se la parte, poi deceduta, avesse già proposto ricorso alla Corte di Strasburgo in quanto la fattispecie riparatoria prevista dalla normativa comunitaria non costituiva un diritto azionabile dinanzi a un giudice diverso da quello europeo. Tali considerazioni trovavano un ulte-

riore elemento di conferma nel rilievo che la norma transitoria della L. n. 89 del 2001, art. 6 aveva natura di norma sostanziale e non processuale e non prevedeva alcun *traslatio iudicii* ma consentiva unicamente una circoscritta e limitata applicazione retroattiva del nuovo istituto dell'equa riparazione con riferimento ai soli giudizi per i quali si fosse già avuto il tempestivo deposito del ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo e non fosse ancora intervenuta una dichiarazione di ricevibilità del ricorso stesso (Cass. 4 aprile 2003, n. 5264).

Ciò premesso, merita accoglimento l'invito a riconsiderare la fondatezza di tale orientamento interpretativo, contenuto nell'ordinanza di rimessione, sulla base dell'evoluzione della giurisprudenza delle Sezioni Unite le quali, con le sentenze in data 26 gennaio 2004, nn. 1339, 1340 e 1341 hanno identificato il fatto costitutivo prefigurato dalla L. n. 89 del 2001, art. 2 proprio nel mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo stabilito dall'art. 6 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, e hanno negato, conseguentemente, che la fattispecie prevista dalla norma interna assumesse connotati diversi da quelli stabiliti dalla Convenzione, rispetto alla quale essa andrebbe considerata non già costitutiva del diritto all'equa riparazione per la non ragionevole durata del processo, bensì unicamente istitutiva della via di ricorso interno, prima inesistente, diretta ad assicurare una tutela pronta ed efficace alla vittima della violazione del canone di ragionevole durata del processo in attuazione del disposto dell'art. 13 della Convenzione il quale stabilisce il diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale il cui esperimento preventivo opera, a norma dell'art. 35 convenzione citata, come condizione di procedibilità del ricorso alla Corte di Strasburgo che, ai sensi dell'art. 34 convenzione citata, era proponibile in via immediata e diretta prima dell'introduzione del ricorso negli ordinamenti nazionali.

Va ricordato al riguardo che l'art. 1 della Convenzione stabilisce che le Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti dal titolo primo della Convenzione", tra i quali è compreso il diritto ad un processo equo e di durata ragionevole (art. 6 citato), che dev'essere tutelato attraverso il ricorso a un'istanza nazionale (art. 13 citato), la cui introduzione nell'ordinamento vigente è avvenuta tardivamente, solo a seguito del moltiplicarsi delle condanne nei confronti dello Stato in sede comunitaria per il pregiudizio derivante dalla non ragionevole durata dei processi.

La L. 4 agosto 1955, n. 648, provvedendo a ratificare e rendere esecutiva la Convenzione, ha introdotto nell'ordinamento interno i diritti fondamentali, aventi natura di diritti soggettivi pubblici, previsti dal titolo primo della Convenzione e in gran parte coincidenti con quelli già indicati nell'art. 2 Cost., rispetto al quale il dettato della Convenzione assume una portata confermativa ed e semplificativa (Corte Cost. 22 ottobre 1999, n. 388).

La natura immediatamente precettiva delle norme convenzionali a seguito di ratifica dello strumento di diritto internazionale è stata già del resto riconosciuta esplicitamente dalla giurisprudenza di questa Corte che ha affermato l'avvenuta abrogazione della R.D.L. 31 maggio 1946, n. 511, art. 34, comma 2, nella parte in cui escludeva la pubblicità della discussione della causa nel giudizio disciplinare a carico di magistrati per contrasto con la regola della pubblicità delle udienze sancito dall'art. 6 della Convenzione che pone precisi limiti alla discussione della causa a porte chiuse (SS.UU. 10 luglio 1991, n. 7662); parimenti ha riconosciuto il carattere di diritto soggettivo fondamentale, insopprimibile anche dal legislatore ordinario, al diritto all'imparzialità del giudice nell'amministrazione della giustizia, con richiamo all'art. 6 della Convenzione (Cass. 26 marzo 2002, n. 4297), e, infine, ha espressamente riconosciuto la natura sovraordinata alle norme della Convenzione sancendo l'obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di im-

mediata precettività nel caso concreto (Cass. 19 luglio 2002, n. 10542).

Deve essere quindi superato l'orientamento secondo cui la fonte del riconoscimento del diritto all'equa riparazione dev'essere ravvisata nella sola normativa nazionale (Cass. 26 luglio 2002, n. 11046; 8 agosto 2002, n. 11987; 22 novembre 2002, n. 16502; 10 aprile 2003, n. 5664; 10 settembre 2003, n. 13211) e ribadito il principio che il fatto costitutivo del diritto all'indennizzo attribuito dalla legge nazionale coincide con la violazione della norma contenuta nell'art. 6 della convenzione, di immediata rilevanza nel diritto interno.

Né appare meritevole di consenso la distinzione adombrata in sede di discussine orale, tra diritto ad un processo di ragionevole durata, introdotto dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (o addirittura ad essa preesistente - come valore costituzionalmente protetto), e diritto all'equa riparazione, che sarebbe stato introdotto solo con la L. n. 89 del 2001, in quanto la tutela assicurata dal giudice nazionale non si discosta da quella precedentemente offerta dalla Corte di Strasburgo, alla cui giurisprudenza è tenuto a conformarsi il giudice nazionale (SS.UU. 26 gennaio 2004, n. 1340).

Da ciò consegue che il diritto all'equa riparazione del pregiudizio derivato dalla non ragionevole durata del processo verificatosi prima dell'entrata in vigore della L. n. 89 del 2001 va riconosciuto dal giudice nazionale anche in favore degli eredi della parte che abbia introdotto prima di tale data il giudizio del quale si lamenta la non ragionevole durata, col solo limite che la domanda di equa riparazione non sia stata già proposta alla Corte di Strasburgo e che questa si sia pronunciata sulla sua ricevibilità.

L'accoglimento del primo motivo di ricorso non preclude l'esame del secondo motivo, avente natura autonoma, con il quale si lamenta il vizio di motivazione su un punto decisivo della controversia con riferimento all'affermazione, posta a fondamento della statuizione di rigetto della domanda di equa riparazione per l'eccessiva durata dei processi pendenti dinanzi al giudice amministrativo, secondo cui la mancata o tardiva presentazione dell'istanza di prelievo escluderebbe la permanenza di un interesse alla decisione in capo al ricorrente, non essendo dato riscontare l'esistenza di una presunzione generale in tal senso.

Va premesso al riguardo che nel sistema vigente prima dell'entrata in vigore della L. n. 205 del 2000 - al quale deve farsi riferimento per i giudizi dei quali si lamenta nella specie la non ragionevole durata - il processo amministrativo richiede, dopo il deposito del ricorso, un solo necessario, infungibile impulso di parte costituito dalla presentazione nei due anni dal deposito del ricorso (o dall'ultimo atto della procedura quando venga ordinata un'attività istruttoria o la causa sia stata cancellata dal ruolo) di un'apposita istanza di fissazione, in mancanza della quale la causa si estingue per perenzione; una volta presentata tale istanza, infatti, il processo è dominato dal potere di iniziativa del giudice e non costituisce, perciò, adempimento necessario l'istanza di prelievo del ricorso dal ruolo, prevista dal R.D. n. 642 del 1907, art. 51, comma 2, che ha il solo fine di fare dichiarare il ricorso urgente onde ottenerne la trattazione anticipata sovvertendo l'ordine cronologico di iscrizione delle domande di fissazione dell'udienza di discussione.

Orbene, con riferimento al problema dell'individuazione del momento iniziale dal quale decorre la durata del procedimento amministrativo instaurato prima dell'entrata in vigore della L. n. 205 del 2000 la giurisprudenza prevalente afferma che esso coincide con quello della presentazione dell'istanza di prelievo, ritenendo sufficiente a tal fine l'onere posto a carico del ricorrente di avvalersene per trarre il ricorso da una condizione di quiescenza e ottenerne l'effettiva trattazione, in considerazione del fatto che la L. n. 89 del 2001, art. 2, comma 2 esclude l'addebitabilità all'Amministrazione dei tempi imputabili alla negligente condotta della parte

che non si sia avvalsa dello strumento acceleratorio posto a sua disposizione, sicchè solo dalla momento della presentazione di tale istanza il decorso del tempo potrebbe considerarsi parametro esclusivo di valutazione del comportamento del giudice adito al fine di valutare la ragionevolezza della durata del processo (Cass. 5 novembre 2002, n. 15445; 14 novembre 2002 n. 15992; 17 aprile 2003, n. 6180; 1^a dicembre 2004, n. 22503).

A tale interpretazione si contrappone un orientamento minoritario secondo cui la mancata presentazione dell'istanza di prelievo non può influire sul calcolo dei termini del processo, ma potrebbe incidere unicamente sulla determinazione dell'entità dell'equa riparaazione spettante con riferimento al dettato dell'art. 2056 cod. civ. richiamato nella L. n. 89 del 2001, art. 2, che a sua volta richiama l'art. 1227 c.p.c., il quale al comma 2, esclude il risarcimento dei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, col risultato che la durata irragionevole del processo, ancorchè accertata, non potrebbe porsi esclusivamente a carico dello Stato (Cass. 6 marzo 2003, n. 3347).

Va segnalato che successivamente alla ordinanza di rimessione degli atti al Primo Presidente, è intervenuta una nuova pronuncia (Cass. 13 dicembre 2004, n. 23187) con la quale, in adesione all'orientamento ripetutamente espresso dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha già proceduto alla re visione dell'interpretazione sinora prevalente affermando che la lesione del diritto ad una ragionevole durata del processo va riscontrata, anche per le cause proposte davanti al giudice amministrativo, con riferimento al periodo di tempo decorso da, l'instaurazione del procedimento, senza che su di esso possa incidere la mancata o ritardata presentazione dell'istanza di prelievo.

Tale interpretazione, che ha incontrato il consenso delle decisioni che si sono succedute sulla questione in esame (Cass. 21 settembre 2005, n. 18759; 12 ottobre 2005, n. 19801), merita ulteriore conferma in considerazione del fatto - evidenziato nella motivazione della citata pronuncia - che la presenza di strumenti sollecitatori non sospende nè differisce il dovere dello Stato di pronunciare sulla domanda, nè implica il trasferimento sul ricorrente della responsabilità per il superamento del termine ragionevole per la definizione del giudizio, salva restando la valutazione del comportamento della parte al solo fine dell'apprezzamento dell'entità del lamentato pregiudizio.

In conclusione il ricorso merita accoglimento e conseguentemente il decreto impugnato dev'essere cassato con rinvio della causa ad altro giudice il quale si conformerà ai principi di diritto innanzi enunciati.

Al giudice di rinvio viene rimessa altresì la pronuncia sulle spese del giudizio di Cassazione. In conclusione il ricorso merita accoglimento e conseguentemente il decreto impugnato dev'essere cassato con rinvio della causa ad altro giudice il quale si conformerà ai principi di diritto innanzi enunciati.

Al giudice di rinvio viene rimessa altresì la pronuncia sulle spese del giudizio di Cassazione.

P.Q.M.

La Corte, pronunciando a sezioni unite, accoglie il ricorso, cassa il decreto impugnato e rinvia la causa ad altra sezione della Corte di Appello di Genova, cui rimette altresì la pronuncia sulle spese del giudizio di Cassazione.

Così deciso in Roma, il 15 dicembre 2005.

Cassazione civile, Sezione I, sentenza 13 aprile 2006 n. 8712 - Pres. Morelli, Rel. Di Amato - M.V. (Avv.to E. Lucchetti) c. Presidenza del Consiglio dei Ministri.

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - MOTIVI DELLA DECISIONE

- che la Corte di appello di Roma, con decreto del 4 marzo 2004, accoglieva limitatamente ai danni non patrimoniali la domanda di equa riparazione, proposta da M.V., nei confronti della Presidenza del Consiglio dei ministri, per i danni subiti in conseguenza della non ragionevole durata di quattro procedimenti instaurati dalla Procura della Corte dei conti dei quali il primo, iniziato il 5.2.1988, era stato definito il 14.2.02; il secondo, iniziato il 20.3.1990, era stato definito il 22.5.02; il terzo, iniziato il 16.12.1991, era stato definito nel 2002; il quarto, iniziato il 18.4.1992, era stato definito il 22.5.02;
- che, pertanto, con lo stesso decreto la Corte di Appello condannava la convenuta al pagamento della somma di Euro 2.000,00 oltre interessi dalla data del decreto, osservando, per quanto ancora interessa, che: 1) la durata ragionevole di ciascuno dai procedimenti era da stimare in anni sei, laddove uno di essi era durato 14 anni con una eccedenza di otto anni; 2) mancava la prova degli asseriti danni patrimoniali;
- che, avverso detto decreto, M.V. ha proposto ricorso per Cassazione illustrato anche con memoria;
- che la Presidenza del Consiglio dei ministri non ha svolto attività difensiva;
- che il ricorrente con il primo motivo deduce la violazione dell'art. 2056 cod. civ. e della L. n. 89 del 2001, art. 2, nonché il vizio di motivazione, lamentando che erroneamente la Corte territoriale aveva liquidato il danno globalmente e non per singolo procedimento, aveva calcolato in misura inadeguata l'eccedenza rispetto alla ragionevole durata ed aveva liquidato in misura eccessivamente modesta il danno;
- che il motivo è fondato per quanto di ragione; infatti, i procedimenti pendenti innanzi ad uno stesso ufficio giudiziario non possono essere considerati come un unico procedimento, atteso che per ciascuno di essi vale il principio della ragionevole durata ed atteso che la violazione di tale principio è fonte in relazione a ciascuno di essi di autonomo danno; il motivo propone, invece, una generica censura di merito, per tale ragione inammissibile, quanto alla individuazione della ragionevole durata dei procedimenti e quanto liquidazione del danno per ogni anno di ritardo;
- che il ricorrente con il secondo motivo deduce la violazione degli artt. 1323, 1226 e 2056 cod. civ. nonché il vizio di motivazione, lamentando che erroneamente la Corte Territoriale aveva escluso il danno patrimoniale in relazione alle spese sostenute per i quattro procedimenti (spese di viaggio, spese legali e perdita di tempo con nocumento per la propria attività professionale);
- che il motivo, indipendentemente dalla possibilità di individuare un danno in quelle spese del giudizio presupposto che nello stesso possono trovare ristoro, è inammissibile in quanto non coglie la ratio decidendi, atteso che la Corte Territoriale ha ritenuto non provati gli asseriti danni patrimoniali subiti;
- che il ricorrente con il terzo motivo deduce la violazione degli artt. 1224, 1226 e 2056 cod. civ. nonché il vizio di motivazione, lamentando che erroneamente la Corte Territoriale, anche in mancanza di una specifica domanda, non aveva riconosciuto sulle somme liquidate il diritto alla rivalutazione ed interessi a far tempo dall'inizio dell'eccedenza rispetto alla ragionevole durata dei procedimenti;

- che il motivo è infondato; infatti, questa Corte ha rilevato che il superamento della ragionevole durata del processo non dà luogo ad un'obbligazione ex delictu, ma ad un'obbligazione ex lege, riconducibile nell'ambito della previsione dell'art. 1173 cod. civ., ed avente natura indennitaria; dalla natura dell'equa riparazione ha poi desunto che essa non ha una finalità interamente compensativa, che non potrebbe ritenersi realizzata se la somma liquidata non fosse corredata dagli interessi, a decorrere dall'insorgenza dell'obbligazione, così come avviene per le obbligazioni ex delictu;

pertanto, gli interessi legali, che tenuto conto della natura dell'obbligazione alla quale accedono non hanno finalità compensativa, possono decorrere, semprechè richiesti, dalla data della domanda di equa riparazione, in base al principio secondo cui gli effetti della pronuncia retroagiscono alla domanda (Cass., 17 febbraio 2003, n. 2382; Cass. 27 gennaio 2004, n. 1405), nonostante il carattere di incertezza e di illiquidità del credito prima della pronuncia giudiziaria; nessuna rivalutazione può essere, invece, accordata in considerazione del già ricordato carattere indennitario dell'obbligazione;

- che, pertanto, il decreto impugnato deve essere cassato in relazione al motivo accolto e questa Corte, non essendo necessari ulteriori accertamenti ed alla stregua dei parametri indennitari rimasti fissati, può pronunciare nel merito liquidando, a titolo di equa riparazione del danno non patrimoniale, Euro 2.000,00 per il primo procedimento, Euro 1.500,00 per il secondo procedimento ed Euro 1.000,00 ciascuno per il terzo e quarto procedimento;

- che le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

accoglie per quanto di ragione il primo motivo di ricorso; rigetta il secondo ed il terzo motivo; cassa il decreto impugnato e decidendo nel merito condanna la Presidenza del Consiglio dei ministri al pagamento, in favore di M.V., della somma di Euro 5.500,00; condanna la Presidenza del Consiglio al rimborso delle spese di giudizio liquidate in Euro 750,00 (di cui 600,00 per onorari e 150,00 per spese) per il giudizio di primo grado ed in Euro 1.000,00 (di cui 900,00 per onorari) per il giudizio di Cassazione, oltre I.V.A., C.P.A. e spese generali come per legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 14 febbraio 2006.

Cassazione civile, Sezione I, sentenza 20 giugno 2006 n. 14286 - Pres. Proto, Rel. Giusti - T.M. (Avv. A. Centola) c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero della giustizia (Avvocatura generale dello Stato).

(Omissis)

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- Con il primo motivo (violazione dell'art. 111 Cost., dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, della "Legge Pinto" n. 89 del 2001, art. 2 e della L. 4 agosto 1955, n. 848, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, numeri 3 e 5), la ricorrente denuncia l'errore in cui sarebbe incorsa la Corte di Napoli allorché ha completamente omesso di considerare tutto il periodo del procedimento intercorso dal 1968

al 31 luglio 1973. Essendo stata la Convenzione "ratificata dallo Stato italiano con la L. 4 agosto 1955, n. 848", la Convenzione stessa troverebbe "piena attuazione sin da allora", anche se solo nel 2001 con la "Legge Pinto" lo Stato italiano ha previsto gli strumenti processuali onde consentire l'esercizio in concreto di tale diritto anche direttamente all'interno dello Stato italiano.

2. - Il motivo è infondato.

2.1. - E' esatto che la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, prevedente, all'art. 6, paragrafo 1, il diritto di ogni persona a che la sua causa sia decisa entro un termine ragionevole, è stata ratificata dal Presidente della Repubblica italiana in seguito ad autorizzazione conferitagli dalla Legge Esecuzione 4 agosto 1955, n. 848, con deposito dello strumento di ratifica il 26 ottobre 1955 a Strasburgo, ed è entrata in vigore per l'Italia lo stesso giorno.

Senonché, la giustiziabilità dei diritti umani, tra cui quello alla ragionevole durata del processo, per il tramite del ricorso individuale decorre dal 1 agosto 1973.

Difatti, ai sensi del vecchio art. 25, paragrafo 1, della Convenzione, che disciplinava, prima del Protocollo n. 11, l'accesso degli individui alla Commissione, il diritto di presentare un ricorso individuale non era aperto indiscriminatamente nei confronti di tutti gli Stati che avessero ratificato la Convenzione, bensì era condizionato alla accettazione di una clausola opzionale. In particolare, la citata norma della Convenzione collegava il diritto di ricorso spettante ad ogni persona fisica, vittima di una violazione dei diritti riconosciuti nella Convenzione, al fatto che l'Alta Parte Contraente chiamata in causa avesse dichiarato di riconoscere la competenza della Commissione in tale materia.

Tale dichiarazione facoltativa, per l'Italia, è stata fatta dopo un periodo di riflessione, durato fino al 1 agosto 1973, con la conseguenza che i fatti precedenti non costituiscono fonte di responsabilità dello Stato italiano nei confronti del cittadino.

In questo senso è indirizzata la giurisprudenza della Corte di Strasburgo: la quale - premesso che « the declaration made by Italy under Article 25 is, according to its own terms, valid only in relation to acts, decisions, facts or events occurring subsequently to 31 July 1973 » (Foti e altri c. Italia, 10 dicembre 1982) - ha precisato che, in tema di termine ragionevole di durata del processo, il periodo rilevante comincia a decorrere, appunto, « from 1 August 1973, when the recognition by Italy of the right of individual petition took effect » (Preto ed altri c. Italia, 8 dicembre 1983), fermo restando che « regard must be had, however, to the state of the case at that moment » (Brigandi c. Italia, 19 dicembre 1991; v., altresì, Baggetta c. Italia, 25 giugno 1987).

Ne consegue che, siccome la finalità della L. 24 marzo 2001, n. 89, particolarmente emergente dai lavori preparatori, è quella di apprestare in favore della vittima della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6 della Convenzione, un rimedio giurisdizionale interno analogo alla prevista tutela internazionale, deve ritenersi che, anche nel quadro dell'istanza nazionale, al calcolo della ragionevolezza dei tempi processuali sfugga - corrispondentemente alla competenza, *ratione temporis*, della Corte di Strasburgo - il periodo di svolgimento del processo anteriore al 1 agosto 1973 - data a partire dalla quale è riconosciuta la facoltà del ricorso individuale alla Commissione (oggi, alla Corte europea dei diritti dell'uomo), con la possibilità di far valere la responsabilità dello Stato -, dovendosi peraltro tener conto dello stato in cui la causa si trovava a quel momento.

(Omissis)

P.Q.M.

La Corte rigetta il primo motivo di ricorso, accoglie per quanto di ragione il secondo ed il terzo; cassa, in relazione alle censure accolte, il decreto impugnato e rinvia la causa, anche per le spese, alla Corte d'appello di Napoli, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Prima Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 9 maggio 2006.

Sul rapporto fra tutela costitutiva e risarcitoria nel giudizio amministrativo

Osservazioni sulla disapplicazione dei provvedimenti presupposti favorevoli al privato

(Consiglio di Stato, Sezione Quarta, sentenza 21 aprile 2009 n. 2435)

La problematica del rapporto fra azione di annullamento e azione di risarcimento nell'ambito del giudizio amministrativo viene per lo più affrontata sotto il profilo della c.d. pregiudizialità amministrativa.

La sentenza che qui si commenta (1) si concentra, invece, su un diverso e connesso aspetto, quello avente ad oggetto le conseguenze che, sul piano dell'azione risarcitoria, può produrre una declaratoria di improcedibilità del ricorso finalizzato all'annullamento dell'atto amministrativo lesivo.

Sotto il profilo sostanziale, poi, la sentenza è percorsa da un filo conduttore che si può riassumere nei seguenti interrogativi: come deve essere effettuato il "giudizio prognostico" propedeutico al risarcimento di un interesse legittimo pretensivo? In astratto o in concreto? E soprattutto: può il giudice disapplicare provvedimenti favorevoli al privato sui quali si fonda la pretesa risarcitoria?

Particolarmente rilevante, allo scopo di mettere a fuoco l'esatto contenuto delle questioni giuridiche emergenti e delle relative soluzioni, è la ricostruzione dei fatti di causa.

Il fatto e la decisione del T.A.R.

La vicenda decisa dal Consiglio di Stato trae origine da una procedura di gara indetta dal Commissario Straordinario per le opere d'integrazione dell'acquedotto del Sele-Calore, opere indicate tra quelle di valore strategico per effetto della delibera CIPE n. 121/2001.

La ditta seconda classificata, impugnato il provvedimento di aggiudicazione, ne contesta la legittimità sotto il profilo della mancata esclusione dalla gara della ditta vincitrice; quest'ultima, da parte sua, proponendo ricorso incidentale, segnala vari motivi per cui la ricorrente principale avrebbe dovuto a sua volta essere esclusa dalla procedura.

In pendenza di giudizio, motivando sulla base del preminente interesse

(1) Quando il presente contributo era già in fase di pubblicazione, è apparso il commento alla stessa sentenza di F. CORTESE, *Il danno da provvedimento illegittimo e il "dover essere" del procedimento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 10, 1060 ss.

nazionale alla celere realizzazione dei lavori, la stazione appaltante stipula il contratto d'appalto con l'impresa aggiudicataria. Ciò viene a comportare l'applicabilità alla fattispecie della norma di cui all'art. 246, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici), ai sensi del quale, nei giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa che comunque riguardino le procedure di progettazione, approvazione e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi di preminente interesse nazionale, «*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 avendo più interesse all'annullamento dell'aggiudicazione – che in ogni caso non potrebbe più mettere in discussione l'attribuzione dell'appalto alla ditta prima classificata – la società azionaria in via autonoma l'unica forma di tutela ormai possibile, cioè il risarcimento del danno provocato dalla mancata aggiudicazione.

Nell'ambito del separato giudizio instaurato con l'azione risarcitoria, né l'amministrazione, né la ditta vincitrice, provvedono a costituirsi.

Si cominciano a questo punto a delineare le peculiarità del “*casus belli*” da dirimere: l'assenza di contraddittori in sede di giudizio risarcitorio, sommata alla necessità di dichiarare l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dei ricorsi principale ed incidentale aventi ad oggetto l'aggiudicazione, sembrerebbero assicurare al proponente della domanda di risarcimento una favorevole posizione processuale e, quindi, ottime *chances* di accoglimento della propria pretesa. La collocazione al secondo posto in graduatoria – una volta dimostrata l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'impresa vincitrice – dovrebbe infatti garantire alla ricorrente, secondo le prospettazioni di quest'ultima, la spettanza dell'equivalente risarcitorio dell'aggiudicazione negata.

Senonché il giudice amministrativo di primo grado risolve la questione in modo profondamente diverso, peraltro accompagnando la decisione con affermazioni di principio di notevole momento.

Dopo aver disposto la riunione dei giudizi introdotti con il ricorso principale e con il ricorso per il risarcimento del danno, il T.A.R. Lazio (2) sviluppa infatti il seguente ragionamento: vero è che il ricorso per l'annullamento, unitamente al ricorso incidentale, deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, ma ciò non toglie che il giudice amministrativo, dovendo accertare – ai fini risarcitori e sulla base di un “giudizio prognostico” – la spettanza del bene della vita (in tal caso l'aggiudicazione) alla ricorrente, possa comunque trarre dal ricorso incidentale proposto a difesa del provvedimento impugnato gli argomenti di prova da porre a fon-

(2) Nella sentenza della Sezione I, n. 11330 del 19 novembre 2007.

damento della propria decisione.

Si afferma, in altri termini, il principio secondo cui il giudice amministrativo, per accertare la sussistenza in relazione ad una situazione di interesse legittimo pretensivo del danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c., può *ex officio* servirsi di «*qualunque fonte di prova inerente al rapporto di cui sia a conoscenza perché acquisita agli atti di quel giudizio o di un giudizio connesso*». La circostanza che il ricorso incidentale sia stato dichiarato improcedibile non costituisce pertanto ostacolo a che il giudice ne utilizzi il contenuto per respingere la pretesa risarcitoria. In concreto, ciò consente al T.A.R. di escludere l'ingiustizia del danno lamentato dalla ricorrente principale, in quanto la stessa avrebbe dovuto essere estromessa dalla gara per le ragioni indicate nel ricorso incidentale dell'aggiudicataria.

Le difese delle parti in grado di appello (3)

La motivazione così sinteticamente riportata viene fatta oggetto di un'acuta critica in grado di appello. La difesa della società ricorrente mette in evidenza come il ragionamento del T.A.R., se portato alle estreme conseguenze, avrebbe per effetto la paradossale situazione per cui il giudice amministrativo, potendo/dovendo rilevare d'ufficio eventuali illegittimità in sede di prognosi sulla spettanza del bene della vita, sarebbe costretto a riconsiderare ogni volta tutta l'attività procedimentale e provvedimentale compiuta dall'amministrazione, allo scopo di verificare che l'intero operato di quest'ultima sia stato svolto correttamente. In una fattispecie come quella in causa, ciò comporterebbe che il giudice, una volta rilevata l'illegittimità dell'aggiudicazione alla prima classificata, prima di disporre il risarcimento del danno in favore della seconda, dovrebbe accertare non solo la legittimità della collocazione al secondo posto in graduatoria di quest'ultima, ma anche la legittimità della sua ammissione alla gara, dell'esclusione di eventuali concorrenti, nonché, ancor più a monte, la legittimità del bando, della decisione di realizzare l'opera e via dicendo. In sostanza, dovrebbe essere sottoposta a riesame tutta l'attività propedeutica all'attribuzione finale del bene della vita, in quanto ogni eventuale illegittimità nella vicenda amministrativa presa in considerazione sarebbe idonea a privare del requisito della "ingiustizia" il danno lamentato dal ricorrente.

Per evitare questo risultato, si sostiene che il giudice dovrebbe attenersi scrupolosamente alle allegazioni delle parti in causa, senza mettere in discussione la legittimità di provvedimenti non specificamente contestati nell'ambito del giudizio dinanzi a lui. Ne consegue che il T.A.R., avendo rilevato d'ufficio,

(3) Le difese riportate in sintesi risultano in parte dagli atti di causa e in parte dalla discussione orale, alla quale chi scrive ha assistito personalmente.

con l'ausilio di un ricorso incidentale dichiarato improcedibile e relativo ad un giudizio connesso, l'illegittimità della partecipazione alla gara della ditta ricorrente, avrebbe ecceduto i limiti segnati dagli articoli 112 e 115 del codice di procedura civile, in ordine alla corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (4) e alla disponibilità delle prove (5).

La correttezza di questo argomentare viene avvalorata, secondo la difesa della società ricorrente, dall'osservazione delle dinamiche processualcivilistiche. Si propone, così, il seguente esempio: si pensi che Tizio (venditore), dopo avere stipulato con Caio un contratto di compravendita, scopra, prima ancora di consegnare la merce a Caio, che quest'ultimo ha approfittato della sua buona fede per "strappargli" un prezzo di molto inferiore a quello di mercato. Ignorando che il contratto potrebbe essere annullato, Tizio decide di distruggere la merce pur di non consegnarla all'acquirente in mala fede; Caio, a questo punto, può chiedere al giudice il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento del venditore. Si ipotizzi che Tizio rimanga contumace nell'ambito del giudizio così introdotto. Ebbene, la domanda che si pone è: può mai il giudice ordinario, in assenza di eccezioni di parte sul punto, rilevare d'ufficio l'annullabilità del contratto sottostante al fine di rigettare l'istanza risarcitoria proposta dall'acquirente in mala fede?

Poiché la risposta al quesito appare negativa, si vuole con ciò dimostrare che neppure al giudice amministrativo dovrebbe essere consentito rilevare d'ufficio l'illegittimità dell'ammissione in graduatoria della seconda classificata, al fine di negare alla stessa – una volta acclarato che la prima classificata avrebbe dovuto essere esclusa – il risarcimento del danno derivante dalla mancata aggiudicazione.

A queste osservazioni la difesa dell'amministrazione replica che il giudice di primo grado non ha affatto esorbitato dai limiti previsti dall'art. 115 c.p.c., in quanto egli ha soltanto effettuato un tipico giudizio prognostico finalizzato a verificare la sussistenza del danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.*. A questo fine, egli ha non solo il potere, ma anche il dovere di accertare d'ufficio che la pretesa del ricorrente non si fondi su un fatto la cui "illegittimità" priverebbe del requisito dell'ingiustizia il pregiudizio asseritamene subito.

In funzione rafforzativa di questo argomento, si propongono diversi esempi dai quali è possibile desumere l'esistenza del principio generale dell'ordinamento secondo cui *nessuno può pretendere di trarre vantaggio da una situazione di illegittimità*. Si cita, in questo senso, la consolidata giurisprudenza della Cassazione che, in caso di espropriazione di un fondo sul quale

(4) Si lamenta soprattutto la violazione della norma di cui al secondo periodo dell'art. 112 c.p.c., secondo cui il giudice «non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti».

(5) Il primo comma dell'art. 115 c.p.c. stabilisce che «Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero».

sia stato realizzato un manufatto abusivo, esclude che il valore di quest'ultimo possa essere preso in considerazione ai fini del computo dell'indennizzo (6); e si cita, ancora, il noto orientamento del giudice amministrativo in materia di sindacato sull'eccesso di potere, per cui non è possibile invocare la disparità di trattamento quando l'atto che funge da parametro di comparazione sia illegittimo (7). Un conferma normativa di questo principio si può inoltre individuare nella disposizione (8) che – a differenza di quanto previsto per la revoca – non prevede alcun indennizzo per il privato in caso di annullamento d'ufficio, in quanto l'illegittimità originaria del provvedimento annullato esclude che al privato spettasse il bene sottrattogli con il provvedimento di secondo grado.

All'esempio tratto dal diritto privato del contratto di vendita annullabile, si replica infine che, mentre l'azione di annullamento si prescrive in cinque anni, la relativa eccezione può essere fatta valere senza limiti di tempo quando la parte sia convenuta per l'adempimento del contratto (9); ciò ad ulteriore conferma che non è possibile fondare una pretesa risarcitoria su un presupposto illegittimo.

La decisione del Consiglio di Stato

La sentenza 21 aprile 2009, n. 2435 della Sezione IV del Consiglio di Stato, che ha confermato la pronuncia del T.A.R., si caratterizza per l'approccio particolarmente dogmatico con cui affronta le diverse questioni sottoposte al suo scrutinio. Ampi sono gli spazi concessi all'illustrazione delle motivazioni, così come numerosi sono i rinvii alla giurisprudenza pregressa.

Ne risulta un quadro fin troppo articolato di argomentazioni giuridiche, non sempre poste in rapporto di consequenzialità rispetto alle deduzioni delle parti (in sintesi riportate nel paragrafo precedente) e di stretta strumentalità rispetto alle problematiche da sciogliere in concreto.

Ciò premesso, l'intento che ci si propone è quello di estrapolare dal complesso *iter* motivazionale della pronuncia i passaggi fondamentali per dare risposta agli interrogativi posti in apertura.

a) Il primo di questi interrogativi riguarda la possibilità di utilizzare i mo-

(6) Cfr., tra le più recenti, Cass. civ., Sez. Un., 10 marzo 2008, n. 6272 e Cass. civ., Sez. I, 14 settembre 2007, n. 26260.

(7) Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 29 aprile 2008, n. 1234; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 7 aprile 2006, n. 778; Cons. Stato, sez. IV, 20 dicembre 2002, n. 7243; Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 1998, n. 1163; Cons. Stato, Sez. IV, 27 dicembre 1994, n. 1071.

(8) Si allude all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, come modificata dalla legge n. 15 del 2005.

(9) Il quarto comma dell'art. 1442 del cod. civ. stabilisce infatti che: «L'annullabilità può essere opposta dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto, anche se è prescritta l'azione per farla valere».

tivi di un ricorso incidentale dichiarato improcedibile nell'ambito di un giudizio connesso e riunito a quello risarcitorio, per rigettare la domanda introduttiva di quest'ultimo.

Ebbene, su questo punto il giudice amministrativo di secondo grado si mostra privo di incertezze nell'affermare che «*la concomitanza di azione annullatoria e risarcitoria*», ancorché proposte con separati ricorsi, impone al giudice di conoscere «*in via principale dell'unitario episodio in contestazione*», tenuto conto che «*l'interesse risarcitorio permane in un contesto (riunito) nel quale la domanda di risarcimento dei danni è sostanzialmente contestuale a quella di legittimità, seppure questa ha poi preso la piega dell'improcedibilità*».

Si afferma che la stretta connessione tra la domanda caducatoria e quella risarcitoria si spiega con la necessità di accertare che l'operato dell'amministrazione si configuri come antiggiuridico, giacché soltanto in questo caso è possibile predicare l'esistenza di un "danno ingiusto", risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. Ma l'antigiuridicità dev'essere apprezzata con specifico riferimento alla situazione del soggetto che lamenta il danno, il che impone di verificare – attraverso un esame prognostico condotto alla luce della normativa vigente – che in assenza dell'illegittimità denunciata il soggetto avrebbe ottenuto il bene della vita anelato. A questo fine il giudice può certamente servirsi degli atti che si riferiscono al giudizio annullatorio, a nulla rilevando che, per via dell'art. 246 del codice dei contratti pubblici – non potendone derivare effetti concreti su una situazione di fatto ormai consolidatasi –, questo sia stato dichiarato improcedibile.

Il fatto, cioè, che il giudice di primo grado, per motivi di economia processuale, abbia optato per la declaratoria di improcedibilità dei ricorsi principale ed incidentale, non può precludergli l'esame del loro contenuto in sede di valutazione della fondatezza della pretesa risarcitoria. Diversamente opinando si verrebbe ad incidere sulla realtà giuridica sostanziale per effetto di una statuizione puramente processuale, neppure lontanamente sorretta, nel caso di specie, da ragioni di garanzia del diritto di difesa.

Né è possibile sostenere, ad avviso del collegio giudicante, che, operando in questo modo, il giudice si sia appropriato degli spazi riservati per legge all'attività delle parti, nello specifico pronunciandosi su eccezioni non rilevabili d'ufficio. Questo perché, si fa notare, all'interno del nostro ordinamento processuale vige «*il principio dell'acquisizione delle prove, in forza del quale il giudice è libero di formare il suo convincimento sulla base di tutte le risultanze istruttorie, quale che sia la parte ad iniziativa della quale sia avvenuto il loro ingresso nello stesso giudizio (...) o in altro tra le stesse parti (...)*» (10). Se a

(10) Vengono citati, in questo senso, i precedenti Cass. Civ., III, 10 ottobre 2008 n. 25028 e Cass. Civ., SS.UU., 8 aprile 2008 n. 9040.

ciò si aggiunge che il ricorso incidentale, secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza (11), pur essendo formalmente un'autonoma azione di impugnazione, costituisce in realtà un'eccezione in senso tecnico, si ha che il giudice non ha fatto altro che pronunciarsi su un'eccezione di parte. Avendone rilevato la fondatezza, il corollario da trarne non può che essere nel senso della mancanza di danno ingiusto, in quanto il ricorrente, dovendo essere escluso dalla gara, mai avrebbe potuto conseguire l'affidamento del contratto.

b) Vi è, in tale conclusione, l'implicita risposta al secondo interrogativo rilevante in questa sede, cioè se il giudizio prognostico debba essere compiuto tenendo conto dell'*astratto* quadro normativo applicabile alla fattispecie, ovvero se si debba attribuire rilievo ad una valutazione probabilistica del modo in cui avrebbe potuto agire *in concreto* l'amministrazione, in assenza della illegittimità denunciata dal proponente l'istanza di risarcimento.

La questione si è posta all'interno del processo in esame, in quanto l'impresa ricorrente aveva svolto, tra l'altro, questo argomento: una volta esclusa la ditta prima classificata, l'amministrazione non si sarebbe certo accorta che anche la seconda in graduatoria non era in regola con i requisiti di partecipazione, quindi le avrebbe assegnato l'appalto.

In quest'ottica, il giudice dovrebbe assumere, nel compiere il giudizio prognostico, non già il punto di vista astratto di un'amministrazione chiamata ad agire sulla base di determinate regole, bensì quello concreto della specifica amministrazione agente, e considerare quindi con quale probabilità quest'ultima avrebbe conferito il bene della vita alla ricorrente. Con il risultato che il risarcimento, in questo caso, non potrebbe che atteggiarsi alla stregua di una perdita di *chance*.

Senonché il Consiglio di Stato ha implicitamente smentito tale opzione, affermando che l'antigiuridicità del danno, come condizione per il sorgere del risarcimento, deve essere valutata «*in base ad un ipotetico giudizio prognostico (virtuale) da condurre con riferimento alla normativa positiva di settore secondo i suoi effetti tipici*» e che «*quel che rileva ai fini risarcitori, non è l'essere del procedimento, bensì il suo dover essere secondo legge*».

Se ne ricava, per deduzione, che si può ricorrere al criterio della perdita di *chance* soltanto quando non vi siano dubbi sulla legittimità dell'aspettativa del privato, ma il soddisfacimento della stessa dipenda da valutazioni di op-

(11) Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2007, n. 2356; Cons. Stato, Sez. V, 29 agosto 2005, n. 4407; Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3456.

In dottrina, sono numerosissimi i contributi dedicati alla tematica del ricorso incidentale. Tra i più recenti, si segnala quello assai approfondito di R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (Con particolare riguardo alle impugnative delle gare contrattuali)*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 285 ss., al quale si rinvia per una ricognizione dell'ampia bibliografia in materia.

portunità riservate all'amministrazione (12) (quindi in corrispondenza di atti discrezionali). Questa situazione potrebbe verificarsi proprio in materia di appalti, giacché il Consiglio di Stato afferma, riportandosi alla propria giurisprudenza precedente, che «*nel caso in cui sia stato pronunciato l'annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione in un procedimento di pubblico appalto, per effetto della illegittima ammissione alla gara del soggetto primo classificato, "non è immediatamente operabile lo scorrimento della graduatoria con l'aggiudicazione dell'appalto al secondo classificato"*» (13)». L'amministrazione rimane libera, infatti, di decidere nel pubblico interesse se vi siano le condizioni per stipulare il contratto con il secondo in graduatoria, ovvero se sia più opportuno indire una nuova gara.

Ne deriva che, in un'ipotesi del genere, il secondo classificato potrebbe ottenere il risarcimento del proprio interesse legittimo solo provando il consi-

(12) Quella del risarcimento da perdita di *chance* è una problematica molto complessa, sulla quale si registrano in giurisprudenza opinioni eterogenee. Secondo una linea argomentativa più volte seguita dal Consiglio di Stato, la perdita di *chance* si identifica con un danno attuale derivante non già dalla perdita di un risultato utile, bensì dalla perdita della possibilità di conseguirlo. Ai fini del risarcimento occorre distinguere tra probabilità di riuscita (che dà luogo ad una *chance* risarcibile) e mera possibilità di conseguire l'utilità sperata (che dà invece luogo ad una *chance* irrisarcibile). L'accertamento in ordine alla concretezza della probabilità deve essere effettuato statisticamente attraverso «un giudizio sintetico che ammetta, con giudizio *ex ante*, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sulla base di elementi di fatto forniti dal danneggiato, che il pericolo di non verificazione dell'evento favorevole, indipendentemente dalla condotta illecita, sarebbe stato inferiore al 50%». Così Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686, ripreso da Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323. Cfr. anche, nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. IV, 4 luglio 2008, n. 3340 e Cons. Stato, Sez. V, 19 marzo 2009, n. 1622. La sentenza n. 5323/2006 è commentata criticamente da F. CORTESE, *Evidenza pubblica, potere amministrativo e risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 174 ss.. In altre occasioni, in particolare con riferimento ad ipotesi caratterizzate dalla persistenza in capo all'amministrazione di significativi spazi di discrezionalità amministrativa pura, il Consiglio di Stato ha aderito all'impostazione secondo cui al giudice sarebbe preclusa l'indagine ai fini risarcitori – anche in termini di perdita di *chance* – sulla spettanza del bene della vita, ammettendosi il risarcimento solo dopo e a condizione che l'Amministrazione, riesercitato il proprio potere, abbia riconosciuto all'istante il bene della vita. Nel qual caso, il danno ristorabile non può che ridursi al solo pregiudizio determinato dal ritardo nel conseguimento del bene anelato. In tal senso, Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945. Con specifico riguardo alla materia dell'evidenza pubblica, poi, non sono mancate sentenze nelle quali il risarcimento per equivalente della perdita di *chance* è stato negato sul presupposto che la ripetizione della gara, in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione, desse vita ad una fattispecie di reintegrazione in forma specifica della *chance* violata. V. Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4435 e Cons. Stato, Sez. VI, 18 settembre 2001, n. 6281.

In dottrina, fra i numerosi i contributi in argomento, si segnalano: G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 287 ss.; F. FRACCHIA *Risarcimento danni da c.d. lesione di interessi legittimi: deve riguardare solo le posizioni a risultato garantito?*, in *Foro it.*, 2000, p. 481; A. DI MAJO, *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione di interessi legittimi*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 388 ss.; R. PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita di chance*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 566 ss.; M. PROTTO, *Responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. app.*, 2000, 1005 ss.; D. PAPPANO, *Potere amministrativo e responsabilità civile. La riconsiderazione delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2008, p. 114 ss.

(13) Cons. Stato, Sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244.

stente grado di probabilità che l'amministrazione avrebbe optato, in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione, non già per la ripetizione dell'intera procedura, bensì per lo scorrimento della graduatoria già formata.

Brevi riflessioni sugli interrogativi irrisolti. Sulla disapplicabilità di provvedimenti illegittimi che costituiscono il presupposto di pretese giurisdizionali di soggetti privati

In aggiunta a quelli direttamenti esaminati, l'interessante caso giurisprudenziale qui descritto induce ad affrontare un altro profilo sul quale permangono elementi di incertezza.

Si allude alla problematica legata alle modalità e ai limiti che debbono presiedere allo svolgimento del c.d. giudizio prognostico da parte del giudice amministrativo.

Si è visto che, nel caso esaminato, il giudice ha concluso per l'insussistenza di un "danno ingiusto" in quanto, sulla base delle allegazioni contenute nel ricorso incidentale proposto in un giudizio connesso, risultava che la ricorrente seconda classificata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Ma cosa sarebbe accaduto se quel ricorso incidentale non fosse stato proposto? Avrebbe potuto il giudice, d'ufficio, mettere in discussione la legittimità dell'ammissione in graduatoria dell'impresa ricorrente "cercando nelle carte" le ragioni di una sua potenziale esclusione dalla gara?

In ordine a questo interrogativo, non sembrano potersi cogliere nella sentenza del Consiglio di Stato precise indicazioni per una risposta. Diversamente, dalla sentenza del giudice di primo grado emerge una chiara inclinazione verso l'opzione affermativa, laddove si asserisce che «*il potere di accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie [risarcitoria] deve estendersi alla verifica dell'effettiva spettanza del bene della vita, il che può avvenire in qualunque modo, anche con l'eventuale esercizio di poteri istruttori attivabili d'ufficio, indipendentemente dalle deduzioni formulate dalle parti*».

In termini generali, la domanda che ci si pone può essere tradotta in questo modo: fin dove si estendono i confini della vicenda amministrativa che il giudice può legittimamente prendere in considerazione in sede di giudizio prognostico? E quali poteri d'ufficio può egli esercitare?

È chiaro che si tratta di un punto cruciale, la cui soluzione è destinata ad influire in molti casi sull'*an* del risarcimento. Il problema è capire se il giudice amministrativo possa constatare d'ufficio, *al fine di disapplicarlo*, l'illegittimità del provvedimento che costituisce il presupposto della pretesa risarcitoria azionata dal privato (14). Se così fosse, gli spazi per il risarcimento si restrin-

(14) L'esempio è proprio quello della collocazione al secondo posto in graduatoria, quando l'aggiudicazione sia stata annullata per mancata esclusione del vincitore.

gerebbero in modo significativo, perché la disapplicazione del provvedimento priverebbe di fondamento la pretesa che lo presuppone.

A ben vedere la questione che occorre esaminare non è del tutto nuova, essendo già stata affrontata dalla giurisprudenza con riferimento a fattispecie simili (15), anche se non sempre afferenti controversie di ordine risarcitorio. D'altra parte il vero nodo da sciogliere non esaurisce la propria rilevanza all'interno della problematica della responsabilità civile dell'amministrazione, ma coinvolge, più in generale, le dinamiche funzionali dell'intera giustizia amministrativa.

È noto che, dopo un lungo orientamento negativo in ordine alla possibilità di disapplicare i regolamenti, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha mutato indirizzo, affermandone per la prima volta la disapplicabilità nella famosa sentenza n. 154 del 1992 (16). Di qui in poi la tesi favorevole alla disapplicazione c.d. normativa si è consolidata attraverso numerose altre pronunce (17).

Per altro verso, lo stesso Consiglio di Stato è costante nel ritenere che al giudice amministrativo non sia consentito disapplicare provvedimenti puntuali (18), perché questo, oltre a non rientrare formalmente fra i poteri di sua spettanza, si tradurrebbe di fatto nell'elusione del termine perentorio di impugnazione degli atti amministrativi. La circostanza che questo argomento figuri sistematicamente tra le motivazioni a sostegno della c.d. pregiudizialità amministrativa (19), sta a significare che il giudice amministrativo utilizza il divieto di disapplicazione come elemento ostativo all'accesso alla tutela risarcitoria (degli interessi legittimi) dinanzi a lui.

Occorre ora verificare se lo stesso principio debba valere anche nell'ipotesi opposta, in cui il divieto di disapplicazione finirebbe per avvantaggiare, anziché pregiudicare, il ricorrente, la cui pretesa sia fondata su un provvedimento presupposto illegittimo.

Un caso di questo tipo è stato deciso dal T.A.R. Sardegna, con una sentenza che non è sfuggita all'attenzione della dottrina (20). La fattispecie ri-

(15) V. note 20 e 27.

(16) Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154. Per una trattazione completa del tema della disapplicazione dei regolamenti si rinvia al lavoro di F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2007.

(17) *Ex multis*, v. Cons. Stato, Sez. V, 24 luglio 1993, n. 799; Cons. Stato, Sez. IV, 20 febbraio 1996, n. 222; Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2000, n. 2183; Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 6657; Cons. Stato, Sez. V, 20 maggio 2003, n. 2750; Cons. Stato, Sez. VI, 3 ottobre 2007, n. 5099.

(18) V., ad esempio, Cons. Stato, Ad. plen., 3 febbraio 1998, n. 1; Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2004, n. 367; Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2005, n. 5005; Cons. Stato, Sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5992; Cons. Stato, Sez. IV, 6 marzo 2006, n. 1124; Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5295; Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2008, n. 2552.

(19) V. nota 24.

guardava un provvedimento, adottato da un comune, di indizione di una gara avente ad oggetto lavori di ampliamento della rete idrica. Questi lavori erano compresi, però, all'interno dell'oggetto di una precedente e ancora vigente convenzione, stipulata dal comune stesso con una società dal medesimo partecipata in via minoritaria e affidataria diretta della concessione del servizio idrico. Tale affidamento diretto, mai impugnato, contrastava col diritto comunitario, nello specifico con la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di *in house providing*, perché la società concessionaria difettava del requisito del c.d. "controllo analogo". Questa società, impugnando il bando, ne chiedeva l'annullamento, in quanto l'appalto di lavori messo a gara rientrava, come detto, nell'oggetto della propria concessione.

Ebbene il giudice di primo grado ha rigettato il ricorso, affermando che, per quanto la giurisprudenza sia ampiamente consolidata contro la disapplicabilità di atti puntuali non impugnati (ancorché anticomunitari (21)), ciò non può valere «*nel caso in cui il ricorrente non contesti l'atto emanato in violazione del diritto comunitario, ma, al contrario, fondi su di esso le propri ragioni*». In questo caso la disapplicazione diviene possibile, perché maggiormente conforme a «*canoni di legittimità sostanziale e non meramente formale*» dell'azione amministrativa.

Non vi è ragione di limitare alle sole ipotesi di illegittimità per violazione del diritto comunitario la *ratio decidendi* di questa sentenza. Ad avviso di chi scrive, infatti, la soluzione adottata dal giudice sardo non dipende dalla causa dell'illegittimità provvedimentale, ma trova giustificazione nel principio sostanziale sopra ricordato – desumibile da diversi orientamenti giurisprudenziali e disposizioni normative (22) – secondo cui nessuno può pretendere di trarre vantaggio da una situazione di illegittimità, neppure quando questa si sia ormai consolidata. Costituisce specificazione di questo principio il noto brocardo *temporalia ad agendum, perpetua ad excepiendum*, recepito dall'art. 1442, comma 4, c.c.

Impostata in questi termini, la questione che si affronta in questa sede potrebbe trovare una prima soluzione proprio nel riconoscere al giudice amministrativo il potere di disapplicare atti presupposti illegittimi ogniqualvolta su di essi si fondino pretese, risarcitorie o annullatorie, avanzate dai privati.

(20) La sentenza è la n. 549 del 27 marzo 2007, commentata da M. MACCHIA, *La violazione del diritto comunitario e l'«eccezione disapplicatoria»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 859 ss.

(21) Per la problematica della disapplicazione degli atti amministrativi contrari al diritto comunitario, v. i recenti contributi apparsi in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 2, ad opera di: M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, p. 477 ss.; G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, p. 505 ss.; G. MONTEDORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'"insostenibile leggerezza" del processo impugnatorio)*, p. 519 ss.

(22) V. *supra* note 6 e 7.

Si tratterebbe quindi, come è stato giustamente osservato, di introdurre il principio secondo cui il divieto di disapplicazione, anziché valere in ogni caso, verrebbe ad operare soltanto *in malam partem* rispetto al privato ricorrente (23).

Sennonché questa soluzione non appare condivisibile.

Non appare condivisibile perché delle due l'una: o il giudice amministrativo è effettivamente sprovvisto del potere disapplicatorio, e allora non si può ammettere che ne faccia esercizio (neppure e soltanto) in danno del privato; oppure egli è titolare di questo potere, nel qual caso dovrebbe esercitarlo anche in favore del ricorrente, a cominciare dalle ipotesi di risarcimento del danno richiesto senza la previa impugnazione del provvedimento lesivo.

La coerenza interna alla giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di pregiudiziale amministrativa non può tollerare un atteggiamento ondivago in ordine alla spettanza al giudice amministrativo del potere di disapplicazione. Infatti, proprio perché l'impossibilità per il g.a. di disapplicare atti amministrativi non regolamentari è stata affermata con decisione in una serie di importanti sentenze (24), si deve ritenere che rappresenti una regola processuale "ferrea", non suscettibile di applicazione differenziata in dipendenza del concreto atteggiarsi della pretesa sostanziale avanzata in giudizio.

Forse perché consapevole di ciò, lo stesso Consiglio di Stato (25), nel grado d'appello della fattispecie decisa dal TAR Sardegna (26), ha annullato la sentenza di quest'ultimo con la motivazione che un provvedimento amministrativo in contrasto con il diritto comunitario non può essere *sic et simpliciter* disapplicato dal giudice amministrativo, ma deve essere rimosso con il ricorso ai poteri di autotutela di cui dispone l'amministrazione. Con la precisazione, peraltro, che l'esercizio di tali poteri obbedisce anche in questi casi ai principi – oggi codificati all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 – della corrispondenza dell'atto di secondo grado all'interesse pubblico e della garanzia, anzitutto procedimentale, degli interessi incisi.

In un altro caso (27), poi, il Consiglio di Stato ha negato espressamente che il mancato rilievo in fase di gara della carenza di un requisito di ammissione possa essere fatto valere come eccezione, da parte della p.a., in sede di giudizio promosso da un'impresa contro l'atto di aggiudicazione. Questo perché «l'ammissione alla gara [...] è sorretta dalla presunzione di legittimità ed efficacia che assiste in generale gli atti amministrativi», con la conseguenza

(23) Cfr. M. MACCHIA, *op. cit.*, p. 865.

(24) V. Cons. Stato, Ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4, in www.giustamm.it, con commento di G. BACOSI, *Per l'Adunanza, ormai è chiaro: il G.A. non "risarcisce disapplicando" ma "demolisce risarcendo"*; Cons. Stato, Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338; Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 952.

(25) Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263.

(26) V. nota 20.

(27) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 11 maggio 2006, n. 2637.

che potrà essere caducata soltanto per effetto di una formale impugnazione proposta con ricorso incidentale dalla ditta controinteressata, ovvero, per quanto riguarda l'amministrazione, in base all'esercizio del potere di autotutela (28).

Se ne ricava che né l'amministrazione può invocare la disapplicazione di un provvedimento illegittimo per sottrarsi ad un'azione demolitoria, né, a maggior ragione, può provvedervi il giudice d'ufficio (29).

Ad analoga conclusione dovrebbe pervenirsi con riferimento ad un'azione risarcitoria – ancorché promossa per la tutela di interessi pretesivi –, giacché non si rinvergono motivazioni idonee a giustificare in linea di principio un diverso trattamento di questa ipotesi (30). In tal caso il giudizio pronostico sulla spettanza del bene della vita al ricorrente dovrà muovere da una base di partenza che non potrà più essere posta in discussione (se non da parte dell'amministrazione in via di autotutela): questa coinciderà con il provvedimento

(28) Nel caso deciso, l'impresa ricorrente aveva ottenuto l'annullamento in primo grado dell'ag-giudicazione e la reintegrazione in forma specifica rappresentata dall'assegnazione del contratto in suo favore; dopodiché, proponendo appello, l'amministrazione faceva notare – circostanza di cui non si era fin lì avveduta – che l'impresa vittoriosa in primo grado non era a suo tempo legittimata a partecipare alla gara. Ebbene il Consiglio di Stato ha dichiarato l'inammissibilità di questa deduzione, in quanto essa «non rientra [...] tra le eccezioni in senso sostanziale di cui all'art. 345, comma 2, c.p.»), suscettibili di proposizione per la prima volta in grado di appello. Ma non solo: il giudice ha altresì specificato che «*Sul piano processuale, la deduzione di una carenza dei requisiti di ammissione in capo alla ricorrente, non rilevata in sede di procedura di gara, da parte dell'Amministrazione appaltante, non avrebbe costituito motivo di rigetto (o di dichiarazione di inammissibilità) del ricorso di primo grado neppure se fosse stata dedotta in quella sede, proprio perché a ciò ostava la presunzione di legittimità e di operatività degli atti amministrativi ancorché illegittimi. Tale carenza, perciò, non avrebbe potuto essere rilevata dal giudice d'ufficio (ma, appunto, solo su domanda proposta con ricorso incidentale da una controinteressata), né fatta valere dall'Amministrazione al di fuori del caso suddetto dell'autoannullamento, dovendo altrimenti ammettersi un'integrazione postuma, in sede giudiziale, dell'attività amministrativa sostanziale, lasciata nelle mani dell'Amministrazione "secundum eventum litis". In conclusione, l'eventuale mancato rilievo della carenza del requisito di ammissione alla gara non costituisce eccezione in senso processuale o sostanziale, è deducibile solo come motivo di ricorso incidentale, e non si converte in motivo di appello ove, come nel caso, l'Amministrazione sostenga di esser venuta a conoscenza del vizio solo successivamente alla pronuncia di primo grado.*»

(29) La sesta sezione del Cons. Stato, nella sentenza 12 aprile 2000, n. 2183, ha affermato che «l'istituto della disapplicazione (o invalidazione), postulando un rapporto diretto di stampo genetico tra fonte normativa e provvedimento, non è estensibile al caso in cui, in occasione dell'adozione del provvedimento impugnato (...), possa essere stato sul piano motivazionale considerato, congiuntamente ad altri elementi, il rapporto con un diverso ed inoppugnato provvedimento (...), applicativo della norma regolamentare asseritamente illegittima. Non si può infine non rimarcare la difficile armonizzabilità con la caratterizzazione impugnatoria del processo amministrativo di legittimità, e più in generale con il principio processuale della domanda, di una soluzione che, per il tramite di un'anomala disapplicazione *in peius*, si traduce nella vanificazione - o comunque nel riscontro dell'illegittimità - di un provvedimento favorevole al ricorrente e, pertanto, da questi non impugnato e, quindi, non oggetto di cognizione da parte del Giudice».

(30) Si consideri, tra l'altro, che nel caso da ultimo riportato, la domanda annullatoria dell'impresa ricorrente era accompagnata anche da una richiesta risarcitoria, accolta dal giudice nella forma della reintegrazione in forma specifica.

presupposto sul quale il privato fonda la propria pretesa, che il giudice dovrà considerare alla stregua di un dato di fatto onde verificare il prevedibile esito che la *successiva* attività amministrativa avrebbe (legittimamente) prodotto. Il che equivale a dire che il giudizio di spettanza non potrà divenire la sede per un sindacato potenzialmente idoneo ad investire la legittimità di tutto l'operato a monte della decisione illegittima fonte del danno, ma dovrà piuttosto riguardare soltanto lo stesso episodio amministrativo che viene in considerazione in sede impugnatoria, nei limiti del *thema decidendum* segnato dai motivi del ricorso e dell'eventuale ricorso incidentale.

Neppure, a stretto rigore, potrebbe trovare applicazione, in via analogica nell'ambito del giudizio amministrativo, la regola dell'art. 1442, comma 4, c.c.. Evidentemente, infatti, anche in presenza di un'eccezione ritualmente sollevata, diretta a far valere l'illegittimità del provvedimento presupposto (31) (con il fine di escludere la spettanza al privato del bene della vita connesso al provvedimento successivo), il giudice dovrebbe comunque effettuare una disapplicazione che esula, come tale, dal suo strumentario (32).

Ancor più fondate appaiono queste conclusioni se si fa proprio il condivisibile ordine concettuale recentemente privilegiato dal Consiglio di Stato, secondo cui «*Il principio della pregiudiziale non si fonda (...) sull'impossibilità per il giudice amministrativo di esercitare il potere di disapplicazione, ma sull'impossibilità per qualunque giudice di accertare in via incidentale e senza efficacia di giudicato l'illegittimità dell'atto, quale elemento costitutivo della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 cod. civ.*» (33). Tale orientamento – che conduce a considerare infondata nel merito, e non già inammissibile, la domanda di risarcimento del danno derivante da provvedimento non impugnato – muove dal presupposto per cui «*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*»; il che evidentemente «*impedisce che il danno possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione in esecuzione dell'atto inoppresso*» (34).

(31) È molto dubbio, peraltro, che una simile eccezione possa essere sollevata dalla stessa amministrazione che ha adottato il provvedimento presupposto: questa infatti dovrebbe al limite annullare il provvedimento illegittimo esercitando i propri poteri di autotutela.

(32) Tra l'altro, come rileva G. GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 488, proprio l'art. 1442, comma 4, cod. civ. dimostra come vi sia una profonda diversità fra gli istituti del contratto e del provvedimento, "perché, mentre l'annullabilità del contratto può sempre essere eccepita (anche se è prescritta la relativa azione), l'illegittimità del provvedimento inoppugnabile non può certo essere fatta valere per neutralizzarne l'esecuzione".

(33) V. nota successiva.

(34) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1917, nonché Cons. Stato, Sez. VI, 21 aprile

Orbene, se è vero che l'assetto di interessi scolpito da un provvedimento illegittimo non può più considerarsi *contra ius* in seguito al decorso infruttuoso del termine di impugnazione (35), allora l'impossibilità per il giudice di re-

2009, n. 2436, che rimette all'Adunanza plenaria la questione sull'esistenza della pregiudizialità amministrativa, previo esame della compatibilità della soluzione negativa data dalla Corte di Cassazione, nelle ordinanze 13 giugno 2006, n. 13659 e 13660, e, quindi, nella lettura da questa datane dell'art. 7 legge n. 1034 del 1971, con il principio di ragionevolezza anche sistematica e con i principi di cui agli artt. 111, 81, 97, 103 e 113 Cost.. Per un commento di quest'ultima sentenza v. F. CORTESE, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori contro e per la c.d. «pregiudizialità amministrativa»*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 511 ss. V., ancora, le seguenti sentenze: Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2009, n. 587; Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3059; Cons. Stato, Ad. plen., 22 ottobre 2007, n. 12; Cons. Stato, Sez. IV, 8 maggio 2007, n. 2136.

(35) Di contrario avviso, ovviamente, è la Corte di Cassazione, la quale (da ultimo nella sentenza delle Sezioni Unite, 23 dicembre 2008, n. 30254, reperibile in www.giustamm.it, con commenti di A. ROMANO TASSONE, F. SATTA, R. VILLATA, C. MARRONE, P. CARPENTIERI, R. GISONDI, P. QUINTO e M.A. SANDULLI) muove dal presupposto secondo cui “la circostanza che la parte che potrebbe avere interesse all'annullamento dell'atto non lo chieda non comporta che esso divenga valido o cessi di essere rilevante la contrarietà del comportamento alla sua regola [...] Nel diritto amministrativo, l'inoppugnabilità non si traduce in convalidazione del provvedimento illegittimo, di cui resta possibile l'annullamento dall'amministrazione che lo ha emesso. E perciò se, per non esserne stata chiesta la sospensione, l'atto non perde efficacia e può continuare ad essere eseguito, il comportamento tenuto, prima nell'adottarlo e poi nell'eseguirlo, non perde i suoi tratti di comportamento illegittimo, fonte di responsabilità, per il fatto che dell'atto neppure sia stato poi chiesto l'annullamento”. Secondo la Corte, ancora, quando si discute sulla spettanza del risarcimento del danno, “si deve accertare che la parte ha subito un danno per effetto della mancata realizzazione del suo interesse e questo a causa dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica”. Si esercita, dunque, “un potere che nulla ha a che vedere con quello di disapplicazione, che al contrario consiste nel tenere per non prodotti quegli effetti di un atto, che rilevano come presupposto della legittimità del provvedimento, esso oggetto della domanda di annullamento”. Si tratta di un argomento più volte espresso dalla dottrina, per cui ai fini del risarcimento «non si tratta di considerare l'atto come non avesse prodotto alcun effetto ma, all'inverso, di verificare, nell'analisi *principaliter* degli elementi costitutivi dell'illecito, che esso ha prodotto un effetto nefasto, la cui perniciosità si intende elidere sul piano risarcitorio». Così F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 558. Per un'analoga impostazione v. L. TORCHIA, *Commento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 584; F. VOLPE, *Una falsa soluzione al problema del pregiudiziale annullamento dell'atto amministrativo illegittimo nelle azioni risarcitorie per lesione di interesse legittimo*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 348; M. ALLENA, *La pregiudizialità amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2006. Contrario alla disapplicazione, e critico con l'impostazione descritta, è G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, p. 523 s., secondo il quale la ricostruzione della Corte di Cassazione «trascura la “forza giuridica” del provvedimento e, cioè, la sua attitudine a realizzare un assetto di interessi, incompatibile – ove non venga rimosso – con ogni pretesa illiceità». Poiché infatti, come rileva l'Autore, la persistente efficacia del provvedimento amministrativo costituisce titolo legittimante della condotta o dell'omissione che ne costituisce esecuzione, per potersi qualificare tale condotta o omissione in termini di illecito, occorre rimuovere il detto titolo. Ciò che può effettuarsi soltanto attraverso l'annullamento, ovvero attraverso la disapplicazione del provvedimento. In altri termini, sostiene Greco, valutare il provvedimento e la sua illegittimità semplicemente come fatto rilevante ai fini del risarcimento significa depotenziarlo della sua capacità di produrre effetti (in particolare di rendere lecita la sua esecuzione), il che si traduce nel non applicarlo come tale, e quindi nel disapplicarlo. D'altra parte, se l'attività esecutiva di un provvedimento illegittimo non impugnato è lecita e anzi doverosa, non si comprende come potrebbe contemporaneamente considerarsi illecita ai fini del risarcimento, senza con ciò violare il principio di non contraddizione dell'ordinamento. In tal senso, dello stesso Autore, v. anche *La Cassazione conferma*, cit., p. 493.

spingere una pretesa privata che sia fondata su un provvedimento (presupposto) illegittimo ma inoppugnato, non dipenderà da una preclusione di ordine processuale (come la mancanza del potere di disapplicazione), bensì da un elemento di carattere sostanziale: non sarà cioè possibile asserire l'ingiustizia del fondamento sostanziale della domanda proposta.

...Segue: peculiarità dell'evidenza pubblica

Se quella finora espressa è l'impostazione teorica che si ritiene più coerente con le caratteristiche sistemiche della giustizia amministrativa (36), bisogna nondimeno effettuare alcune precisazioni con specifico riguardo alla materia dell'evidenza pubblica, che è poi l'ambito nel quale si è verificata la fattispecie in commento.

Occorre tenere presente che, secondo la giurisprudenza maggioritaria, in caso di procedure di gara la collocazione al secondo posto in graduatoria non dà automaticamente diritto all'attribuzione dell'appalto, una volta che sia stata annullata l'aggiudicazione in favore della prima classificata. L'amministrazione infatti, almeno fino alla stipulazione del contratto, conserva la facoltà di escludere dalla gara, per difetto dei necessari requisiti, uno o più concorrenti già ammessi, nonché di richiedere agli stessi il completamento della documentazione atta a dimostrare la regolarità della loro partecipazione. Ma se è così, allora la valutazione compiuta d'ufficio dal giudice in sede di giudizio di spettanza sulla illegittimità della collocazione in graduatoria dell'impresa ricorrente, non si traduce nella disapplicazione di un provvedimento non impugnato; in realtà l'operazione logica che il giudice è chiamato ad espletare è diversa, e consiste nel valutare come l'amministrazione avrebbe dovuto agire

Autorevoli sostenitori della pregiudizialità amministrativa sono anche, fra gli altri, G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, cit., p. 312 ss.; G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, Milano, 2005, p. 449; M.A. SANDULLI, *Ancora un passo (indietro) nel gioco dell'oca sulla pregiudiziale di annullamento*, in www.giustamm.it; P. DE LISE, *I nuovi confini della giurisdizione esclusiva (origine, contenuto e conseguenze)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Milano, 2005, p. 101.

(36) Le considerazioni qui espresse si basano in buona parte sul presupposto dell'esistenza della pregiudizialità amministrativa come principio regolatore del rapporto tra azione demolitoria e azione risarcitoria davanti al giudice amministrativo. Nuovi scenari protrebbero dunque aprirsi in seguito all'approvazione del "codice del processo amministrativo", in attuazione dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, che all'art. 39 esclude la necessaria preventiva impugnazione del provvedimento illegittimo come presupposto per la proposizione dell'azione di risarcimento de danno. Pur con questa avvertenza, si ritiene comunque di una qualche utilità richiamare l'attenzione su una problematica cui la dottrina si è poco (o niente) dedicata, nonostante si colleghi ad una materia – la responsabilità della p.a. – investita negli ultimi anni da una copiosa produzione scientifica. Da ultimo, si segnala il volume di G. CORSO e G. FARES, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 2009, nel quale sono compendiate e commentate le sentenze più interessanti con riferimento ai vari profili nei quali si articola la materia della responsabilità civile dell'amministrazione.

(e non, si badi, come avrebbe in concreto agito) nei confronti della seconda classificata in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione già disposta. Ora è chiaro che, così come l'amministrazione avrebbe dovuto in tal caso rilevare le eventuali irregolarità nell'ammissione alla gara di tale impresa (con la conseguenza di non doverla individuare quale aggiudicataria), ugualmente il giudice potrà e dovrà accertare tali irregolarità nell'ambito del giudizio prognostico, con la conseguenza di negarle qualsiasi risarcimento.

In pratica, la circostanza che residuino in capo all'amministrazione agente margini di operatività compresi fra il provvedimento presupposto (collocazione al secondo posto) e il provvedimento attributivo del bene della vita finale (aggiudicazione), consente al giudice di accertare che l'amministrazione, avendo l'obbligo giuridico di annullare il provvedimento presupposto (cioè di escludere l'impresa già ammessa in graduatoria), non avrebbe dovuto assegnare il bene al soggetto in questione.

Si consideri che, così facendo, l'attenzione del giudice non ricade direttamente sul modo in cui l'amministrazione ha già agito (attraverso il provvedimento non impugnato), e non porta quindi a censurare tale operato mediante un'ipotesi di disapplicazione provvedimentoale; ma ricade, al contrario, sullo sviluppo successivo che l'azione amministrativa avrebbe dovuto ricevere a partire dalla constatazione che vi era un obbligo di *non* aggiudicare all'impresa illegittimamente ammessa. Il che comporterà il diniego di qualsiasi forma di risarcimento, anche in termini di perdita di *chance*.

Al di fuori di queste ipotesi, e di altre analoghe, non si potrebbe però ricorrere ad un'argomentazione di questo tipo: poiché l'amministrazione può sempre annullare in autotutela un provvedimento presupposto illegittimo, ciò è sufficiente ad escludere la spettanza del bene collegato al provvedimento presupponente (37). Così non è, in realtà, perché da un lato non è vero che l'annullamento d'ufficio è sempre consentito; dall'altro, perché il giudice non può attribuire ad un fatto del tutto eventuale e discrezionale dell'amministrazione – e si badi che l'amministrazione che ha adottato il provvedimento presupposto potrebbe anche non essere la stessa cui compete l'adozione del provvedimento conseguente – un'efficacia escludente dell'ingiustizia del danno inferto ad interessi già consolidati. Diversamente, ci troveremmo di fronte all'inaccettabile paradosso di diritti o interessi a tutela dimidiata, solo perché (più) esposti all'alea di un futuro intervento restrittivo della p.a.

Per fare un esempio che aiuti a comprendere il senso di quanto sostenuto, si potrebbe pensare ad un'impresa che, dopo aver ottenuto illegittimamente l'autorizzazione all'apertura di uno stabilimento industriale in un'area economicamente depressa, proponga istanza per la concessione di finanziamenti

(37) Si consideri che il rapporto tra i due provvedimenti non è necessariamente di presupposizione in senso tecnico, ma può essere anche di mera consequenzialità logica o cronologica.

pubblici previsti con riferimento al suo settore di attività. Si ipotizzi che il finanziamento le venga negato (ad esempio perché l'amministrazione rileva erroneamente che l'istanza è stata presentata oltre i termini), e che tale impresa agisca in giudizio contro l'amministrazione stessa per il risarcimento del danno. Al che si domanda: potrebbe mai il giudice rigettare il ricorso, nel presupposto che l'illegittimità-annullabilità (in autotutela) dell'autorizzazione a monte valga ad escludere la spettanza del finanziamento? (38)

L'art. 246 del codice degli appalti e la pregiudiziale amministrativa

Alcune brevi osservazioni debbono infine essere dedicate all'art. 246 del codice degli appalti, ai sensi del quale, come si è visto, nelle procedure ad evidenza pubblica relative alle cc.dd. "grandi opere", l'annullamento dell'aggiudicazione non può comportare conseguenze di alcun tipo sul contratto già stipulato.

Si tratta di una norma molto particolare, la cui finalità consiste ovviamente nell'assicurare la più celere realizzazione possibile delle opere di valore strategico per l'economia e lo sviluppo del Paese.

L'applicazione di questa norma alla fattispecie esaminata ha fatto sì che il T.A.R. abbia dichiarato l'improcedibilità del ricorso proposto contro il provvedimento di aggiudicazione e si sia quindi pronunciato sulla sola istanza risarcitoria.

Ora, il punto è se si possa rinvenire in tale disposizione una implicita smentita circa la sussistenza della pregiudizialità amministrativa. Questo perché sembrerebbe chiara, in tal caso, la scissione tra rimedio caducatorio e rimedio risarcitorio, e quindi la non consequenzialità di questo rispetto al primo.

A ben vedere, tuttavia, il tenore letterale della disposizione si presta ad una interpretazione addirittura antitetica, dalla quale piuttosto che una smentita parrebbe discendere una conferma della pregiudizialità. Stabilendo invero che «*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*», tale norma implicitamente afferma che alla sospensione o all'annullamento dell'aggiudicazione non osta la circostanza che il contratto sia già stato stipulato. Il giudice quindi, anziché dichiarare l'improcedibilità del ricorso contro il provvedimento, dovrebbe a stretto

(38) Analogamente, si potrebbe anche domandare: l'illegittimità del permesso di costruire sulla base del quale un soggetto ha realizzato sul proprio fondo un fabbricato può forse impedire che il valore di quest'ultimo assuma rilievo ai fini dell'indennità di esproprio? Questo caso non è evidentemente assimilabile, e richiede quindi una soluzione diversa, rispetto a quello della radicale mancanza del titolo abilitativo (che dà luogo ad una fattispecie di abuso), sul quale la giurisprudenza consolidata si è pronunciata nel senso che il valore dell'immobile abusivo non entra nel computo dell'indennizzo (v., *supra*, nota 6).

rigore pronunciarsi nel merito dello stesso, anche se ciò potrà avere conseguenze soltanto sul piano della risarcibilità.

Stimolato in tal senso dalla difesa dell'amministrazione statale, il Consiglio di Stato ha lasciato intendere in più di un passaggio della motivazione (39) di condividere questo approccio. Ciò, in particolare, attraverso l'esplicita affermazione secondo cui «*al limite si può dubitare intorno alla esattezza della statuizione di improcedibilità del ricorso principale e connesso incidentale, non anche sul fondamento sostanziale di essa*» (40).

In un'analogia fattispecie, tra l'altro, il giudice di primo grado si è determinato nel senso della procedibilità del ricorso, nel presupposto che una pronuncia di segno contrario non sia autorizzata dalla lettera della norma. Questa infatti «*un qualche effetto all'eventuale annullamento dell'aggiudicazione lo riconosce, e cioè il risarcimento del danno*» (41).

Si fa notare, in ogni caso, che se anche non si dovesse condividere questa ricostruzione – può sembrare eccessivo, in effetti, porre a carico del privato l'onere di una tempestiva impugnazione del provvedimento, quando dall'annullamento del medesimo non potrebbero discendere conseguenze concrete –, si dovrebbe ugualmente rilevare che l'art. 246 del codice degli appalti, in quanto norma di carattere eccezionale (42), non sarebbe comunque idoneo a fornire un argomento a sfavore della pregiudizialità. Anzi, proprio per il suo valore di eccezione, esso finirebbe inevitabilmente per confermare la regola.

Ciò detto non si possono tacere, conclusivamente, alcune perplessità sul contenuto sostanziale della norma in esame.

Non v'è dubbio che essa presenti aspetti di criticità sotto il profilo della compatibilità costituzionale della disciplina recata, soprattutto con riferimento ai canoni dell'art. 113, comma 2, e dell'art. 97, comma 1, della Costituzione.

L'art. 113, comma 2, prevede, come è noto, che la tutela contro gli atti della p.a. «*non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*». Si sancisce in tal modo il principio secondo cui la tutela nei confronti dell'amministrazione deve essere piena, al pari di quella assicurata contro gli altri soggetti dell'ordinamento. Ma se è così, allora non può che balzare agli occhi la problematicità di una norma che esclude la possibilità di avvalersi del rimedio annullatorio (assimilabile ad una

(39) Ci si riferisce sempre alla sentenza n. 2435/2009 in commento.

(40) In un altro passaggio, il Consiglio di Stato punta l'accento sulla "ritualità" dell'impugnazione proposta in primo grado, la quale ha consentito la valutazione del ricorso (anche di quello incidentale) sulla fondatezza della pretesa. Ancora, si consideri che la scelta del T.A.R. di dichiarare l'improcedibilità dei ricorsi principale ed incidentale aventi ad oggetto l'aggiudicazione, oltre ad essere definita (solo) "plausibile", viene giustificata in base a motivazioni di economia processuale.

(41) Così T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 29 ottobre 2008, n. 1480. In tale sentenza si richiama e si critica esplicitamente la sentenza del T.A.R. Lazio qui commentata.

(42) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589.

forma di reintegrazione in forma specifica), con riferimento a determinate categorie di atti, cioè le aggiudicazioni nel campo delle grandi opere. È vero che la non annullabilità (*rectius*, la sostanziale esclusione dell'efficacia tipica dell'annullamento) viene circoscritta alle sole ipotesi in cui sia già intervenuta la stipulazione del contratto, ma ciò non muta granché la situazione. Difatti, ponendo il contratto – vista la mancanza di una sanzione per il mancato rispetto dell'art. 11, comma 10, del codice degli appalti (43) – essere stipulato immediatamente, anche il tempo a disposizione del ricorrente per l'attivazione del rimedio caducatorio potrà ridursi in modo decisivo. Il che fa sì che solo in via cautelare sarà possibile conseguire un qualche risultato.

Quanto all'art. 97, comma 1, Cost., alcuni problemi si pongono rispetto al principio di imparzialità ivi enunciato. È evidente, infatti, che la norma dell'art. 246 presta il fianco a forme di abuso, nella misura in cui consente l'assegnazione in via definitiva di un'utilità ad un soggetto che non la meritava, ma che può essere favorito con un tempestiva stipulazione del contratto prima che intervenga l'annullamento dell'aggiudicazione. Senza considerare, poi, le possibili collusioni che potrebbero verificarsi tra le imprese prima e seconda classificata, per ritardare ad un momento successivo rispetto alla stipulazione del contratto l'attivazione del rimedio risarcitorio, in modo da assicurare ad entrambe un beneficio. Ciò che enterebbe in rotta di collisione anche con il principio del buon andamento.

Proprio su quest'ultimo principio fa leva l'unica difesa che la norma può ricevere sul piano della conformità alla Costituzione. Il buon andamento è assicurato dalla rapidità della procedura e dall'abbattimento della potenziale paralisi che verrebbe determinata dall'instaurazione di un contenzioso.

Si deve però ritenere che una simile giustificazione possa essere accettata soltanto se il campo di applicazione della norma considerata sia veramente circoscritto ad ipotesi rare ed eccezionali (anche se le più importanti sotto il profilo qualitativo, trattandosi di opere strategiche).

Per questo, più che sull'art. 246 del codice degli appalti, le censure di incostituzionalità qui prospettate dovrebbe travolgere una norma di recente emanazione, e cioè l'art. 20, comma 8, del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2. Questa estende il principio dell'intangibilità del contratto già stipulato a tutte le procedure amministrative che si riferiscono a investimenti pubblici, di competenza statale o regionale, individuati come «*prioritari per lo sviluppo economico del terri-*

(43) Secondo cui «Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine. La deroga di cui al periodo precedente non si applica ai contratti relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, di cui alla parte II, titolo III, capo IV».

torio nonché per le implicazioni occupazionali ed i connessi riflessi sociali» (44). Come se non bastasse, poi, il successivo comma 8-bis esclude l'applicabilità in questi casi del termine minimo di trenta giorni decorrenti dalla comunicazione ai controinteressati dell'aggiudicazione (45) prima di potersi procedere alla stipulazione del contratto, e riduce a trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento il termine per proporre ricorso al T.A.R.

Risulta evidente che l'applicazione potenzialmente così ampia di una norma a dir poco critica sotto il profilo costituzionale, ne rende prevedibile, oltre che auspicabile, la declaratoria di illegittimità.

*Dott. Federico Dinelli**

Consiglio di Stato, Sezione Quarta, sentenza 21 aprile 2009 n. 2435 - Pres. Trotta, Est. Carella - TOTO SpA (Avv.ti G. e G. Pellegrino) c. Min. infrastrutture (Avv.ti dello Stato A. Elefante e G. De Bellis).

(Omissis)

FATTO

La Toto spa – che si è classificata seconda con il punteggio di 70,95 nell'incanto pubblico ad offerta economicamente più vantaggiosa (art. 21, comma 1 lettera b e ter, legge n. 109/1994) per la progettazione ed esecuzione dei lavori acquedottistici della galleria Pavoncelli bis (infrastruttura strategica ai sensi della legge n. 443 del 2001), rispetto alla prima graduata ATI Società Italiana Condotte d'Acqua Spa con punti 93,37 – ha introdotto in primo grado due ricorsi che sono stati riuniti dalla sentenza odiernamente gravata.

Con il primo (RG.7224/2006) tale società – nel chiedere in via principale l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria e in via derivata, come da motivi aggiunti, quella definitiva – ha dedotto, alla stregua di cinque mezzi, che l'ATI aggiudicataria doveva essere invece esclusa in quanto la mandante Alicante aveva presentato una SOA irregolare, sostituita (in via postuma alla partecipazione) da altra SOA, peraltro inadeguata secondo quanto prescritto dal bando di gara; inoltre, a seguito dell'accesso e con successivi motivi aggiunti, la ricorrente ha proposto i seguenti ulteriori motivi d'impugnazione:

1) violazione art. 75 DPR 554/1999 e del punto 6 del disciplinare di gara, posto che le man-

(44) La norma stabilisce che «Le misure cautelari e l'annullamento dei provvedimenti impugnati non possono comportare, in alcun caso, la sospensione o la caducazione degli effetti del contratto già stipulato, e, in caso di annullamento degli atti della procedura, il giudice può esclusivamente disporre il risarcimento degli eventuali danni, ove comprovati, solo per equivalente. Il risarcimento per equivalente del danno comprovato non può comunque eccedere la misura del decimo dell'importo delle opere che sarebbero state eseguite se il ricorrente fosse risultato aggiudicatario, in base all'offerta economica presentata in gara». Per una conferma che anche da tale norma si può trarre in ordine alla sussistenza della pregiudiziale amministrativa, v. Cons. Stato, Sez. VI, 21 aprile 2009, n. 2436.

(45) V. nota 43.

(*) Dottore in giurisprudenza, ha svolto la pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

danti SELI S.p.a., con riguardo ad un soggetto munito di poteri di gerente e di rappresentante, ed Alicante Costruzioni S.r.l., con riguardo al direttore tecnico, non avrebbero prodotto le dichiarazioni richieste dalle norme rubricate;

2) Violazione art. 75 DPR 554/1999, atteso che non vi sarebbe traccia nella documentazione del certificato del casellario generale del procuratore speciale della mandante DEC S.p.a.;

3) Violazione artt. 38 e 47 DPR 445/2000, poiché nella dichiarazione di conformità dei titoli di studio dei progettisti della Politecnica Ingegneria e Architettura Soc. Coop. mancherebbero i documenti d'identità di alcuni ingegneri;

4) Violazione di legge (art. 13 co. 5 bis e 6 L. 109/1994. Violazione art. 93, co. 3, DPR 554/1999. Violazione del principio di immodificabilità del soggetto e di par condicio) ed eccesso di potere per difetto di istruttoria, giacché l'ATI controinteressata ha modificato la compagine associativa accettando la dichiarazione di recesso della Alicante Costruzioni S.r.l.;

5) Violazione e falsa applicazione di legge (art. 75, co. 1 lett. h, DPR 554/1999, art. 95, co. 4, DPR 554/1999, art. 3, co. 6, L. 34/2000, art. 13 L. 109/1994) ed eccesso di potere (difetto di istruttoria e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, violazione del disciplinare di gara) in quanto la Alicante Costruzioni S.r.l. avrebbe presentato in sede di offerta false dichiarazioni attestando anche la sussistenza di requisiti smentiti dai bilanci 2003, 2004 e dalla bozza di bilancio 2005.

L'Avvocatura dello Stato, che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso introduttivo in quanto proposto avverso un atto non definitivo, ha però concluso per il rigetto del ricorso, mentre le società controinteressate, nel resistere alle censure dedotte, hanno proposto a loro volta ricorso incidentale avverso i verbali di gara ed i conseguenti provvedimenti adottati dall'amministrazione nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della Toto spa, per le seguenti ragioni:

a. Violazione e falsa applicazione di ogni norma e principio in materia di qualificazione (DPR 34/2000; art. 74 DPR 554/1999, art. 18 L. 55/1990 e s.m.i., *lex specialis*) ed eccesso di potere (difetto di istruttoria, carenza e erroneità dei presupposti) perché la Toto S.p.a. non avrebbe qualificazione per le categorie OG6 e OG9, a qualificazione obbligatoria, per cui avrebbe dovuto costituire un'ATI verticale o dichiarare di subappaltare i lavori afferenti dette categorie, mentre, dichiarando di voler subappaltare parte dei lavori rientranti nelle categorie OG4, OG1, OG6 e OG9, dovrebbe necessariamente eseguire in proprio parte dei lavori ricadenti nelle categorie per le quali non è qualificata;

b. Violazione e falsa applicazione del bando di gara e di principi generali (buon andamento, regolarità della procedura di gara, par condicio) ed eccesso di potere (difetto di istruttoria, carenza ed erroneità dei presupposti) in quanto la Toto S.p.a. avrebbe prodotto una garanzia fideiussoria nella quale la compagnia assicuratrice non ha rinunciato a far valere le eccezioni ex art. 1945 c.c. come espressamente richiesto dal disciplinare di gara ed, inoltre, tale ricorrente principale avrebbe individuato quale progettista la costituenda associazione temporanea tra le società SWS Engineering S.p.a. ed ECO Consulting Ingegneria S.r.l., ma non sarebbe stata dichiarata né da tali Società né dalla Toto S.p.a., come invece richiesto dal disciplinare, la ripartizione dei servizi di progettazione da eseguirsi;

c. Violazione e falsa applicazione di legge (*lex specialis*, art. 17 L. 109/1994 e s.m.i., art. 51 DPR 554/1999) ed eccesso di potere (difetto di istruttoria, erroneità e carenza dei presupposti, difetto di motivazione), nell'assunto che la ricorrente principale avrebbe individuato quale progettista una costituenda ATI senza prevedere la presenza nel raggruppamento di almeno un progettista che abbia conseguito il diploma di laurea da non oltre sette anni.

Nelle successive memorie, la Toto S.p.a. ha dichiarato di avere esclusivo interesse alla tutela

risarcitoria per equivalente, unica tecnica di tutela prevista dall'art. 246 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, rilevando l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, sia dell'azione annullatoria che dello stesso ricorso incidentale il quale, peraltro, sarebbe inammissibile e infondato nel merito, mentre le controinteressate, hanno argomentato in contrario, insistendo per l'accoglimento del ricorso incidentale e per la declaratoria di inammissibilità o comunque per il rigetto del ricorso.

Il secondo ricorso di primo grado (RG n. 11449/2006) riguarda domanda di risarcimento del danno derivante dalla illegittima aggiudicazione dei lavori di completamento della galleria Pavoncelli bis, specificando diffusamente le ragioni di illegittimità degli atti causativi del danno (come sopra esposte), ed indicando altresì criteri per la quantificazione dello stesso (10% dell'offerta quale mancato utile, perdita della spendita delle lavorazioni in discorso nelle future gare, spese sostenute per la partecipazione alla gara, rivalutazione ed interessi): in questo gravame si è costituita soltanto la difesa statale.

Il Tribunale Amministrativo Regionale in epigrafe indicato, con la impugnata sentenza, riuniti i ricorsi, ha dichiarato il primo gravame improcedibile con riferimento sia all'impugnativa principale che a quella incidentale, alla luce dell'art. 246, comma 4, del d.lvo 12 aprile 2006 n. 163, non potendo la ricorrente principale – all'esito del giudizio eventualmente positivo – ottenere una nuova aggiudicazione in suo favore e, d'altra parte, neppure la ricorrente incidentale ricevere nocumento alcuno, con la conseguenza che la tutela sostanziale della posizione giuridica della Toto spa può avvenire soltanto attraverso lo strumento risarcitorio.

Sotto tale aspetto, la domanda risarcitoria è stata ritenuta dal TAR ammissibile, ma nel concreto da respingere per l'assenza di un danno ingiusto in relazione all'infondatezza della pretesa, non potendo la Toto spa conseguire il bene della vita reclamato e così divenire legittima aggiudicataria in quanto doveva essere esclusa dalla gara sulla base degli argomenti desumibili dal ricorso incidentale proposto dall'ATI controinteressata nonché della documentazione prodotta e, in particolare:

- i. – la Toto spa, come da attestazione SOA, non è qualificata per le categorie OG6 e OG9, che sono a qualificazione obbligatoria per cui, avendo dichiarato di voler subappaltare “parte” delle lavorazioni (OG4 – OG1 – OG6 – OG9), finirebbe per eseguire direttamente lavori nelle categorie OG6 e OG9 per le quali non è provvista di qualificazione;
- ii. – a non diversa conclusione si perviene ove volesse ritenersi che l'indicazione “parte” sia sul piano logico da riferire alle sole categorie per le quali la Toto è qualificata (OG1 e OG4) e non anche alle categorie per le quali non è dotata di qualificazione (OG6 e OG9), dovendo queste essere totalmente subappaltate, in quanto in tal caso l'impresa, non operando nella dichiarazione siffatta distinzione ma utilizzando indifferentemente l'indicazione “parte” per tutte e quattro le categorie di lavori, avrebbe reso una dichiarazione incompleta e tale da costituire anch'essa causa di esclusione;
- iii. – la Toto spa – che ha individuato ex art. 19, comma 1 ter, della legge n. 109, il “progettista” nella costituenda ATI Società SWS Engineering spa e Società Eco Consulting Ingegneria – doveva essere esclusa dalla gara, essendo stata omessa l'indicazione dei servizi di progettazione che sarebbero stati eseguiti da parte di ciascuna di queste associate;
- iv. – la fideiussione prodotta dalla Toto spa non contiene la espressa rinuncia a far valere le eccezioni di spettanza del garantito, sicchè, anche volendo riconoscere alla clausola con cui il garante si impegna al pagamento a semplice richiesta scritta l'effetto sostanziale di precludere l'opponibilità al beneficiario delle eccezioni altrimenti spettanti al debitore principale ai sensi dell'art. 1945 c.c., la fideiussione si presenta comunque incompleta e avrebbe dovuto

condurre all'esclusione della candidata, non potendo ricorrere l'amministrazione aggiudicatrice ad interpretazione di tipo sostanzialistico ma dovendo applicare alla lettera le regole di gara che, nel caso di specie, hanno previsto a pena di esclusione che nella fideiussione sia contenuta la dichiarazione da parte del fideiussore di rinuncia a far valere le eccezioni di spettanza del garantito.

Con l'appello in esame, l'istante originaria ha chiesto che il ricorso di primo grado di cui a RG n. 1449/06 sia accolta e l'Amministrazione appellata condannata al risarcimento dei danni per come quantificati nel ricorso introduttivo e sub IV dell'appello stesso, contestando il ragionamento sviluppato dal TAR con la articolazione argomentativa di seguito riportata:

I. – erroneità della decisione appellata nella parte in cui conclude per la carenza del requisito di ingiustizia del danno, avendo i primi giudici ritenuto di poter affermare (d'ufficio) l'illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente ed utilizzato le motivazioni proprie di una eccezione, senza che la stessa sia stata sollevata dall'unica parte resistente nel giudizio risarcitorio (la difesa statale), violando in tal modo gli artt. 112 e 115 c.p.c. nonché disapplicando atti amministrativi e ribaltando regole fondamentali del nostro ordinamento nell'intento di superare la c.d. pregiudiziale amministrativa;

II. – illegittimità dell'aggiudicazione all'ATI Condotte, sostanzialmente riproponendo le censure di primo grado;

III. – inescusabilità delle illegittimità denunciate, essendo state violate elementari regole in materia di evidenza pubblica e appalti di lavori, ed in quanto nella materia speciale in discorso (art. 246 D.Lvo n. 163/2006) dette illegittimità costituiscono presupposto esclusivo e sufficiente per ottenere la tutela risarcitoria;

IV. – quantificazione del danno commisurato alla mancata aggiudicazione della gara e secondo una corretta analisi del bene della vita, essendo stata la ricorrente pacificamente ammessa e risultata seconda classificata (in reiterazione delle richieste economiche di primo grado);

V. – contestazione dei profili adottati dal TAR per affermare l'esclusione della ricorrente (la locuzione "parte" è da riferire soltanto alle categorie OG4 e OG1 in cui la Toto spa ha la qualificazione, mentre il subappalto avrebbe riguardato tutti i lavori rientranti nella categorie OG6 e OG9 e, comunque, versandosi in tema di mera incompletezza ovvero di irregolarità formale della dichiarazione, atteso che è fin troppo noto che le lavorazioni scorporabili e rientranti in categorie a qualificazione obbligatorie possono essere realizzate solo da impresa in possesso della relativa qualificazione; nell'appalto integrato i progettisti non assumono la qualità di concorrenti e, quindi, la prescrizione di cui al punto 1° bis del disciplinare – ossia l'indicazione della parte dei servizi che ciascuna impresa in ATI avrebbe svolto – non è indirizzata ai soggetti individuati ai sensi del comma 1 ter dell'art. 19 legge n. 109 del 1994, ma soltanto al concorrente al pubblico incanto; la fideiussione presentata dalla Toto e rilasciata da Assitalia Assicurazioni d'Italia SpA per quanto priva sul piano letterale del riferimento alla rinuncia alla possibilità di opporre eccezioni ai sensi dell'art. 1945 c.c. è stata in concreto modulata alla stregua di un contratto autonomo di garanzia, essendosi il Garante impegnato a pagare il creditore entro 15 giorni dalla "semplice richiesta" scritta inviata con lettera raccomandata.

La controparte pubblica si è costituita anche nell'odierno grado, concludendo per il rigetto dell'appello con conferma della sentenza impugnata, come da memoria depositata il 24 ottobre 2008.

L'appellante ha replicato con la memoria versata il 21 novembre successivo.

All'udienza del 2 dicembre 2008, sulle conclusioni rassegnate dalle parti dopo l'ampia di-

scussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. – Nel presente giudizio, è controversa aggiudicazione di appalto integrato per la progettazione ed esecuzione dei lavori acquedottistici della galleria Pavoncelli bis – che è infrastruttura strategica ai sensi della legge obiettivo 21 dicembre 2001, n. 443 – ed, in particolare, l'ammissibilità di una domanda risarcitoria riferita a lesione di interessi legittimi quando sussista, come nel caso di specie, declaratoria di improcedibilità riferita alla domanda di annullamento dell'atto, cui dovrebbe ricondursi la lesione dell'interesse pretensivo fatto valere.

Tale questione non è nuova per questo Consiglio, che si è già pronunciato sui punti dibattuti tra le parti, con consolidata e persuasiva giurisprudenza dalla quale non vi è ragione per discostarsi ed a cui si rinvia, ai sensi dell'art. 9 della legge 21 luglio 2000, n. 205.

2. – Preliminarmente occorre esporre in estrema sintesi i fatti di causa.

La ricorrente originaria – che si è classificata seconda (punti 70,95) nell'incanto pubblico per la realizzazione dell'opera citata rispetto alla prima graduata ATI Condotte (punti 93) – ha lamentato in primo grado, con due distinti ricorsi, la mancata esclusione del Raggruppamento controinteressato (RG 7224/2006) e, di conseguenza, ha reclamato il risarcimento danni derivante dalla illegittima aggiudicazione dei detti lavori (RG 11449/2006): con le memorie depositate nel primo ricorso, la Toto spa dichiarava di avere esclusivo interesse alla tutela risarcitoria per equivalente alla luce dell'art. 246 del D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163, una volta stipulato il contratto d'appalto, non soggetto per legge a nullità o annullabilità, e, pertanto, rappresentava l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dell'azione annullatoria introdotta e del ricorso incidentale a sua volta promosso dal Raggruppamento Condotte avverso l'omessa esclusione della ricorrente Toto spa.

Con la impugnata sentenza il Tar adito, riuniti i due ricorsi, ha dichiarato improcedibili sia il ricorso principale che quello incidentale, con riguardo al ricordato art. 246, ritenendo in astratto ammissibile la separata domanda risarcitoria, ma nel concreto da respingere per l'assenza di danno ingiusto in relazione all'esclusione deliberata della Toto spa con riferimento ai motivi incidentali (dichiarati improcedibili): in breve, la ricorrente principale mai sarebbe potuta divenire legittima aggiudicataria dei lavori in discorso.

Come da esposizione in fatto, l'appellante Toto spa, con il gravame in trattazione, contesta il ragionamento sviluppato dai primi giudici, ripropone le censure in primo grado specie quelle relative all'esclusione della controinteressata ATI Condotte, confuta gli argomenti addotti dal TAR per la di lei esclusione prognostica ai fini risarcitori.

Ciò premesso, possono essere ora affrontate partitamente le questioni introdotte dalla società appellante avverso la sentenza impugnata, che va invece ritenuta esente dalle censure mosse e, dunque, l'appello deve essere respinto perché infondato.

3. – Con una prima argomentazione, che abbraccia i motivi di censura rubricati dalla I alla IV della esposizione in fatto, la Toto spa, nel lamentarsi per la dichiarata assenza di un danno ingiusto, sostiene che erroneamente i primi giudici avrebbero ritenuto illegittima e disapplicata o ritirata d'ufficio la sua ammissione a gara, utilizzando lo strumento proprio di una eccezione che nella specie non era stata sollevata dalla difesa statale (in RG 11449/2006), così sovvertendo gli automatismi propri dell'evidenza pubblica e regole processuali fondamentali nell'intento di superare la c.d. pregiudiziale amministrativa, ma con una analisi non corretta in termini di azione di danno dell'effettivo bene della vita propugnato.

Queste doglianze, alla luce delle loro interdipendenze, possono essere unitariamente scruti-

nate.

Le stesse non hanno pregio in quanto la società appellante trascura di considerare la concomitanza di azione annullatoria e risarcitoria, ancorché alla stregua di due separati ricorsi (riuniti): come giustamente osservato dalla difesa statale nella memoria di appello (pag. 24), al limite si può dubitare intorno alla esattezza della statuizione di improcedibilità del ricorso principale e connesso incidentale, non anche sul fondamento sostanziale di essa.

Infatti, se le impugnative in parola fossero state respinte anziché dichiarate improcedibili, il discorso sviluppato dalla società ricorrente non avrebbe ora senso. In ciò l'errore in cui incorre la società Toto: non è che una diversa tecnica o decisione di tipo processuale, anziché altra, sposta i termini della questione sostanziale e modifica le ragioni di indole patrimoniale collegate (c.d. spettanza "au fond" della pretesa).

Né la versatile tecnica difensiva di rinunciare alla coltivazione del ricorso di legittimità e di dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse, non solo per sé ma anche per la società controinteressata che pure ha incidentalmente impugnato l'ammissione a gara della propria controparte, è idonea ad inibire al giudice di conoscere in via principale dell'unitario episodio in contestazione: difatti, l'interesse risarcitorio permane in un contesto (riunito) nel quale la domanda di risarcimento dei danni è sostanzialmente contestuale a quella di legittimità, seppure questa ha poi preso la piega dell'improcedibilità.

Venendo così al nodo centrale della controversia, l'azione risarcitoria in esame, sia il passaggio della vicenda quello della inerenza alla giurisdizione amministrativa d'annullamento, oppure sia la via da seguire quella di una domanda risarcitoria indipendente dalla caducatoria, comunque non può prescindere dal considerare gli atti amministrativi controversi: in un caso, con riscontro diretto dell'atto censurato a mezzo dei vizi tipici denunziati; nell'altro, con esame indiretto dello stesso atto per il tramite dei comportamenti denunziati come illeciti.

In altre parole, la fattispecie di causa, attenga ad una ordinaria azione di risarcimento danni da (asserita) lesione di interessi legittimi o investa (secondo lo schema ipotizzato) una questione interpretativa connessa ad una situazione di c.d. pregiudizialità amministrativa, ad ogni modo essa non può essere sottratta al preliminare accertamento che la censurata attività della pubblica Amministrazione si configuri illegale (in termini di illegittimità o di illiceità): in sintesi, anche nel secondo caso l'atto amministrativo deve pur sempre risultare illegittimo in quanto manifestazione di attività antiggiuridica posta in violazione di norme di legge (Cons.St., IV, 11 dicembre 2007, n. 6346).

Questa valutazione dell'attività come antiggiuridica o meno si pone nell'ambito della fattispecie di illecito come "condizione" per il sorgere del risarcimento: ossia, l'evento è ingiusto quando risulti contrastare con la situazione giuridicamente tutelata, in base ad un ipotetico giudizio prognostico (virtuale) da condurre con riferimento alla normativa positiva di settore secondo i suoi effetti tipici (Cass., SS.UU., 28 dicembre 2007 n. 27169).

Tale processo virtuale è volto a stabilire se il contenuto del provvedimento sarebbe stato diverso qualora l'Amministrazione avesse agito legittimamente ovvero quale sarebbe stato il "corso delle cose" se il fatto antiggiuridico non si fosse prodotto, vale a dire se l'Amministrazione avesse agito correttamente (Cons. St., VI, 9 giugno 2008 n. 2751; Cass. SS.UU., 22 luglio 1999, n.500).

Sulla base delle suddette precisazioni è reso così evidente come l'evento precede il danno dal punto di vista logico giuridico e gli conferisce la propria colorazione di ingiustizia: cioè, il danno è la possibile "conseguenza" della causa evento, ma ove questa sia realmente sussistente.

Peraltro, il Collegio non può neppure mancare di considerare che una domanda risarcitoria proposta in sede giurisdizionale per lesione di interessi legittimi è ammissibile anche in caso di declatoria di improcedibilità riferita alla domanda di annullamento dell'atto cui dovrebbe ricondursi la dedotta lesione (Cons.St., VI[^], 18 marzo 2008, n. 1137): nella fattispecie, la declatoria di improcedibilità in nulla ha precluso l'avvenuta valutazione concreta da parte dei primi giudici dell'istanza risarcitoria con riguardo all'atto lesivo ritualmente impugnato in primo grado con il ricorso principale (l'aggiudicazione) ed in relazione all'utilità sostanziale perseguita (risarcimento).

Inoltre, in disparte da ogni considerazione sull'interesse dell'appellante a sollevare una siffatta censura quando la sua domanda risarcitoria è stata comunque esaminata nel merito, giova osservare che, in realtà, il ricorso incidentale è deputato a svolgere la funzione di paralizzare la possibilità di accoglimento del ricorso principale, introducendo una ragione ostativa all'accoglimento delle censure dedotte (Cons.St., V, 14 aprile 2008, n. 1609) e, quindi, lo strumento incidentale "*funziona*" come un'eccezione: secondo l'opinione prevalente, invero, il ricorso incidentale, pur essendo formalmente una autonoma azione di impugnazione, da un punto di vista sostanziale (per lo meno in primo grado) consiste in una eccezione in senso tecnico in quanto mira a paralizzare l'azione principale e a neutralizzare gli effetti derivanti da un eventuale accoglimento del ricorso principale, in questo caso con l'obiettivo appunto di "*ribaltare*" la pronuncia in modo favorevole ad esso ricorrente incidentale e così lasciare – che è il punto fondamentale controverso – immutato il medesimo assetto di interessi garantito dal provvedimento oggetto di impugnazione.

Pertanto il TAR, nell'esercizio dei poteri giurisdizionali, non ha affatto esorbitato dai propri limiti e, quindi, ritualmente ha potuto prendere in considerazione l'eccezione derivante dal ricorso incidentale, anche se dichiarato improcedibile.

Ciò in quanto, la finalità di concentrazione in un'unica sede del contenzioso ingeneratosi tra le stesse parti in ordine a provvedimenti aventi il medesimo oggetto e la sovrapposibilità nell'uno (giudizio annullatorio) come nell'altro caso (giudizio prognostico) del medesimo processo logico giuridico (accertamento dell'antigiuridicità dedotta), rende plausibile la tecnica utilizzata della declatoria di improcedibilità dei ricorsi e di rigetto della domanda risarcitoria, siccome funzionale alle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale ed ai più generali principi di giustizia sostanziale e di economia processuale.

Per concludere – ad avviso del Collegio – la scissione tra formale pronuncia sulla legittimità del provvedimento impugnato (improcedibilità anziché annullamento) e valutazione dell'istanza risarcitoria (collegata o indipendente che sia) non è idonea di per sé a pregiudicare la ragione sostanziale, se effettivamente sussistente, di un danno risarcibile secondo le regole proprie della responsabilità da fatto "illegale" di una Pubblica Amministrazione.

I mezzi di censura (dalla prima alla quarta) vanno perciò respinti in tutti i loro profili.

4. – Nella discussione orale, l'abile difesa della società appellante, a sostegno del ragionamento che l'avvenuta ammissione non poteva essere rimessa in discussione dal giudice di prime cure, ha richiamato gli articoli 1421 e 1441 del codice civile su nullità ed annullamento del contratto.

In sintesi, questo il senso della tesi: è obbligo del giudice attenersi al *petitum* e dichiarare la nullità e/o annullamento del negozio in relazione alla causa indicata dall'attore.

Sul punto viene agevole rispondere che:

a.- il giudice non è tenuto a dichiarare una invalidità, pur risultante dagli atti, ove tale pronuncia non sia rilevante per la decisione della controversia (Cass. Civ., I, 18 aprile 1970, n.

1127);

b.– il ricorso incidentale ha natura di eccezione riconvenzionale quando, come nella specie, la dedotta illegittimità dell'atto presupposto (ammissione a gara) è rivolta ad evitare il pregiudizio derivante dall'esercizio dell'azione giudiziale principale (impugnazione aggiudicazione), e perciò si pone l'esigenza di decidere simultaneamente e con un'unica sentenza tutte le controversie esistenti fra i soggetti in lite (Cons.St., IV, 13 dicembre 1999, n. 1853; C.G.A., 30 giugno 1995, n. 249);

c. – il risarcimento del danno in via generale non può essere riconosciuto se non vi sono gli estremi della antigiridicità ed esso non è, come è noto, una conseguenza automatica dell'annullamento giurisdizionale (Cons.St., V, 18 marzo 2002, n. 1562).

Ma, soprattutto, l'azione risarcitoria non è soggetta alla regola del principio dispositivo con metodo acquisitivo, bensì al principio dell'onere della prova (art. 2697 cc e 115 cpc) in quanto inerente a processo avente ad oggetto diritti (risarcitori): questo giudizio verte principalmente sull'esistenza delle "condizioni" (*e relative prove*) di danno ingiusto, rispetto alle quali può essere strumentale, ma non ragione sufficiente (nella specie) l'esclusione altrui.

Pertanto non basta la deduzione, in base al principio dispositivo con metodo acquisitivo, dell'illegittimità dell'atto, essendo necessaria, in base al principio dispositivo, la dimostrazione, come da artt. 2697 c.c. e 115 comma 1 c.p.c., degli elementi che consentano di concludere in senso favorevole il giudizio sulla spettanza del risarcimento, e, cioè, occorre innanzitutto la prova del danno ingiusto, nella sua esistenza (e nel suo ammontare), consistente nella verifica positiva degli specifici requisiti e, in particolare, nell'accertamento di una effettiva lesione alla propria posizione giuridica soggettiva tutelata ovvero la violazione della norma giuridica che attribuisce la protezione a tale interesse (Cons. St., VI, 30 settembre 2008, n. 4689; Cass. Civ., I, 15 novembre 2005, n. 23029; Cons. St., IV, 03 maggio 2005, n.2136; e 17 settembre 2004, n. 6056).

L'esame della correttezza dell'operato dei primi giudici deve concentrarsi, dunque, sulla situazione "in fatto" legittimativa del diritto vantato rispettivamente dalle parti principale e incidentale: sotto tale aspetto va per vero riconosciuto che il TAR si è semplicemente limitato ad esaminare i fatti introdotti ed a registrare le relative conseguenze ai fini risarcitori ed alla luce delle circostanze in appresso richiamate.

Nella fattispecie non è revocabile in dubbio che la controparte aveva fatto oggetto della propria tesi difensiva per l'appunto l'erronea ammissione della Toto Spa per le cause di esclusione opposte.

Pertanto il giudice di prime cure non ha violato il principio di disponibilità delle prove, come da art. 115 del codice di procedura civile, secondo cui devono essere poste a base della decisione unicamente le allegazioni delle parti, cioè le circostanze di fatto dedotte a fondamento della domanda o dell'eccezione e le prove offerte dalle parti medesime: nel vigente ordinamento processuale opera il principio dell'acquisizione delle prove, in forza del quale il giudice è libero di formare il suo convincimento sulla base di tutte le risultanze istruttorie, quale che sia la parte ad iniziativa della quale sia avvenuto il loro ingresso nello stesso giudizio (Cass. Civ., III, 10 ottobre 2008 n. 25028) o in altro tra le stesse parti (Cass. Civ., SS.UU., 8 aprile 2008 n. 9040).

È vero che, tanto con il ricorso principale quanto con quello incidentale, si tendeva ad ottenere una reciproca esclusione e, quindi, sulla base processuale di una parità logica tra parti contrapposte: tuttavia, correttamente il TAR ha stabilito di dichiarare improcedibili l'uno e l'altro, ma nella sostanza effettivamente pronunciandosi, per economia processuale, sul ricorso inci-

dentale tramite la domanda risarcitoria.

Difatti, per stessa ammissione di parte ricorrente originaria, nella fattispecie, per lo speciale divieto di legge rammentato, non v'era possibilità di eventuale rinnovazione della procedura di gara e v'era preclusione legale a poter vedere annullato il contratto nascente dall'aggiudicazione disposta nei confronti dell'altro concorrente, conchè l'impugnativa principale non poteva in ogni caso produrre il risultato di un effetto rispristinatorio, se non per equivalente risarcitorio.

Recita, invero, l'art. 246, comma quarto, del d.lvo 12 aprile 2006, n.163 che "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".

La tesi sostenuta dall'appellante non regge neppure alla controprova: invero, ove questo giudice di appello dovesse esaminare nel merito entrambe le ragioni di esclusione, dando anche priorità alle censure dedotte dalla società appellante, in ogni modo costei non trarrebbe vantaggio alcuno, non tanto per la preclusione di legge, ma quanto per la circostanza che – pur in ipotesi di accoglimento delle prospettazioni e, quindi, di annullamento prognostico dell'aggiudicazione (limitato agli effetti risarcitori) nei confronti di Condotte – ciò non potrebbe mai precludere o escludere, ai fini dell'interesse risarcitorio perseguito, il doveroso esame preliminare del presupposto necessario per configurare un danno risarcibile in capo all'appellante stessa (l'antigiuridicità): vale a dire, contrariamente a quanto dedotto, che non è "*mecanicisticamente*" configurabile un'automatica sostituzione nell'aggiudicazione, in assenza di accertamento circa il regolare adempimento a quanto prescritto dal bando di gara (nella specie relativamente all'ammissione oggetto di contestazione incidentale).

Su tale punto appare utile ricordare che la Toto spa è seconda graduata nella gara in questione: da questa circostanza discende che, a prescindere dal vincolo limitativo dell'opera strategica, anche in via ordinaria la sua pretesa alla stipula del contratto di cui trattasi si sarebbe fondata su un atto discrezionale dell'Amministrazione che, anziché seguire la via principale della ripetizione della gara, avrebbe potuto eventualmente ricorrere all'utilizzo della graduatoria predisposta in sede di gara.

Ragionando in relazione a quest'ultimo spaccato, va allora rilevato che:

I.- nel caso in cui sia stato pronunciato l'annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione in un procedimento di pubblico appalto, per effetto della illegittima ammissione alla gara del soggetto primo classificato, "non è immediatamente operabile lo scorrimento della graduatoria con l'aggiudicazione dell'appalto al secondo classificato"(Cons. St., VI, 14 gennaio 2000, n. 244);

II.- "il potere di esclusione dalla procedura di gara per mancanza di uno dei requisiti o condizioni necessari per la partecipazione non può dirsi esaurito con la fase tipica dell'ammissione delle offerte", perdurando esso per lo meno fino a quando la gara non sia conclusa (nell'ipotizzato affidamento diretto a Toto spa), il che avviene solo con l'aggiudicazione definitiva e con la stipula del conseguente contratto (Cons. St., IV, 31 maggio 2007, n. 2836);

III.- la facoltà dell'Amministrazione di richiedere ai concorrenti nel procedimento di gara per l'aggiudicazione di un pubblico appalto il completamento della documentazione concernente il possesso dei requisiti d'ammissione alla gara stessa e fornire gli eventuali chiarimenti integrativi, "non incontra limiti temporali tassativi o preclusioni, essendone rimesso l'esercizio alla discrezionale valutazione dell'Amministrazione nei limiti della par condicio dei concorrenti e nel presupposto della effettività del possesso del requisito concorsuale" (Cons.St., VI, 18 maggio 2001, n. 2781).

Ne deriva a corollario che:

A.- la pretesa azionata non è configurabile come fondata su gli “*automatismi*” propri del diritto soggettivo ma solo su posizioni di interesse legittimo al corretto uso di tali poteri, perché, nel caso in esame (di preteso subentro nell’aggiudicazione), comunque ci si troverebbe in una fase anteriore alla stipula del contratto ed alla sua esecuzione, fase regolata da principi di diritto pubblico ed in cui l’interesse generale sotteso alla disciplina dei contratti degli Enti Pubblici, ed i relativi poteri riconosciuti agli Enti stessi comprendono proprio quello di non procedere alla stipula ove sussistano interessi pubblici pregiudicati (Cons.St., V, 10 maggio 2005, n. 2344);

B.- l’appellante non può pertanto oggi far valere una aspettativa diretta (in via virtuale) a stipulare ed eseguire quel contratto (la cui formazione sarebbe discrezionale) mirando, in definitiva, ad ottenere una sentenza sostitutiva in luogo del contratto con un meccanismo che riprodurrebbe nel settore dei contratti della Pubblica Amministrazione l’esecuzione dell’obbligo a contrarre disciplinata nei rapporti paritetici dall’art. 2932 del codice civile.

Da ciò consegue, con riguardo alla fattispecie di causa, la esclusione di un obbligo automatico a contrarre così come previsto nel diritto privato quale strumento di forzata conclusione della gara e la possibilità per la stazione appaltante di non dare luogo ad aggiudicazione ed anche di revocare per ragioni di pubblico interesse meritevole di tutela l’aggiudicazione stessa.

Ciò dimostra, con argomento in contrario:

- i.- l’esattezza processuale della pronuncia di improcedibilità adottata dai primi giudici;
- ii.- la rilevanza processuale del “fatto” incidentale di controparte ai fini di potersi configurare l’attività della pubblica Amministrazione come illecita;
- iii.- il nodo centrale della questione controversa rappresentato dall’esistenza effettiva del requisito di partecipazione oggetto di odierna verifica virtuale;
- iv.- la circostanza che il giudice del risarcimento, se non può essere condizionato, certamente non può neanche essere “*amputato*” nella valutazione prognostica dei fatti introdotti in giudizio dalle parti.

Deve quindi essere esaminata la questione sostanziale riproposta in appello, che è il vero argomento dominante in una domanda risarcitoria.

5. – La quinta critica tende ad infirmare la pronuncia impugnata nei suoi tre rilievi adottati dal TAR per affermare la irregolarità dell’ammissione e, perciò, ai fini risarcitori, la inevitabile esclusione della ricorrente principale: il subappalto dichiarato in “parte” per tutte le categorie a qualificazione obbligatoria OG4-OG1-OG6 e OG9 (la Toto spa non ha qualificazione in OG6 e OG9); la necessità di indicare le parti di progettazione che avrebbero svolto le società professionali associande nell’ATI individuata come progettista; la carenza della fideiussione per l’aspetto delle garanzie dichiarate.

In ordine alle predette lacune riscontrate nella partecipazione a gara della società appellante, giustamente i primi giudici hanno rilevato che in sede di aggiudicazione di contratti con la pubblica amministrazione, la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo incondizionato le clausole inserite nella “*lex specialis*” relative ai requisiti di partecipazione ovvero alle cause di esclusione, atteso che il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l’imparzialità dell’azione amministrativa e la parità di condizioni tra i ricorrenti (Cons.St., IV, 5 settembre 2007, n. 4644).

Né, come ventilato in appello dalla ricorrente originaria, le cennate carenze nelle dovute dichiarazioni possono essere ritenute “*mere incompletezze*” ovvero “*irregolarità formali*” in

quanto esse attengono ai contenuti sostanziali della domanda di partecipazione a gara (e connessa offerta) sotto gli aspetti necessari della ineludibile qualificazione in capo ai soggetti partecipanti e delle prescritte garanzie reali in favore dell'Amministrazione appaltante, rilevanti allo scopo di determinare con esattezza gli elementi essenziali del contratto d'appalto. Viene così in rilievo il punto 3, lett. I, del disciplinare di gara il quale prevede che nella busta A della documentazione amministrativa, da presentare a corredo dell'offerta, la concorrente deve indicare "quali delle lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente ovvero appartenenti alle categorie diverse dalla prevalente intende subappaltare".

La Società appellante ha adempiuto a tale onere dichiarando di voler "subappaltare ... parte dei lavori rientranti nelle seguenti categorie: OG4; OG1; OG6; OG9".

Orbene, poiché da ciò si desume inequivocabilmente l'intenzione della TOTO s.p.a. di eseguire direttamente una porzione – quella non subappaltata – non solo delle lavorazioni ricomprese nelle categorie OG4 e OG1, ma anche di quelle afferenti alle categorie, per le quali la stessa risulta sprovvista delle obbligatorie qualificazioni (OG6 e OG9), si deve concludere che tanto avrebbe dovuto costituire causa di esclusione della Società dalla gara.

Avendo il TAR giustamente ritenuto in tal senso, l'appellante ne contesta la decisione proponendo una propria interpretazione della sopra riportata dichiarazione: a suo dire, il sostantivo "parte" andrebbe riferito alle sole categorie OG1 e OG4, mentre le lavorazioni rientranti nelle categorie OG6 e OG9 dovrebbero intendersi come interamente da subappaltare.

Ad una simile conclusione si dovrebbe pervenire, in un'ottica di "favor participationis", considerando che è "fin troppo noto che le lavorazioni scorporabili e rientranti in categorie a qualificazione obbligatoria possano essere realizzate solo da impresa in possesso della relativa qualificazione": ma proprio perché così noto, la società appellante avrebbe dovuto esplicitare chiaramente la propria volontà, e non certo puntare a postume interpretazioni correttive, per di più sulla base di mere presunzioni.

È infatti pacifico che "le dichiarazioni di subappalto debbono comunque specificare a quali lavori si riferiscano, anche all'interno della singola categoria, come si ricava dall'art. 18 co. 3 n.1) della legge 55/90, nel testo sostituito dall'art. 34 l. 109/94 e da ultimo modificato dall'art. 231 D.P.R. 554/99, norma che – espressamente prevedendo la possibilità che il subappalto riguardi opere rientranti all'interno di un'unica categoria – richiede pur sempre che la dichiarazione indichi i lavori o le "parti di opere" che si intendono subappaltare (e, del resto, si pensi ad un'impresa munita di qualificazione per una data categoria, ma in classifica insufficiente a coprire l'intero importo delle relative opere): è evidente che, in questo caso, la dichiarazione di subappalto dovrà individuare con precisione a quali lavori si riferisca, anche all'interno di quella stessa categoria, onde consentire di verificare se la qualificazione posseduta autorizzi l'impresa ad eseguire le lavorazioni rimanenti, escluse dal subappalto; a maggior ragione, nel caso di impresa del tutto sprovvista di qualificazione, la dichiarazione dovrà riferirsi inequivocabilmente a tutte le opere appartenenti alla categoria" (cfr. Cons. Stato, V, 1 dicembre 2006, n. 7090).

Secondo le previste condizioni di capitolato l'appellante Toto spa non poteva sfuggire al dilemma: o partecipare alla gara in associazione o indicare con esattezza le categorie da subappaltare, e non equivocamente in modo indistinto e "a mucchio", con il risultato di lasciarsi le mani libere in fase di esecuzione.

Or dunque - avuto riguardo all'art.12 delle preleggi e a ben vedere - l'interpretazione della dichiarazione che viene propugnata non è, ai fini della ricerca dell'intenzione del partecipante, il senso fatto palese dal significato proprio delle parole in base alle espressioni utilizzate, do-

vendosi intendere per “senso letterale delle parole” tutta la formulazione negoziale, e non già in una parte soltanto (Cass.Civ. II, 28 agosto 2007, n. 18180) con la conseguenza che TOTO Spa, che dovrebbe eseguire le restanti parti della OG6 ed OG9, viene ad essere sprovista delle necessarie qualificazioni: bensì, in applicazione di altro innominato criterio interpretativo fondato su “interna corporis”, si dovrebbe emendare un difetto contenuto in tale dichiarazione che va sostituito in senso additivo da un significato attribuito dall’interprete alla parola “parte” (non del tutto in elencazione, ma limitatamente alla OG6 ed OG9).

Viene quindi agevole domandarsi: e perché non anche la OG1, e così via.

Ciò dimostra come nello specifico – in effetti – non si discute di una ricognizione del contenuto della dichiarazione, ma piuttosto di una sua integrazione secondo un criterio “riparatorio” la cui variante di senso può essere aperta alle più diverse opzioni.

La prospettazione dell’appellante non può quindi essere seguita.

Altrettanto deve concludersi quanto alle altre cause di esclusione contestate, a fronte delle tassative indicazioni disposte dal bando a pena di esclusione.

Il punto 10 bis, nel caso di costituendi associazioni o consorzi (il riferimento è al RTI SWS Engineering Spa ed Eco Consulting Ingegneria s.r.l. individuato come progettista) prevede dichiarazione “di individuazione delle parti dell’opera o dei servizi di progettazione, secondo le categorie del bando di gara, che verranno eseguite da ciascuna associata o consorziata ovvero professionista individuato”: la tesi che nell’appalto integrato i progettisti non assumono la qualità di concorrenti non è concludente, e va quindi disattesa, in relazione a tale espressa previsione di bando e con riguardo all’ineludibile esigenza che anche per i raggruppamenti professionali occorre conoscere anticipatamente “*chi fa cosa*” in relazione ai differenti contenuti prestazionali che possono essere vantati da ciascun associato in base alle diverse specializzazioni, competenze e specifiche esperienze professionali maturate.

Relativamente alla progettazione (anche integrata) dei lavori pubblici, il Regolamento di attuazione (DPR 21 dicembre 1999 n. 554) della legge quadro in materia di lavori pubblici (11 febbraio 1994 n. 109 e s.m.i.) offre al soggetto appaltante un ampio margine di scelta (cfr. art.50 e ss) in base a parametri vari (difficoltà, particolare complessità, particolare rilevanza) ed ai progettisti un ventaglio di forme organizzative (studio interno, società di ingegneria, società professionali), non esclusi i raggruppamenti temporanei tra professionisti: orbene, una volta scelto il modello utilizzato per partecipare alla gara (nella specie, ATI) non si vede perché mai non dovrebbero essere applicate le corrispondenze proprie del tipo prescelto in relazione alle comuni esigenze logico-operative proprie dell’istituto giuridico del Raggruppamento (Cons.St., VI, 11 maggio 2007 n. 2310): né si può sostenere che le attività professionali devono essere ripartite tra tutti gli associati in linea meramente quantitativa perché anche il Regolamento considera le singole specifiche competenze e responsabilità.

Le affermazioni al riguardo sviluppate dall’appellante non hanno perciò pregio.

A sua volta, il punto 7, a proposito delle cauzioni richieste, dispone che “la fideiussione o la polizza devono contenere, a pena d’esclusione dalla gara, la dichiarazione da parte del fideiussore o dell’intermediario finanziario di rinuncia espressa al beneficio della previa escussione del garantito nonché la rinuncia a far valere le eccezioni di spettanza di quest’ultimo”: come si vede, le due dichiarazioni non sono per nulla equivalenti e/o fungibili.

La tesi della ricorrente TOTO spa, secondo cui il garante si era impegnato a pagare su “semplice richiesta”, è destinata a recedere di fronte alla constatazione che il bando richiede non un affidamento soltanto, ma anche l’espressa rinuncia a far valere le eccezioni di spettanza del garantito e, quindi, l’una e l’altra dichiarazione funzionali a distinte certezze contrattuali:

è noto l'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di contratto autonomo di garanzia (Cass.Civ., III, 24 aprile 2008 n. 10652; Cons. St., V, 8 luglio 2002 n. 3792), ma qui si sta discutendo di formazione del rapporto di base che deve essere assistito da una garanzia piena ed incondizionata che la sola "a semplice richiesta" non assicura.

Anche quest'ultima doglianza è dunque da disattendere.

6. – Conclusivamente – e in sintesi – quel che rileva ai fini risarcitori, non è l'essere del procedimento, bensì il suo dover essere secondo legge.

Inoltre, a sorreggere la virtuale esclusione in discorso, è sufficiente una soltanto delle cause sopra esaminate, e questa di essere da sola capace a sostenere l'insussistenza di una lesione da risarcire per effetto della illegittima ammissione.

Per le esposte considerazioni il ricorso deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza gravata.

Le spese di lite relative all'odierno grado possono essere compensate tra le parti, sussistendone giusti motivi, in ragione della novità e complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione IV), respinge il ricorso d'appello indicato in epigrafe e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

L'Ufficio del Commissario Delegato ex art. 5, legge n. 225 del 1992

Natura giuridica ed ambito dei poteri straordinari riguardo la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara

*(Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Roma, Sez. I, sentenza
18 febbraio 2009 n. 1656)*

Il T.A.R. del Lazio, con la pronuncia in esame, delinea i presupposti al ricorrere dei quali la pubblica amministrazione può procedere alla scelta del proprio contraente attraverso una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, puntualizzando che la procedura negoziata ex art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, riveste un carattere eccezionale anche in ipotesi in cui l'amministrazione procedente sia un Ufficio commissariale, istituito ai sensi dell'art. 5, l. n. 225/1992. La pronuncia in commento consente di far il punto in ordine alla natura giuridica dell'Ufficio del Commissario delegato, procedendo ad un'indagine ricognitiva del complesso sistema della protezione civile, che permetterà di chiarire - in generale e, con specifico riferimento alla materia degli appalti pubblici - l'ambito e la valenza dei poteri straordinari e derogatori di cui all'art. 5, l. n. 225/1992, conferiti - con ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri - alla Struttura commissariale.

I fatti

In ragione dello stato di emergenza determinatosi nel settore del traffico e della mobilità nel territorio della Città di Napoli, già dichiarato con d.P.C.M. del 8 settembre 2006, con ordinanza n. 3566 del 5 marzo 2007, il Presidente del Consiglio dei Ministri nominava - fino al 31 dicembre 2008 - il Sindaco di Napoli quale commissario delegato per l'attuazione degli interventi volti a fronteggiare la dichiarata emergenza, conferendogli poteri straordinari anche in deroga alle disposizioni di legge ivi, puntualmente, indicati. Con decreto del 9 febbraio 2008, il Dirigente Generale del Comune di Napoli, già nominato Soggetto Attuatore dal Commissario delegato, in virtù dell'art. 2, O.P.C.M. n. 3566/2007, affidava alla Napolipark S.r.l. (società *in house* del Comune di Napoli) il compito di procedere alla sperimentazione, implementazione e consegna al Comune di Napoli di un sistema integrato I.T.S. (*Intelligent Transportation System*) per il controllo e la regolamentazione del traffico urbano. La Società *in house* manifestava all'Ufficio commissariale la necessità di appaltare l'esecuzione del servizio ad un'impresa privata. Così che con de-

creto n. 19 del 10 aprile 2008, il Commissario delegato affidava al Soggetto Attuatore il compito di procedere direttamente, previa indagine esplorativa di mercato, all'affidamento della progettazione e realizzazione del sistema integrato I.T.S. mediante procedura ristretta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e/o negoziata. Il Soggetto Attuatore indicava, di seguito, la procedura negoziata di affidamento senza alcuna indagine esplorativa, approvando, di conseguenza, gli atti preordinati alla selezione. Con nota del 7 agosto 2008, la Kapsch Trafficom S.r.l. e la Kapsch-Busi S.p.A., chiedevano di essere invitate alla trattativa privata. La Struttura commissariale respingeva l'istanza in ragione dell'avvenuta preselezione dei soggetti da invitare e per aver già svolto una preventiva indagine di mercato.

Insorgevano la Kapsch Trafficom S.r.l. e la Kapsch-Busi S.p.A. impugnando innanzi al T.A.R. Lazio gli atti inerenti la scelta dell'Amministrazione di procedere all'individuazione del soggetto privato appaltatore attraverso la procedura negoziata di cui all'art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, denunciando plurime violazioni di legge.

Ravvisati i presupposti per accordare la richiesta tutela cautelare, con ordinanza n. 5997, pronunciata nella camera di consiglio del 17 dicembre 2008, l'adito T.A.R. accoglieva l'istanza cautelare, sospendendo, per l'effetto, l'esecuzione degli atti gravati preordinati alla selezione negoziale.

All'esito del giudizio, con la pronuncia in esame, il Tribunale accoglieva il ricorso ravvisando, fra l'altro, la carenza dei presupposti legittimanti l'indizione della procedura negoziale, avendo cura di chiarire, altresì, che i presupposti giustificanti la procedura negoziata non corrispondono, in modo automatico, ai presupposti inerenti la dichiarazione dello stato di emergenza. Invero, nell'esercizio dei suoi poteri straordinari e derogatori di cui all'art. 5, l. n. 255/92, l'Ufficio del Commissario delegato deve esternare una congrua motivazione indicando puntualmente le norme cui ha inteso derogare e le ragioni della medesima deroga, non essendo sufficiente un mero richiamo *per relationem* alle OO.PP.CC.MM..

Il quadro normativo-sistematico e la natura giuridica dell'Ufficio del Commissario Delegato

Il nostro ordinamento ha riconosciuto, progressivamente, un vero e proprio "diritto pubblico dell'emergenza" finalizzato a fronteggiare, con speciali modalità di azione e con apparati organizzativi diversi da quelli ordinari, eventi eccezionali che non possono essere gestiti efficacemente con i normali strumenti operativi (1).

(1) Si veda, in dottrina, SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da fattori interni all'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 4, 2005, 763 ss.; FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra*

In materia emergenziale, il testo normativo fondamentale è la l. 24 febbraio 1992, n. 225 (che istituisce il Servizio nazionale della protezione civile), in forza della quale le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi della medesima legge “*legittimano lo Stato ad adottare - onde fronteggiarle efficacemente - specifiche ordinanze di necessità ed urgenza per ovviare a situazioni di emergenza*”. Tali ordinanze “*sono espressive di un principio fondamentale della materia della protezione civile, che assume una valenza particolarmente pregnante quando sussistano ragioni di urgenza che giustifichino un intervento unitario da parte dello Stato*”(2).

Il legislatore statale ha così rinunciato ad un modello centralizzato per un’organizzazione diffusa a carattere policentrico (3).

In particolare, le competenze amministrative inerenti il Servizio nazionale di protezione civile sono state così ripartite tra i diversi livelli istituzionali di governo in relazione alle tipologie di eventi cui far fronte:

- eventi da fronteggiare mediante interventi attuabili dagli enti e dalle amministrazioni competenti in via ordinaria (art. 2, comma 1, lett. a);
- eventi che impongono l’intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria (art. 2, comma 1, lett. b);
- calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità o estensione, richiedono mezzi e poteri straordinari (art. 2, comma 1, lett. c).

In particolare, sulla base di quanto previsto dall’art. 5, l. n. 225 del 1992, lo Stato ha una specifica competenza a disciplinare gli eventi di natura straordinaria di cui all’art. 2, comma 1, lett. c) *cit.*. Infatti, l’art. 5, l. n. 225/92, prevede un particolare procedimento, articolato in due fasi, che consente all’Autorità statale di adottare i necessari provvedimenti per fronteggiare le situazioni di emergenza (4).

autorità e garanzie, Bologna, 2008. Per un’ampia disamina del complesso sistema del Servizio di protezione civile, anche con riferimento alle esperienze normative antecedenti alla l. n. 225/1992, si vedano, in dottrina, CRISCI, *Protezione civile e zone terremotate delle regioni Basilicata e Campania*, ESI, 1982; DI PASSIO, *La protezione civile. Funzione, organizzazione*, Maggioli, 1987; PEPE, *Protezione civile e pianificazione del territorio*, Cedam, 2006; ID., *Il diritto alla protezione civile*, Giuffrè, 1996; GIAMPAOLINO, *Il servizio nazionale di protezione civile. Commento alla Legge n. 225 del 24 febbraio 1992*, Giuffrè, 1993; SEVERI, *Le ordinanze della Legge n. 225/92 sulla protezione civile*, Giuffrè, 1996; SEVERI-MALO, *Il servizio nazionale di protezione civile: Legge 24 febbraio 1992, n. 225 e norme collegate*, Giappichelli, 1995. Tra i più recenti contributi in materia, si vedano MARZOULI, *Il Diritto amministrativo dell’emergenza: fonti e poteri*, Relazione al Convegno “*Il diritto amministrativo dell’emergenza*”, organizzato dall’Associazione italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, 6-7 ottobre 2005, Università degli Studi Roma Tre; FRANCHINI, *La figura del Commissario straordinario prevista dall’art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in www.igi.it.

(2) Così, Corte cost., 16 luglio 2008, n. 277, in www.cortecostituzionale.it.

(3) Così, testualmente, Corte Cost., sent. 28 marzo 2006, n. 129, e sent. 30 ottobre 2003, n. 327, entrambe in www.cortecostituzionale.it.

(4) L’art. 5 (stato di emergenza e potere di ordinanza), l. 225/92, dispone testualmente che:
 “1. Al verificarsi degli eventi di cui all’articolo 2, comma 1, lettera c), il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero, per sua delega ai sensi dell’articolo 1, comma

In una prima fase, al verificarsi di “*calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari*” (così l’art. 2, comma 1, lett. c), l. n. 225/92) il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega, del Ministro per il coordinamento della protezione civile, delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi. Lo stato di emergenza può poi essere revocato, con le medesime modalità con cui è stato dichiarato, qualora ne vengano meno i presupposti (art. 5, comma 1, l. n. 225/92).

In una seconda fase, sono emanate ordinanze finalizzate all’attuazione degli interventi di emergenza. Dette ordinanze, per espressa previsione legislativa, possono essere adottate “*in deroga ad ogni disposizione vigente*”, purché esse rispettino i principi generali dell’ordinamento giuridico (art. 5, comma 2, l. cit.).

In tale contesto, il Presidente del Consiglio dei Ministri o, per sua delega, il Ministro per il coordinamento della protezione civile, possono anche emanare ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose, e ciò in coerenza con lo spirito generale della legge n. 225, che non è solo quello di porre rimedio ai danni già prodotti, ma anche di prevenirli, assumendo come carattere prioritario la tutela dell’integrità della vita e dei beni, indipendentemente dalle cause e dalle responsabilità che hanno prodotto la situazione di danno o di pericolo (5). In quest’ultima ipotesi non è consentita la deroga al regime normativo ordinario, se non con riguardo alla

2, del Ministro per il coordinamento della protezione civile, delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi. Con le medesime modalità si procede alla eventuale revoca dello stato di emergenza al venir meno dei relativi presupposti.

2. Per l’attuazione degli interventi di emergenza conseguenti alla dichiarazione di cui al comma 1, si provvede, nel quadro di quanto previsto dagli articoli 12, 13, 14, 15 e 16, anche a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico.

3. Il Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero, per sua delega ai sensi dell’articolo 1, comma 2, il Ministro per il coordinamento della protezione civile, può emanare altresì ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose. Le predette ordinanze sono comunicate al Presidente del Consiglio dei ministri, qualora non siano di diretta sua emanazione.

4. Il Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega ai sensi dell’articolo 1, comma 2, il Ministro per il coordinamento della protezione civile, per l’attuazione degli interventi di cui ai commi 2 e 3 del presente articolo, può avvalersi di commissari delegati. Il relativo provvedimento di delega deve indicare il contenuto della delega dell’incarico, i tempi e le modalità del suo esercizio.

5. Le ordinanze emanate in deroga alle leggi vigenti devono contenere l’indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere motivate.

6. Le ordinanze emanate ai sensi del presente articolo sono pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, nonché trasmesse ai sindaci interessati affinché vengano pubblicate ai sensi dell’articolo 47, comma 1, della legge 8 giugno 1990, n. 142”.

(5) In tal senso, SALVIA, *Il diritto amministrativo e l’emergenza derivante da fattori interni all’amministrazione*, cit., 763 ss..

competenza che rimane di regola incardinata in modo derogatorio negli organi straordinari investiti di poteri (art. 5, comma 3, l. *cit.*).

L'esercizio di tali poteri - come specificato dalla normativa successivamente intervenuta - deve avvenire d'intesa con le Regioni interessate, sulla base di quanto disposto dall'art. 107, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (*Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*), nonché dall'art. 5, comma 4-bis, d.l. 7 settembre 2001, n. 343 (*Disposizioni urgenti per assicurare il coordinamento operativo delle strutture preposte alle attività di protezione civile e per migliorare le strutture logistiche nel settore della difesa civile*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, l. 9 novembre 2001, n. 401. Tuttavia, l'art. 107, comma 1, lettere b) e c), d.lgs. n. 112 del 1998 ha chiarito che tali funzioni hanno rilievo nazionale, data la sussistenza di esigenze di unitarietà, coordinamento e direzione, escludendo che la legislazione regionale possa attribuire poteri straordinari e derogatori della legislazione vigente. Infatti, le norme di cui agli artt. 5, l. n. 225/1992 e 107, d.lgs. n. 112/1998 sono “*espressive di un principio fondamentale della materia della protezione civile, sicché deve ritenersi che esse delimitino il potere normativo regionale, anche sotto il nuovo regime di competenze legislative delineato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione)*”(6).

La materia della protezione civile rientra appunto nell'ambito della potestà legislativa concorrente *ex art.* 117, comma 3, Cost., sicché la l. n. 225/1992 e il d.lgs. n. 112/1998 appaiono espressivi di principi fondamentali - cui la Regione è tenuta a prestare ossequio - ove ricorrano peculiari ragioni di urgenza che giustificano un intervento unitario da parte dello Stato. Lo Stato rinviene, altresì, un ulteriore titolo a legiferare in ragione della propria competenza legislativa in materia di “tutela dell'ambiente”, nel cui ambito si colloca il settore relativo alla gestione dei rifiuti, frequentemente alla base della istituzione di Uffici commissariali nelle regioni meridionali (7).

Ad ogni modo, il potere di intervento dell'Autorità statale può anche concretizzarsi nella nomina di Commissari Delegati (art. 5, comma 4, l. *cit.*) - il cui provvedimento di nomina deve indicare il contenuto della delega, i tempi e le modalità del suo esercizio - i quali, nel quadro di quanto previsto agli artt. 12, 13, 14 e 15 della legge medesima, concentrano nel loro ufficio le competenze di regioni, province, prefetti e comuni, ed operano a mezzo di ordinanze,

(6) Si veda, Corte cost., sentt. n. 82/2006 e n. 327/2003, in www.cortecostituzionale.it.

(7) Cfr., Corte cost., sentenze nn. 161 e 62 del 2005; nn. 312 e 96 del 2003, in www.cortecostituzionale.it. Anteriormente alla l. n. 225/1992 un importante caso di amministrazione straordinaria (emergenziale) era quello previsto dall'art. 5, l. 8 dicembre 1970, n. 996, che già consentiva al Presidente del Consiglio dei Ministri di affidare ad un Commissario Governativo la direzione ed il coordinamento di tutti i servizi di soccorso nelle zone colpite da calamità naturali o catastrofi.

che possono essere emanate in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico (8). Infatti, in base alla disciplina di cui alla l. n. 225/92 tutte le ordinanze commissariali emanate una volta dichiarato lo stato di emergenza possono derogare alle leggi vigenti, salvi i principi generali dell'ordinamento, ed è l'organo delegante (ovvero la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Protezione Civile) che trasmette al delegato (l'Ufficio commissariale) i propri poteri, cosicché anche tale potere di deroga alle leggi vigenti può essere oggetto della delega (9).

Inoltre, come già chiarito dalla giurisprudenza (10), il rischio della compressione dei principi costituzionali in materia di decentramento e autonomie locali è - per un verso - giustificato dal fatto che lo stato di emergenza è deliberato in presenza di eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari, superando pertanto le stesse possibilità logistiche e finanziarie degli enti locali e - per altro verso - attenuato dal limite temporale e funzionale dei poteri commissariali (come risulta dall'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 5, l. n. 225/1992). Invero, la salvaguardia delle attribuzioni legislative regionali viene garantita attraverso la configurazione di un potere di ordinanza, eccezionalmente autorizzato dal legislatore statale, ben definito nel contenuto, nei tempi e nelle modalità di esercizio (11). La l. n. 225 del 1992 circoscrive, infatti, il potere dell'Autorità statale in modo tale da non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali, attraverso il riconoscimento della sussistenza di un nesso di adeguatezza e proporzione tra le misure adottate e la qualità e natura degli eventi, con la previsione di adeguate forme di leale collaborazione e di concentrazione nella fase di attuazione e organizzazione delle attività di protezione civile (art. 5, comma 4-*bis*, d.l. 343/2001), nonché la fissazione di precisi limiti, di tempo e di contenuto, all'attività del Commissario delegato (12).

(8) Cfr., Corte Cost., 14 luglio 2006, n. 284, in www.cortecostituzionale.it.

(9) Così, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 16 maggio 2005, n. 981, in www.giustizia-amministrativa.it.

(10) In tal senso, Cons. St., sez. V, 19 aprile 2000, n. 2361, in www.giustizia-amministrativa.it.

(11) Cfr., Corte Cost., sent. n. 127 del 1995 e n. 418 del 1992, in www.cortecostituzionale.it; in ordine al rapporto ravvisabile tra potere di deroga al quadro normativo primario per effetto dell'adozione di ordinanze di protezione civile ex art. 5, l. n. 225/1992 ed i provvedimenti commissariali attuativi, si veda T.A.R. Lazio, sez. I, 19 maggio 2008, n. 4467, in www.giustizia-amministrativa.it.

(12) Sulla base di tali premesse, parte della dottrina si è posta in maniera critica in ordine alle soventi proroghe delle gestioni commissariali, sottolineando che si è fatto un uso distorto dello strumento commissariale, in quanto vi si è fatto ricorso in caso non tanto di effettiva esigenza, quanto di pericolo derivante da un cattivo esercizio del potere amministrativo, realizzando un intreccio tra regime straordinario e ordinario; cfr., con riferimento all'emergenza ambientale calabrese, LEMETRE, *La "stabile temporaneità" dei regimi commissariali: un ossimoro lesivo delle competenze regionali? Note minime a corte costituzionale 16 luglio 2008, n. 277*, in www.giustamm.it; nello stesso senso, FRANCHINI, *La figura del commissario straordinario prevista dall'art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in www.igi.it; in giurisprudenza, si vedano Cons. St., sez. V, 13 dicembre 2002, n. 6280 e n. 6809, in *Giorn. dir. amm.*, 2003,

In presenza di eventi che legittimano la deliberazione dello stato di emergenza in quanto talmente intensi ed estesi da richiedere mezzi e poteri straordinari, *“l’unitarietà e la unicità dei centri decisionali - anche a mezzo di commissari delegati - per provvedere all’attuazione degli interventi necessari a fronteggiare l’emergenza si impongono nel rispetto del principio della stessa unicità ed indivisibilità della Repubblica proclamato dall’art. 5 della Costituzione”*. Sicchè, l’attribuzione dei poteri di promozione e coordinamento al Presidente del Consiglio dei ministri o, per sua delega, al Ministro per la protezione civile - nell’ambito del settore emergenziale - risulta coerente con le previsioni dell’art. 95 della Costituzione e dell’art. 5, l. 23 agosto 1988, n. 400, sulla disciplina dell’attività di Governo e sull’ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri (13). Dal punto di vista formale, il potere di nomina di un commissario straordinario trova fondamento, in termini generali, nell’art. 11, l. n. 400/1988, sulla disciplina dell’attività di Governo e sull’ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri (ove si fa riferimento alla necessità di realizzare obiettivi definiti o di soddisfare particolari e temporanee esigenze di coordinamento operativo tra amministrazioni statali), e, in termini specifici, in altre norme che disciplinano settori determinati.

I Commissari Delegati sono nominati con Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri.

L’esperienza concreta ha visto l’istituzione di numerosi Commissari Delegati, nominati per fronteggiare emergenze ambientali (dissesto idrogeologico, smaltimento dei rifiuti, ecc.) verificatesi in diverse regioni italiane, tra cui Calabria, Sicilia, Sardegna, Puglia, Campania.

Dall’art. 5, l. n. 225/92, che sancisce la specifica competenza dello Stato a disciplinare gli eventi di natura straordinaria di cui all’art. 2, comma 1, lett.

1157, con nota di MARTINI, *Emergenza rifiuti e ordinanze extra ordinem* e in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 445 e ss., con nota di GANDINO, *I limiti al potere di ordinanza in materia di protezione civile con riferimento alla nozione di gestione dei rifiuti*; sull’eccessiva dilatazione del concetto di emergenza ad opera della più recente giurisprudenza, che ha prodotto una procedura di infrazione nei confronti dell’Italia, si veda MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell’emergenza: fatti e poteri*, in *Annuario AIPDA*, 2005, 5 ss..

(13) Si veda, in proposito, Corte Cost., 9 novembre 1992, n. 418, in www.cortecostituzionale.it, ove la Consulta, nel dichiarare non fondata la questione di costituzionalità dell’art. 2, comma 2, l. 24 febbraio 1992, n. 225, ha chiarito che *“La legge istitutiva del servizio nazionale della protezione civile, lungi dal modificare la ripartizione delle materie e delle competenze fra Stato e regioni, corrisponde all’ineludibile esigenza di una direzione unitaria degli interventi cui sono chiamati - tanto in fase di previsione e prevenzione dei rischi, che in fase di emergenza - molteplici organismi, sia statali che territoriali, qualificati come componenti del servizio; a tal fine - tenuto conto della rilevanza nazionale delle attività di tutela nel loro complesso e dell’ampio coinvolgimento in esse dell’amministrazione statale - è giustificata l’attribuzione di poteri di promozione e coordinamento al Presidente del Consiglio dei ministri o, per sua delega, al Ministro per la protezione civile (in coerenza con le previsioni dell’art. 95 Cost. e con l’art. 5, l. n. 400 del 1988), senza che ciò comporti lesione alcuna di competenze regionali”*. Si vedano, da ultimo, dopo la riforma del Titolo V della Costituzione e alla luce del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, Corte Cost., 16-30 ottobre 2003, n. 327, e Corte Cost., 3 marzo 2006, n. 82, *citt.*

c) di tale legge, (deliberando e revocando lo stato di emergenza, determinandone la durata e l'estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi, nominando Commissari delegati, investiti del potere di emanare ordinanze in deroga ad ogni disposizione di legge, ma pur sempre nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico), l'unanime giurisprudenza ricava la natura di amministrazione statale degli Uffici Commissariali. In proposito, la Corte Costituzionale ha affermato in più occasioni tale natura statale, rilevando, in particolare, che *“i provvedimenti posti in essere dai commissari delegati sono atti dell'amministrazione centrale dello Stato, in quanto emessi da organi che operano come longa manus del Governo, finalizzati a soddisfare interessi che trascendono quelli delle comunità locali coinvolte dalle singole situazioni di emergenza, e ciò in ragione tanto della rilevanza delle stesse, quanto della straordinarietà dei poteri necessari per farvi fronte”*(14).

Più in particolare, per quanto riguarda i rapporti intercorrenti tra Presidenza del Consiglio dei Ministri e apparato organizzativo del Commissario Delegato, appare meritevole di adesione la teoria che li ricostruisce in termini di avvalimento (c.d. amministrazione indiretta) (15), poiché si verifica che una Amministrazione dello Stato si avvale, per la cura di interessi nazionali (nell'esercizio dei poteri emergenziali), di uffici regionali e locali, d'intesa con gli enti interessati, con la peculiarità di conservare, tuttavia, la piena titolarità della funzione (e del potere) esercitato. La prassi ha, infatti, visto l'utilizzo, presso gli Uffici Commissariali, di personale amministrativo proveniente dall'amministrazione regionale, provinciale e comunale, l'impiego di strutture e beni, mobili ed immobili, degli enti locali, e non di rado sono stati nominati Commissari Delegati i Presidenti delle Giunte delle Regioni interessate dalle situazioni emergenziali. L'impiego di personale amministrativo proveniente dalle amministrazioni regionali e locali, nonché la nomina a Commissario Delegato dei Presidenti delle Giunte Regionali, non vale certo ad escludere la natura statale degli Uffici Commissariali, né consente di affermare che la funzione emergenziale esercitata sia da imputare all'ente locale; al contrario, l'impiego di personale amministrativo, di dirigenti e di strutture appartenenti ad altri enti, valutato alla luce della teoria dell'avvalimento, consente di qualificare l'Ufficio del Commissario Delegato come organo statale “straordinario” di cui il Dipartimento della Protezione Civile si avvale per fronteggiare

(14) Così, testualmente, Corte Cost., 26 giugno 2007, n. 237, cit.; si vedano, inoltre, Corte Cost., sent. 26 giugno 2007, n. 237, cit.; ord. 5 dicembre 2007, n. 417, cit.; ord. 4 aprile 2008, n. 92, cit.; da ultimo, Corte cost., sent. 16 luglio 2008, n. 277, cit.; si veda, altresì, T.A.R. Lazio, sez. I, 19 maggio 2008, n. 4467, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. V, 20 agosto 2008, n. 3969, *ivi*.

(15) La figura del c.d. avvalimento, detto anche di c.d. amministrazione indiretta, trova una sua precisa collocazione nell'art. 118 Cost. nella formulazione vigente al momento di entrata in vigore della l. n. 225/1992 e nell'art. 3, comma 1, lett. f), della c.d. legge Bassanini I (l. 15 marzo 1997, n. 59).

lo stato di emergenza (16).

Gli uffici di avvalimento operano, pertanto, alle dipendenze funzionali dell'ente che se ne avvale, pur restando strutturalmente incardinati nell'ente cui appartengono, per quanto riguarda l'esercizio in concreto delle attività ad essi affidate. La competenza rimane in capo al primo ente, il quale si limita ad utilizzare (a proprie spese) a titolo ausiliario l'apparato organizzatorio di un ente diverso, disponendo direttamente (e non per tramite di quest'ultimo) dell'apparato stesso: ci troveremmo, così, in presenza, secondo tale ricostruzione, ad un classico esempio di amministrazione c.d. indiretta o mediata in cui l'ufficio commissariale si atteggia ad organo (straordinario) del quale il Dipartimento della Protezione Civile si avvale per lo svolgimento degli interventi d'emergenza nei settori contemplati dalla legge istitutiva del Servizio Nazionale di Protezione Civile.

In sintesi, attraverso tale modulo organizzatorio la Presidenza del Consiglio dei Ministri, anziché dotarsi di propri uffici, si avvale degli uffici (del personale e delle attrezzature) di una diversa figura soggettiva, per lo svolgimento dei suoi poteri e delle sue funzioni, conservando in ogni caso, *a differenza di quanto si verifica con il diverso modulo organizzatorio della delegazione amministrativa c.d. intersoggettiva* (che si instaura tra enti diversi), la titolarità non solo della competenza, ma anche della funzione e le connesse responsabilità. In ciò si rinviene la fondamentale differenza con la delegazione intersoggettiva delle funzioni, che effettivamente comporta una deroga all'ordine delle competenze tra enti diversi.

Peraltro, questa ricostruzione dei rapporti tra il Presidente del Consiglio dei Ministri e gli uffici commissariali *ex lege* n. 225/1992 era già avallata dalla giurisprudenza amministrativa ancor prima dei recenti arresti della Consulta (17), la quale osservava come l'esame dell'intero impianto normativo deli-

(16) Si vedano Cons. St., sez. IV, 28 aprile 2004, n. 2576 in *Foro Amm. CdS*, 2004, 1109; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 15 dicembre 2004, n. 2411, in www.giustizia-amministrativa.it; *id.*, 1 marzo 2006, n. 236, *ivi*; di recente, con diffusa motivazione, Trib. Catanzaro, sez. II, 1 febbraio 2008, n. 72, in www.altalex.it e in *Rass. Adv. St.*, 2007, IV, 58 ss.; T.A.R. Lazio, sez. I, 19 maggio 2008, n. 4467, *cit.*.

(17) Si veda, ad esempio, Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 1992, n. 52, in *Foro amm.*, 1999, 62, in *Cons. Stato*, 1999, I, 34; II, 1623 con nota di COSTA e in *Giur. it.*, 1999, 1959, secondo cui “*Il commissario delegato non è titolare di una potestà direttamente conferita dalla norma, ma è soggetto delegato nei cui confronti si opera un trasferimento di poteri gestionali e non della titolarità dell'intervento che resta, comunque, in capo al Presidente del Consiglio, il quale può, ai sensi dell'art. 5, comma 4, legge 24 febbraio 1992, n. 225, appunto avvalersi di commissari delegati*”; nello stesso senso, Cons. St., Sez. IV, 29 agosto 2002, n. 4345, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si è affermato che “*Il quadro normativo di cui alla legge 24 febbraio 1992 n. 225, in deroga all'ordinaria funzione amministrativa relativa alla organizzazione dello smaltimento dei rifiuti a livello provinciale, prevede che competente in materia è la Presidenza del Consiglio dei Ministri che può avvalersi di delegati per l'attuazione degli interventi (art.5, comma 4, l. n. 225 del 1992); pertanto, il Commissario delegato trova predefinito dalla Presidenza l'organo titolare del potere, l'ambito normativo derogabile mediante i provvedimenti di attuazione*”.

neato dalla l. n. 225 del 1992 consente di ravvisare l'intento di fondo del legislatore di prefigurare una gestione unitaria delle attività di protezione civile (previsione, prevenzione, soccorso, superamento dell'emergenza), la cui titolarità dev'essere ricondotta all'autorità responsabile dell'attività governativa di coordinamento (art. 95 Cost. e art. 5, l. 23 agosto 1988, n. 400) e titolare di funzioni di soccorso e di prevenzione in stati di emergenza (art. 5, commi 2 e 3, l. n. 225/1992), sulla quale grava l'obbligo di attuazione degli interventi conseguenti a dichiarazioni di stato d'emergenza, assunta, peraltro, collegialmente dal Consiglio dei Ministri.

Così affermata la natura di amministrazione statale del Commissario Delegato, si tratta di verificarne il carattere di soggetto autonomo di diritto, dotato di autonoma capacità sostanziale e processuale, ovvero, al contrario, di concludere per il suo carattere di mera articolazione periferica della Presidenza del Consiglio, come tale priva di autonoma rilevanza.

Relativamente a tale problematica, chiarificatrici si dimostrano le disposizioni contenute nelle Ordinanze emanate dalla Presidenza del Consiglio, e destinate a disciplinare l'attività dell'Ufficio Commissariale: *“Il Dipartimento della protezione civile della Presidenza del Consiglio dei ministri resta estraneo ad ogni rapporto contrattuale scaturente dalla applicazione della presente ordinanza e pertanto eventuali oneri derivanti da ritardi, inadempienze o da contenziosi sono da ritenersi a carico del Commissario Delegato che deve farvi fronte con i propri mezzi”*(18) e, per quel che maggiormente interessa la fattispecie analizzata dalla pronuncia in commento, *“Il Dipartimento della protezione civile è estraneo ai rapporti comunque nascenti in dipendenza del compimento delle attività del Commissario delegato”*(19).

Dalle disposizioni contenute dalle citate ordinanze emerge che: 1) il Commissario Delegato, nell'ambito dell'attività emergenziale, gode di piena ed autonoma soggettività, potendo concludere negozi che vincolano solo sé medesimo; 2) di tali obbligazioni, il Commissario Delegato risponde solo con i fondi messi a sua disposizione dal Governo; 3) in eventuali controversie nascenti da detti rapporti, unico soggetto legittimato processualmente è il Commissario Delegato, il quale può costituirsi in giudizio autonomamente, pur se con l'obbligatorio patrocinio della Difesa Erariale, in quanto amministrazione statale.

Del resto, la giurisprudenza che si è pronunciata su controversie che vedevano come parti Uffici Commissariali (istituiti in Calabria, Campania, Puglia, Sicilia) si è sempre espressa nel senso di riconoscere piena legittimazione

(18) Così dispone l'art. 5, O.P.C.M. n. 3337/2004; di identico tenore sono l'art. 8, O.P.C.M. n. 3106/2001; l'art. 4, O.P.C.M. n. 3112/2001; l'art. 5, O.P.C.M. n. 3132/2001; l'art. 4, O.P.C.M. n. 3185/2002.

(19) Cfr., art. 7, O.P.C.M. n. 3566 del 5 marzo 2007.

al Commissario Delegato (20).

Pertanto, il Commissario Delegato - pur qualificandosi come organo emergenziale, creato dal Governo al ricorrere dei presupposti di cui alla l. n. 225/1992 - ha, tuttavia, natura di autonomo soggetto di diritto, dotato di capacità processuale.

In senso divergente da tale ricostruzione, riguardo la natura di autonomo soggetto di diritto del Commissario Delegato, deve, ad ogni modo, darsi conto dell'opinione espressa, in sede consultiva, dall'Avvocatura Generale dello Stato, secondo la quale gli Uffici Commissariali - proprio in ragione di organi straordinari della Presidenza del Consiglio dei Ministri - non avrebbero una compiuta soggettività, trattandosi di organi straordinari dell'Amministrazione da cui sono delegati (la Presidenza del Consiglio), e dalla quale non sarebbero pienamente autonomi, con la conseguenza che l'Amministrazione delegante risponderebbe dei debiti contratti dal suo organo delegato. Secondo l'Avvocatura dello Stato, qualora si reputasse il Commissario Delegato soggetto autonomo e distinto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, *“si finirebbe infatti con l'ammettere, pur in mancanza di una espressa deroga al citato principio fondamentale di cui all'art. 2740 c.c., una limitazione di responsabilità della Presidenza del Consiglio per debiti nascenti dall'attività di un suo organo straordinario, che appare comunque ad essa riferibile, giusta il disposto dell'art. 5 comma 4 della Legge 24 febbraio 1992 n. 225, ai sensi del quale, come già ricordato, “Il Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega ai sensi dell'articolo 1, comma 2, il Ministro per il coordinamento della protezione civile, per l'attuazione degli interventi di cui ai commi 2 e 3 del presente articolo, può avvalersi di commissari delegati. Una limitazione della responsabilità patrimoniale per l'operato del Commissario, in mancanza di un'espressa previsione normativa, costituirebbe poi un effetto del tutto ingiustificato ed esuberante rispetto alle finalità perseguite dalla legge 225/92”*(21).

L'Ufficio del Commissario delegato gode del patrocinio obbligatorio ed esclusivo dell'Avvocatura dello Stato, in ragione della sua natura giuridica di organo statale (22).

(20) Si veda, *ex multis*, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 9 luglio 2007, n. 1754, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 giugno 2007, n. 6075, *ivi*; *id.*, 3 maggio 2007, n. 4707, *ivi*; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 1 marzo 2006, n. 236, *cit.*.

(21) Così, testualmente, parere dell'Avvocatura Generale dello Stato del 12 gennaio 2009, prot. n. 8941, approvato da CO.CO. (comitato consultivo) dell'organo di Difesa erariale, allo stato inedito.

(22) Si veda, in merito alla natura statale della Struttura commissariale, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 28 aprile 2004, n. 2576, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui *“L'ufficio del commissario delegato per l'emergenza rifiuti in Sicilia è un ufficio che, sebbene autonomo, fa capo alla Presidenza del Consiglio dei ministri, per cui è evidente che gli atti assunti da tale organo sono riferibili alla stessa Presidenza del Consiglio, che ha nei confronti del commissario delegato un carattere di supervisione e di indirizzo”*.

Com'è noto, ai sensi dell'art. 1, R.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 (*Approvazione del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato*), la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano alla difesa erariale, il cui patrocinio non può coesistere con quello esercitato da altri legali (23). Le amministrazioni dello Stato devono ricorrere necessariamente alla difesa in giudizio dell'Avvocatura dello Stato, pena la nullità radicale degli atti processuali compiuti (24). Come opportunamente evidenziato dalla giurisprudenza, la necessità del patrocinio e della rappresentanza delle amministrazioni dello Stato da parte dell'Avvocatura dello Stato risulta pacificamente applicabile anche agli organi delegati dell'Amministrazione centrale dello Stato ed alle gestioni commissariali la cui azione rientra nell'ambito di un *munus* statale, che, in quanto tale, implica necessariamente il patrocinio *ex lege* dell'Avvocatura dello Stato (25). Ed, infatti, nessuna amministrazione dello Stato può richiedere l'assistenza di avvocati del libero foro se non per ragioni assolutamente eccezionali, inteso il parere dell'Avvocato generale dello Stato e secondo norme stabilite dal Consiglio dei ministri (art. 5, R.d. cit.). Le speciali disposizioni in materia di rappresentanza obbligatoria dell'Avvocatura dello Stato afferiscono all'ordine pubblico processuale, trattandosi di norme

(23) In proposito, da ultimo, con diffusa e condivisibile motivazione, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 25 marzo 2009, n. 190, in www.giustamm.it, con commento di MEZZOTERO - LUMETTI, *Il patrocinio erariale autorizzato: è organico, esclusivo e non presuppone alcuna istanza dell'ente all'Avvocatura dello Stato. Il caso delle Autorità portuali in alcune recenti contrastanti decisioni del giudice amministrativo*, ove il Collegio ha affermato il principio dell'esclusività del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato con riferimento ad un ente (nella specie, l'Autorità Portuale di Gioia Tauro) che si avvale del patrocinio erariale autorizzato, ai sensi dell'art. 43, R.d. 30 ottobre 1933, n. 1611. In forza di tale principio il Tribunale ha dichiarato la nullità dell'atto di costituzione in giudizio a firma del difensore illegittimamente nominato dall'Ente, per difetto di *jus postulandi*.

(24) Cfr., GIOVAGNOLI, *Il patrocinio dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni*, in CARINGELLA, DE NICTOLIS, GIOVAGNOLI, POLI, *Manuale di giustizia amministrativa*, 2008, Roma, tomo I, 390; PAVONE, *Lo Stato in giudizio, Enti pubblici e Avvocatura dello Stato*, Milano, 2002; Trib. Milano, sez. X, 14 maggio 2007, n. 5833 (inedita), con la quale è stata dichiarata la nullità dell'atto di citazione, sottoscritto da un avvocato del libero foro nell'interesse dell'Ufficio del Commissario delegato, in quanto privo dello *jus postulandi*; nello stesso solco, con approfondita motivazione, Trib. Catanzaro, sez. II, 1 febbraio 2008, n. 72, cit.

(25) Si veda, in proposito, Cass. civ., sez. I, 12 dicembre 2003, n. 19025, in *Riv. arbitrato*, 2005, 1, 76, con nota di GRASSO G., *Istituzione del procedimento arbitrale, carenza di potestà giudicanti e fase rescissoria del giudizio di impugnazione per nullità*, ove il principio è stato affermato con riferimento al Sindaco ed al presidente della Giunta regionale quale commissario di Governo ai sensi della l. 14 maggio 1981 n. 219, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 19 marzo 1981 n. 75, in materia di interventi di ricostruzione seguiti al terremoto del 1980 nell'area campana; in applicazione del principio dell'obbligatorietà del patrocinio erariale, la Corte ha affermato, nella fattispecie, che per le citazioni in giudizio di detto commissario ovvero per gli atti istitutivi di giudizi che si svolgono innanzi agli arbitri nei confronti di esso è applicabile l'art. 11, R.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 - sostituito dall'art. 1, l. 25 marzo 1958 n. 260 - in tema di notifica presso l'Avvocatura dello Stato.

dettate in materia di *jus postulandi*. Ne segue che la disciplina prevista e sancita dal R.d. 1611/1933, in ordine al patrocinio erariale necessario, è imperativa ed inderogabile. La dottrina ha, infatti, evidenziato che lo *jus postulandi* dell'Avvocatura dello Stato in merito alle amministrazioni dello Stato è organico, obbligatorio ed esclusivo (26).

La natura statale degli Uffici Commissariali giustifica, oltre il patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato, il disposto normativo di cui all'art. 3, co. 2-bis, d.l. 30 novembre 2005, n. 245, introdotto dalla legge di conversione 27 gennaio 2006, n. 21, secondo il quale: *“In tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, la competenza di primo grado a conoscere della legittimità delle ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione di misure cautelari, al tribunale amministrativo regionale del Lazio, con sede in Roma”*. I successivi comma 2-ter e 2-quater (27) dispongono che l'incompetenza è rilevata d'ufficio e che la norma si applica anche ai processi in corso.

La competenza del T.A.R. del Lazio - scelta legislativa reputata dalla Consulta compatibile con il dettato costituzionale (28) - si radica in ragione della

(26) In ordine al principio di c.d. esclusività ed organicità del patrocinio erariale, si rinvia, per approfondimenti a PAVONE, *Lo Stato in giudizio, Enti pubblici e Avvocatura dello Stato*, Milano, 2002, 254; per una rassegna generale delle forme del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, si veda GIOVANNOLI, *op. ult. cit.*. In giurisprudenza, sulla portata del principio, cfr., da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 7 luglio 2009, n. 6527, in www.lexitalia.it, ove è stato ritenuto illegittimo, per contrasto con l'art. 1, R.d. n. 1611/1933, un bando del Ministero delle Politiche Agricole per l'affidamento del servizio di assistenza giudiziale, rivolto a studi legali, poiché la normativa contenuta nel R.d. 30 ottobre 1933 n. 1611 esclude la possibilità per le amministrazioni statali di affidare tale attività agli avvocati del libero foro attraverso una gara ad evidenza pubblica nel caso in cui - come nella specie - non risultino esterni quei motivi eccezionali che consentono di avviare la procedura di autorizzazione per derogare alla norma che prevede il patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato. Con specifico riguardo allo *jus postulandi* dell'Avvocatura di Stato in ordine alla rappresentanza e difesa in giudizio dell'Ufficio del Commissario delegato ex lege 225/92, si veda, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 1 marzo 2006, n. 236, cit., secondo cui *“Il Commissario Delegato, benché costituito presso l'Ufficio di Presidenza della Regione Calabria, ha veste di organo straordinario della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento della Protezione Civile) di cui si avvale il competente apparato statale per lo svolgimento dei compiti attribuiti dalla legge n. 225/1992 in materia di protezione civile. Ne consegue che trovano piena applicazione le norme del R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611, nonché delle altre leggi in materia di rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato, riguardanti il patrocinio dello Stato e la notificazione degli atti alle amministrazioni statali”*; in tal senso, anche già, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 15 dicembre 2004, 2411, cit.; da ultimo, Trib. Catanzaro, sent. n. 72/08 cit., Trib. Milano, sent. n. 5833/2007 cit..

(27) Secondo cui: *“2-ter Le questioni di cui al comma 2-bis sono rilevate d'ufficio. Davanti al giudice amministrativo il giudizio è definito con sentenza succintamente motivata ai sensi dell'art. 26 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, trovando applicazione i commi 2 e seguenti dell'art. 23-bis della stessa legge”*; *“2-quater Le norme di cui ai commi 2-bis e 2-ter si applicano anche ai processi in corso. L'efficacia delle misure cautelari adottate da un tribunale amministrativo diverso da quello di cui al comma 2-bis permane fino alla loro modifica o revoca da parte del tribunale amministrativo regionale del Lazio, con sede in Roma, cui la parte interessata può riproporre il ricorso”*.

(28) Cfr., in proposito, Corte Cost., 26 giugno 2007, n. 237, cit..

circostanza che *le ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali* sono finalizzati a soddisfare interessi che trascendono quelli delle comunità locali, la cui cura richiede appunto l'esercizio di poteri straordinari. Spetta, infatti, al Governo disciplinare gli eventi di natura straordinaria, rientrando tra le sue competenze il potere di deliberare, prorogare e revocare lo stato di emergenza - determinandone durata ed estensione territoriale in riferimento alla natura e qualità degli eventi - e, come detto, tali funzioni hanno rilievo nazionale, rispondendo ad esigenze di unitarietà, coordinamento e direzione (29). Sicchè, il carattere ultraregionale delle situazioni di emergenza - indipendentemente dal rispettivo ambito geografico di incidenza - giustifica la concentrazione del relativo contenzioso presso il T.A.R. del Lazio anche per l'impugnazione dei provvedimenti attraverso i quali le gestioni commissariali, data la loro natura di *longa manus* del Governo, pongono in essere le misure idonee a fronteggiare le situazioni di emergenza (30).

Tuttavia, all'indomani della pronuncia della Consulta (Corte Cost., 26 giugno 2007, n. 237), parte della giurisprudenza ha chiarito che il disposto normativo di cui all'art. 3, comma 2-*bis*, d.l. 30 novembre 2005, n. 245 (conv. l. n. 21/2006), non si riferisce, in modo indifferenziato, ad ogni tipologia di atto posto in essere dal Presidente del Consiglio dei Ministri al verificarsi degli eventi di cui all'art. 2, co. 1, lettera *c*), l. n. 225/1992, ovvero dai Commissari delegati nelle ipotesi di cui all'art. 5, comma 4, *l. cit.*. La competenza del T.A.R. Lazio di cui all'art. 3, comma 2-*bis*, *cit.*, attiene, infatti, ai giudizi impugnatori di provvedimenti amministrativi posti in essere nell'ambito di situazioni di emergenza derivanti da eventi naturali o legati all'azione dell'uomo fronteggiabili solo con poteri straordinari. Invero, la devoluzione alla competenza funzionale del T.A.R. Lazio ha riguardo solo alle impugnazioni delle *ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali*, poste in essere a seguito della dichiarazione di cui al comma 1 dell'art. 5, l. n. 225/92, con precipuo riferimento sia, da un lato, all'istituto delle cd. ordinanze in de-

(29) In tal senso, già, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 16 maggio 2005, n. 981, *cit.*; T.A.R. Sicilia, Catania, 22 giugno 2000, n. 1142, in www.giustizia-amministrativa.it; Corte cost., 9 novembre 1992, n. 418, *cit.*

(30) Si vedano, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 9 aprile 2009, n. 1889, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Giust. Amm., 14 gennaio 2009, n. 15, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 17 novembre 2008, n. 19673, *ivi*; Cons. St., sez. V, 20 agosto 2008, n. 3969, *ivi*; T.A.R. Lazio, sez. I, 19 maggio 2008, n. 4467, *cit.*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 15 maggio 2008, n. 4516, *ivi*; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 13 maggio 2008, n. 465, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 14 marzo 2008, n. 1299, *ivi*; *id.*, 7 gennaio 2008, n. 26, *ivi*; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 20 novembre 2007, n. 3918, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 25 ottobre 2007, n. 10095, *ivi*; *id.*, 24 luglio 2007, n. 6940, *ivi*; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 11 maggio 2007, n. 1312, *ivi*; in dottrina, per approfondimenti, DE LEONARDIS, *La Corte costituzionale accresce la competenza territoriale del Tar Lazio: verso un nuovo giudice centrale dell'emergenza?*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 2, 476 ss.; TEMPESTA, *Stato di emergenza e competenza territoriale del Tar Lazio*, in *Il corriere del merito*, 2008, 4, 481 ss..

roga, di cui all'art. 5, comma 5, *l. cit.*, che, dall'altro lato, alla diversa figura delle ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o cose, di cui al menzionato art. 5, comma 3, della stessa legge.

Come chiarito dalla giurisprudenza, la norma in esame, attributiva della competenza del T.A.R. Lazio, è di carattere eccezionale, in quanto derogatoria rispetto alle ordinarie regole in punto di competenza territoriale dettate dagli artt. 2 e 3, l. n. 1034/1971, e - in quanto tale - necessita interpretazione restrittiva (31).

Pertanto, dall'esame testuale dell'art. 3, comma 2-*bis*, sopra richiamato, risulta che la deroga alla competenza territoriale ivi prevista non trovi applicazione nelle ipotesi in cui l'impugnativa giurisdizionale concerne (non già le ordinanze di cui all'art. 5, *cit.*, ovvero i provvedimenti ad esse conseguenti, bensì) atti e provvedimenti amministrativi di diversa natura che costituiscono l'esercizio di un'ordinaria attività gestionale, sia pure inserita nell'ambito delle particolari situazioni di cui all'art. 2, comma 1, lett. c), l. n. 225/1992.

Sicchè, parte della giurisprudenza ritiene che allorquando l'Autorità deputata a dirimere lo stato di emergenza agisca attraverso strumenti giuridici ordinari, non strettamente funzionali a fronteggiare tali stati eccezionali (finalizzati a evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose), la competenza a conoscere degli eventuali avverse impugnazioni va determinata secondo le regole generali che disciplinano la competenza dei TT.AA.RR., *ex art. 2 e 3, l. TAR (32)*.

(31) Così, testualmente, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 28 gennaio 2008, n. 83, in www.giustizia-amministrativa.it; in ordine al carattere eccezionale e alla sua necessaria interpretazione restrittiva, si veda, inoltre, Cons. St., sez. VI, 5 giugno 2007, n. 2994, in www.giustizia-amministrativa.it; altresì, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 giugno 2007, n. 6075, *ivi*, secondo cui *"In ragione dell'espresso richiamo alle situazioni di emergenza di cui all'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, deve infatti ritenersi che le "ordinanze adottate e [...]i consequenziali provvedimenti commissariali", la cui cognizione è rimessa in via esclusiva al TAR romano, siano appunto gli atti strettamente funzionali a fronteggiare tali stati eccezionali e dunque le ordinanze contigibili e urgenti finalizzate a evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose e i provvedimenti per l'attuazione degli interventi di emergenza"*.

(32) Così, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 28 gennaio 2008, n. 83, *cit.*; ha avuto cura di chiarire che *"la giustificazione della disciplina processuale a regime cui ha dato vita, in particolare, il comma 2-bis del contestato art. 3, trova la sua ragion d'essere proprio nella straordinarietà delle situazioni di emergenza (e nella eccezionalità dei poteri occorrenti per farvi fronte) che costituiscono il presupposto dei provvedimenti amministrativi, l'impugnativa dei quali forma l'oggetto dei giudizi devoluti alla competenza esclusiva del Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Corte Costituzionale 26.6.2007 n. 237). Appare evidente al Collegio che tale carattere di straordinarietà ed emergenza non può certo riscontrarsi in controversie meramente risarcitorie come la presente. Il tutto in assenza di una qualsiasi norma che estenda ai ricorsi per il risarcimento del danno la disciplina di cui sopra"*; altresì, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 giugno 2007, n. 6075, *ivi*, secondo cui *"Quando si è invece chiaramente al di fuori di tale sfera di attività (vertendosi, ad esempio, di atti di organizzazione interna del commissariato di governo o, come nel caso in esame, della regolamentazione delle modalità di informazione e partecipazione dei cittadini), difettano i presupposti della competenza funzionale del Tar del Lazio, che*

L'esercizio dei poteri straordinari e derogatori del Commissario delegato

Come già avvertito, i Commissari Delegati sono nominati con Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri. Con tali provvedimenti, il Presidente del Consiglio dei Ministri delega i propri poteri agli Uffici commissariali delineando il contenuto della delega, i tempi e le modalità di esercizio e delimitando, altresì, l'eventuale esercizio del potere di deroga, con puntuale indicazione delle singole disposizioni di legge cui poter derogare. In particolare, ai commissari delegati istituiti ai sensi della l. n. 225/1992 sulla protezione civile non è consentito derogare ai principi di concorrenza di derivazione comunitaria, per come espressamente disposto dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 22 ottobre 2004 (pubblicata nella *Gazz. Uff.*, 21 dicembre 1998, n. 298), emanata ai sensi dell'art. 5, comma 2, l. 23 agosto 1988, n. 400, che è stata adottata a seguito di alcuni rilievi formulati dall'Unione europea: nella direttiva, che tende a delimitare - anche alla luce delle censure formulate in più occasioni dalla Corte costituzionale e dal Consiglio di Stato in relazione all'utilizzazione di poteri straordinari quando questi risultano generici e non ben circoscritti - il ricorso al commissario a situazioni imprevedibili effettivamente caratterizzate dallo stato di emergenza, viene stabilito, tra l'altro, che le ordinanze non possono comunque contenere deroghe alle disposizioni contenute nelle direttive comunitarie relative agli appalti pubblici (33).

Tale direttiva all'art. 1 dispone che *“la durata degli stati di emergenza o di grande evento, dichiarati ai sensi dell'articolo 5 comma 1 della legge n. 225 del 1992 è definita in stretta correlazione con i tempi necessari per la realizzazione dei primi indispensabili interventi ...”* (comma 1), e che *“le ordinanze di protezione civile adottate ai sensi dell'articolo 5, comma 2 della legge 225 del 1992, per quanto citato in premessa, non devono contenere deroghe alle disposizioni contenute nelle direttive comunitarie (comma 2)”*. Ed inoltre, all'art. 2 dispone che *“le ordinanze di protezione civile previste dall'articolo*

è basata sul profilo oggettivo dell'atto e non già sul soggetto emanante, e tornano ad operare le consuete regole di riparto su base territoriale della competenza tra i diversi Tribunali Amministrativi Regionali”; in tal senso, pure, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 20 novembre 2007, n. 3918, ivi, secondo cui: *“i provvedimenti impugnati (i.e.: l'approvazione del progetto definitivo di un sistema impiantistico complessivo e l'autorizzazione alla realizzazione e gestione dello stesso) non sono annoverabili in alcun modo fra “le ordinanze adottate [ed] i consequenziali provvedimenti commissariali”, posti in essere a seguito della dichiarazione di cui al comma 1 dell'art. 5, cit., atteso che essi costituiscono, al contrario, esercizio di attività amministrative gestionali poste in essere (pur se nell'ambito di un quadro emergenziale) in attuazione di impegni assunti a seguito dell'espletamento di un pubblico incanto e della conseguente aggiudicazione in favore dell'odierna controinteressata”*.

(33) Per una puntuale disamina dei limiti, interni e comunitari, all'esercizio dei poteri commissariali derogatori in materia di appalti pubblici il rinvio è d'obbligo a SALOMONE, *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it.

5, comma 2 della legge n. 225/1992 laddove ineriscano a situazioni di emergenza ed a grandi eventi, ancora in atto, sono modificate nel senso di assicurare il rigoroso rispetto delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture”. L’art. 3 dispone, inoltre, che alla ricorrenza di situazioni di urgenza e di necessità aventi carattere di assoluta imperiosità, le ordinanze di protezione civile previste dall’art. 5, comma 2, l. n. 225/1992 potranno prevedere la deroga alle disposizioni della legge nazionale nella materia degli appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture di rilievo comunitario, nel rispetto, comunque, delle norme contenute nelle pertinenti direttive comunitarie. In via eccezionale, soltanto “*nell’ipotesi di assoluta eccezionalità dell’emergenza, da valutarsi in relazione al grave rischio di compromissione dell’integrità della vita umana, il Capo del Dipartimento della protezione civile può essere motivatamente autorizzato a procedere ad affidamenti diretti in materia di appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture di rilievo comunitario, sempreché non sia possibile provvedere altrimenti, in termini di rigorosa proporzionalità, e soltanto per periodi di tempo prestabiliti, limitati alla adozione dei primi indispensabili interventi*” (art. 4). A titolo di ulteriore puntualizzazione si dispone che i commissari delegati nominati, ai sensi dell’art. 5, comma 4, l. n. 225, per l’attuazione degli interventi previsti, provvedono alle aggiudicazioni necessarie per il superamento delle situazioni d’emergenza, nel rispetto delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture, sulla base di ordinanze di protezione civile adottate ai sensi dell’art. 5, recanti la definizione puntuale della tipologia degli interventi e delle iniziative da adottarsi in deroga all’ordinamento giuridico vigente, nonché la specificazione di termini temporali e modalità di realizzazione (art. 5). Non può in tale sede sottacersi che tali direttive - oltre ad impartire prescrizioni al Dipartimento della Protezione Civile - implicitamente suggeriscono, come si vede, un uso prudente nel ricorrere alle procedure d’urgenza (in ossequio, peraltro, ai principi generali, desumibili sia dal nostro ordinamento che dalla normativa comunitaria), limitato ai casi di effettiva indifferibilità ed urgenza dei lavori connessi al pubblico servizio di cui è titolare l’Ufficio commissariale e solo per far fronte ad esigenze temporanee, non ripetibili nel tempo (secondo l’univoco indirizzo giurisprudenziale sopra segnalato); e ciò fermo restando il principio, affermato dalla giurisprudenza, secondo cui l’esercizio dei poteri derogatori *ex art. 5, comma 2, l. 24 febbraio 1992, n. 225* necessita, comunque, di congrua esplicitazione motivazionale, da parte del Commissario delegato, con puntuale riferimento alle norme alla quale si sia inteso derogare ed alle ragioni della deroga, non essendo sufficiente un mero richiamo *per relationem* alle Ordinanze di protezione civile che hanno previsto la derogabilità di norme di legge (34).

(34) In tal senso, Cons. St., sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3276, in www.giustizia-amministrativa.it.

Invero, il potere amministrativo di agire in deroga alle disposizioni vigenti, per far fronte alle situazioni emergenziali dichiarate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, ha natura assolutamente straordinaria ed *extra ordinem*, che si impone quale *estrema ratio* anche nell'ambito sistematico della l. n. 225/92. Dispone, infatti, l'art. 5, comma 2, l. cit., che “*per l’attuazione degli interventi di emergenza conseguenti alla dichiarazione di cui al comma 1, si provvede (...) anche a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico*”. Ciò significando che l'amministrazione deputata a far fronte agli eventi emergenziali (*in primis* i Commissari delegati) agisce nel rispetto dei principi generali dettati dall'ordinamento giuridico attraverso propri poteri ordinari, alla stregua di un'amministrazione comune. Sicchè, l'esercizio dei poteri derogatori - conferiti al Commissario delegato *ex* O.P.C.M. - implica un'attenta e congrua valutazione di tutti i presupposti necessari all'uso straordinario della deroga, limitata - in ogni caso - alle singole disposizioni normative indicate nella O.P.C.M. (35).

A questi principi perfettamente si allinea la sentenza in commento.

La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ex art. 57, comma 2, lett. c), Codice degli Appalti pubblici, nell'ambito dell'esercizio dei poteri straordinari e derogatori del Commissario delegato

I principi generali in materia di appalti pubblici, rinvenibili nell'ordinamento giuridico comunitario ed interno, impongono alla stazione appaltante di procedere alla scelta del proprio contraente privato attraverso una selezione pubblica improntata alle regole di pubblicità e concorrenza. Invero, la finalità perseguita con la direttiva n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004 (*relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*) - trafusa nel d.lgs. n. 163/2006 - è stata, in primo luogo, quella di garantire che nei singoli ordinamenti nazionali l'aggiudicazione degli appalti per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico avvenisse nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo della Comunità Europea ed, in particolare, dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei “*principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza*”(36). Si è voluto, infatti, assicurare l'apertura degli

(35) Così, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 18 febbraio 2009, n. 1656, in commento, secondo cui nell'ambito dell'esercizio dei poteri derogatori di cui all'art. 5 l. n. 225/92, non è sufficiente il mero richiamo all'Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri, ma devono essere indicate puntualmente le norme cui si intende derogare e le ragioni della medesima deroga; in questo senso, in dottrina, SALOMONE, *op. cit.*

appalti pubblici alla concorrenza anche mediante regole dettagliate volte a garantire procedure di gara concorrenziali a livello della Unione europea (37). Invero, come già chiarito dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea, i principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano un obbligo di trasparenza per la stazione appaltante, tale da garantire - in favore di ogni potenziale offerente - un adeguato livello di pubblicità, consentendo l'apertura del mercato alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (38). Tuttavia, sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE in materia di appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono tenute a rispettare, in ogni caso, i principi fondamentali del Trattato istitutivo della Comunità Europea, che impongono, in via generale, all'amministrazione di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore, in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (39).

La procedura di affidamento - volta allo scopo di garantire i predetti principi diretti a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti - è fondamentalmente riconducibile alla materia della tutela della concorrenza.

In proposito, la Corte Costituzionale ha rimarcato che *“si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza”*. Sicchè, la trasposizione dei sopra enunciati principi comunitari nel nostro ordinamento giuridico si traduce, essenzialmente, nell'attuazione delle regole

(36) Cfr., in proposito, Direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi), secondo cui *“L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato”*.

(37) Così, Comunicazione interpretativa della Commissione, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», del 1 agosto 2006.

(38) Cfr., in particolare, Corte di Giustizia UE, causa C-324/98 *Telaustria* [2000] Racc. I-10745, paragrafo 62; *id.*, causa C-231/03 *Coname*, sentenza del 21 luglio 2005, paragrafi da 16 a 19 e la causa C-458/03 *Parking Brixen*, sentenza del 13 ottobre 2005, paragrafo 49.

(39) Cfr., art. 3, paragrafo 1, lettere c) e g); art. 4, paragrafo 1; artt. 23 - 31; artt. 39 - 60, del Trattato che istituisce la Comunità europea, del 25 marzo 1957.

costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento (*ex art. 97 Cost.*), che caratterizzano l'azione della pubblica amministrazione. In particolare, l'osservanza delle prescrizioni comunitarie ed interne dell'evidenza pubblica garantisce il rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri. La selezione della migliore offerta assicura, infatti, la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione (40).

Sul versante interno, il nostro ordinamento giuridico conosceva già un principio di evidenza pubblica, prescrivendo l'art. 3, R.d. 18 novembre 1923, n. 2440 (*legge di contabilità di Stato*) che ogni contratto della p.a. da cui derivi un'entrata o una spesa deve essere preceduto da una gara, salvo che non ricorrano le ipotesi eccezionali in cui si possa far ricorso alla trattativa privata. La *ratio* del principio espresso dall'art. 3, R.d. n. 2440/1923 è quella di assicurare la *par condicio* tra tutti i potenziali interessati a contrattare con l'amministrazione e di consentire all'amministrazione stessa di contrattare alle condizioni più vantaggiose mediante l'acquisizione di un pluralità di offerte, tantochè "*l'omissione della gara prescritta dalla legge per l'individuazione del contraente privato - omissione cui deve equipararsi l'espletamento meramente apparente delle formalità previste dalla legge - comporta la nullità del contratto per contrasto con norme imperative*"(41). La *ratio* sottesa al principio recato dall'art. 3 *cit.*, ha una portata tanto generale da doversi ritenere preceettiva per qualsiasi attività dell'amministrazione, di modo tale che allorquando si presenti per i privati una possibilità di guadagno, tutti siano messi in grado di beneficiarne a parità di condizioni (42). Nondimeno, con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (cd. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori,

(40) Così, testualmente, Corte Cost., sent. 23 novembre 2007, n. 401, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 6, 624, con commento di LACAVA, in www.cortecostituzionale.it e LOPILATO, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui, tra l'altro, "*Deve, anzi, rilevarsi come sia stata proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente, che ha determinato il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale*"; in particolare, la Consulta ha avuto modo di chiarire che "*la nozione comunitaria di concorrenza ... è definita come concorrenza "per" il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati*".

(41) In questi termini, Cass. civ., sez. un., 5 maggio 2008, n. 11031, in www.lexitalia.it; nello stesso senso, T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 5 novembre 2008, n. 878, *ivi*.

(42) Si vedano, in ordine al principio di evidenza pubblica ed, in particolare, alla vigenza dell'art. 3, R.d. 2440/1923, Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008, n. 889, in *Urb. e app.*, 2008, 9, 1132 e ss., con nota di BALDI; in www.altalex.it, con nota di LOGIUDICE; si veda, inoltre, più in generale, sul principio di evidenza pubblica, fra la giurisprudenza che si è pronunciata prima dell'entrata in vigore del Codice degli appalti pubblici, Cons. St., sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6368, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui: "*anche quando un soggetto pubblico non è direttamente tenuto all'applicazione di una specifica disciplina per la scelta del contraente, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli art. 43 e 55 del trattato Ce), nonché dei principi generali*

servizi e forniture), il legislatore italiano ha dato attuazione alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, recependo, nel nostro ordinamento giuridico, i principi generali dettati dalla normativa comunitaria in tema di appalti pubblici (43). Tuttavia, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che il principio di evidenza pubblica sia espressione di un più generale principio di

*che governano la materia dei contratti pubblici impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercé l'utilizzo di procedure competitive selettive"; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 23 agosto 2006, n. 7375, ivi, secondo cui: "il contraente pubblico è obbligato a mantenere un contegno che, in relazione alla rilevanza economica della fattispecie, consenta a tutte le imprese interessate di venir per tempo a conoscenza dell'intenzione amministrativa di stipulare il contratto e di giocare le proprie chances competitive attraverso lo formulazione di un'offerta appropriata, così da favorire la più ampia partecipazione di aspiranti alle procedure selettive; e, pertanto, l'obbligo di seguire le norme di evidenza pubblica, ivi incluse quelle concernenti l'adeguata pubblicizzazione della selezione, è regola generale, valevole anche per i contratti c.d. sotto soglia"; da ultimo, T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 21 maggio 2008, n. 1978, ivi, secondo cui: "il principio di concorrenza e quelli che ne rappresentano attuazione e corollario, di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento (...) costituendo principi fondamentali del diritto comunitario, si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici e sono direttamente applicabili, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne"; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 6 dicembre 2008, n. 21241, ivi, in www.giustamm.it, secondo cui: "I principi generali del Trattato sull'Unione Europea, i quali impongono che il sistema di scelta del contraente sia ispirato a criteri di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, valgono comunque anche per i contratti e le fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate, quali la concessione di servizi, gli appalti sottosoglia e i contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti"; ex pluribus, Cons. St., sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 30, ivi. In particolare, con riguardo all'affidamento diretto dell'appalto alle società in house miste, Cons. St., Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 11, 1119, con commento di CARANTA, secondo cui: "Il principio di concorrenza è uno dei principi cardini del Trattato, soprattutto in relazione al mondo delle commesse pubbliche. Esso garantisce la completa parità di accesso di tutte le imprese europee al monte dei contratti pubblici. La conseguenza rilevante è che le imprese europee devono essere poste sullo stesso piano, concedendo loro le medesime opportunità; sia sotto il profilo dell'accesso ai contratti pubblici (e quindi attraverso il sistema ordinario dell'evidenza pubblica), sia impedendo che particolari situazioni economiche pongano alcune di esse in una condizione di privilegio o comunque di favore economico. Da ciò consegue che il sistema dell'affidamento diretto, in primo luogo, costituisce eccezione di stretta interpretazione al sistema ordinario delle gare; e, in secondo luogo, deve rispondere a ben precisi presupposti, in assenza dei quali l'affidamento è idoneo a turbare la par condicio e quindi a violare il Trattato (e le direttive)"; nello stesso senso, già Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362, in *Dir. maritt.*, 2007, 4, 1193; *id.*, 30 dicembre 2005, n. 7616, in *ivi*, 2007, 4, 1190; *id.*, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Giur. it.*, 2005, 851; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 26 giugno 2007, n. 1102, in *Foro amm. TAR*, 2007, 6, 2225. Si veda, in dottrina, VOLPE C., *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. e app.*, 2008, 12, 1141; altresì, IMPASTATO, *Brevi considerazioni sulla palingenesi della cd. "manomorta" attraverso il principio della redditività della gestione patrimoniale pubblica*, in www.giustamm.it; si veda, altresì, *Servizi Studi del Senato, Disegno di legge A.S. n. 1373, Misure a tutela dei segni distintivi delle Forze armate e costituzione della Società "Difesa Servizi Spa"*, marzo 2009, n. 100, in www.federalismi.it.*

(43) In particolare, il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice contratti pubblici*) dispone all'art. 27 (*Principi relativi ai contratti esclusivi*), comma 1, che "L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto".

tutela della concorrenza “*nel*” e “*per*” il mercato, rinvenibile del Trattato istitutivo della Comunità Europea, che ha - nel nostro ordinamento giuridico - una sua precipua forza precettiva *self-executing*.

Ne consegue che solo in casi eccezionali e tassativamente indicati dalla legge l'amministrazione può procedere alla scelta del proprio contraente attraverso una trattativa privata (*rectius*: procedura negoziata), così derogando al principio di evidenza pubblica che impone all'amministrazione l'adozione - in ogni caso - di un'idonea pubblicità degli atti di gara, tale da consentire un confronto concorrenziale caratterizzato da oggettività e trasparenza (44).

In proposito, le direttive in materia di appalti pubblici prevedono deroghe specifiche che autorizzano, a talune condizioni, procedure senza pre-

Altresì, il successivo art. 30 (*Concessione di servizi*), comma 3, prevede che “*La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi*”.

L'art. 92 (*Procedure di affidamento*), comma 1, dispone, inoltre, che: “*Gli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo nel rispetto di quanto disposto all'art. 120, comma 2-bis, di importo inferiore alla soglia di cui al comma 1 possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f), f-bis), g) e h) dell'art. 90, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'art. 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei*”.

(44) Si veda, in ordine alla procedura negoziata ex artt. 56 e 57, *Codice appalti pubblici*, DE NICOTOLIS, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, in *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. III, Sez. III, p. 1731 e ss.; cfr., par. 7 e 8 riguardo alle procedure negoziate; Cons. St., sez. V, 7 novembre 2007, n. 5766, in *Foro amm. CdS*, 2007, 11, 3148, secondo cui: “*La trattativa privata è sempre stata intesa, nel diritto italiano, come la contrattazione diretta, senza gara, tra una pubblica amministrazione e un privato*”; Corte giustizia UE, grande sezione, 8 aprile 2008, n. 337, in *Foro amm. CdS*, 2008, 4, 972; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 26 giugno 2007, n. 1104, in *Foro amm. TAR*, 2007, 6, 2227, secondo cui: “*La trattativa privata - oggi definita procedura negoziata nelle direttive comunitarie e negli atti nazionali di recepimento - è un criterio di selezione dei concorrenti di tipo eccezionale perché la necessità di tutelare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, imparzialità e buon andamento impongono il ricorso alle procedure aperte o ristrette e la procedura negoziata, come si evince dal confronto tra il quarto e il secondo comma dell'art. 54, d.lgs. n. 163 del 2006, può essere utilizzata solo nei casi specifici in cui la legge lo preveda espressamente*”; si veda, altresì, in merito alla procedura negoziale senza bando di gara quale procedura eccezionale derogatoria al principio di evidenza pubblica, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 marzo 2007, n. 1781, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Molise, Campobasso, sez. I, 16 luglio 2008, n. 689, *ivi*; T.A.R. Veneto, sez. I, 21 novembre 2008, n. 3620, *ivi*, che nell'annullare gli atti di gara inerenti l'affidamento diretto di progettazione ad un noto e prestigioso architetto, ha avuto cura di specificare che “*la regola della concorsualità non può essere violata, posto che la nozione di “affidamento”, e la conseguente necessità dell'evidenza pubblica comprendono espressamente anche i “concorsi di idee”: il che vuol dire che non solo non è consentito alle Pubbliche Amministrazioni affidare senza procedimento concorsuale qualsivoglia tipo di progettazione, ma che anche la preliminare acquisizione di idee finalizzate alla progettazione deve comunque essere acquisita e remunerata solo previo procedimento ad evidenza pubblica*”.

via pubblicazione di un avviso pubblicitario (45). I casi più importanti riguardano le situazioni di estrema urgenza, risultanti da eventi imprevedibili, e gli appalti la cui esecuzione, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, può essere affidata unicamente ad un determinato operatore economico.

Il Codice degli appalti pubblici, recato dal d.lgs. n. 163/2006, sancisce che la procedura negoziata è una gara in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici scelti dalla medesima amministrazione e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto (art. 40, comma 3).

In attuazione delle direttive comunitarie sopra richiamate, il legislatore italiano ha previsto e sancito due tipologie di procedure negoziate: previa pubblicazione del bando e senza bando. A differenza della procedura negoziata con pubblicazione del bando (*ex art. 56*), soggetta a pubblicità, ai termini per la presentazione dell'offerta ed ai criteri di selezione dell'offerta stessa, la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara (*ex art. 57*) non è soggetta a pubblicità, né a particolari regole procedimentali, salvo - qualora possibile - procedere ad una previa indagine di mercato individuando almeno tre imprese idonee ad espletare l'appalto da invitare alla negoziazione (cfr. art. 57, comma 6). L'indagine di mercato, prescritta dalla norma, è solo eventuale, poiché in alcuni casi la negoziazione è di fatto ad esecutore determinato, come nel caso dei lavori complementari o della ripetizione di servizi simili, mentre in altri casi l'amministrazione deve valutarne la concreta possibilità, potendosi ad esempio verificare che l'esigenza di tutelare l'incolumità pubblica abbia un'urgenza tale da non consentire neppure la negoziazione con tre imprese, ovvero che sussistano ragioni di natura tecnica talmente rilevanti per le quali l'affidamento debba necessariamente avvenire ad opera dell'originario esecutore (46). Deve, in ogni caso ritenersi che in ipotesi di procedura negoziata preceduta da una consultazione informale l'Amministrazione, che si sia autodisciplinata dettando regole procedimentali per lo svolgimento della negoziazione, è vincolata al loro rispetto, anche per quanto attiene alla *par condicio* fra i partecipanti (47).

(45) Cfr., in merito, art. 31 della direttiva 2004/18/CE e art. 40, paragrafo 3, della direttiva 2004/17/CE.

(46) Si veda, in tal senso, LILLI, Legge 12 luglio 2006 n. 228: le prime modifiche "in corsa" al codice degli appalti, in www.giustamm.it; altresì, *ex pluribus*, MACERONI, *La procedura negoziata nel nuovo codice degli appalti*, in *ivi*; si veda, in giurisprudenza, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 12 maggio 2008, n. 3886, in *Foro amm. TAR*, 2008, 5 1329, secondo cui: "Le norme legislative che permettono l'accesso a procedure negoziate senza bando, in deroga ai principi comunitari che regolano le procedure di evidenza pubblica aperte o ristrette, devono essere interpretate restrittivamente, gravando comunque sulla stazione appaltante l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali cui le norme riconducono la deroga".

(47) In tal senso, T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, 7 luglio 2008, n. 335, in www.giustizia-amministrativa.it.

La procedura negoziata senza bando è consentita solo nei casi espressamente previsti dall'art. 57, Codice appalti pubblici, da ritenersi tassativi ed insuscettibili di interpretazione analogica e/o estensiva, in ragione del carattere eccezionale della procedura, derogatoria del principio di evidenza pubblica sopra divisato (48).

Fra le ipotesi contemplate dall'art. 57 *cit.*, la recente decisione del T.A.R. Lazio in commento si è soffermata sulla procedura negoziale *sub* lett. c) (art. 57, comma 2), consentita *nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.*

In particolare, il Tribunale ha chiarito che il ricorso alla procedura senza pubblicazione del bando di cui all'art. 57 comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, trova fondamento nella presenza di circostanze tanto eccezionali che non consentono l'indugio degli incanti e della licitazione privata e a condizione che l'estrema urgenza risulti da eventi imprevedibili per la stazione appaltante e non dipenda invece da un ritardo di attivazione dei procedimenti ad essa imputabile.

Tuttavia, l'urgenza nel provvedere deve essere qualificata come estrema e deve derivare da circostanze che siano non prevedibili secondo l'ordinaria diligenza. Deve trattarsi, quindi, di un'urgenza qualificata e non generica, tanto da corrispondere ad esigenze eccezionali e contingenti, tali da far ritenere che il rinvio dell'intervento comprometterebbe irrimediabilmente il raggiungimento degli obiettivi che la stazione appaltante si è posta mediante la realizzazione dell'intervento stesso e non deve essere imputabile all'inerzia della stazione appaltante (49).

(48) Si veda, in merito, Corte Conti, sez. contr., 3 aprile 2007, n. 3, in *Riv. Corte conti*, 2007, 2 3.

(49) Cfr., in proposito, Autorità di Vigilanza, determinazione n. 18 del 5 aprile 2000, secondo cui: "è, pertanto, illegittimo il ricorso a tale procedura nel caso in cui l'urgenza sia sopravvenuta per comportamento colpevole dell'amministrazione, la quale, pur potendo prevedere l'evento, non ne abbia tuttavia tenuto conto al fine di valutare i tempi tecnici necessari alla realizzazione del proprio intervento"; in giurisprudenza, si veda, T.A.R. Molise, Campobasso, sez. I, 16 luglio 2008, n. 689, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui: "L'estrema urgenza dei lavori deve risultare da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, fermo restando che l'urgenza non può, né deve dipendere da un ritardo di attivazione dei procedimenti che sia imputabile all'ente pubblico"; in tal senso, già, Cons. St., sez. V, 16 novembre 2005, n. 6392, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 marzo 2007, n. 1781, *ivi*, secondo cui: "è da escludere che un ritardo imputabile alla stessa amministrazione possa giustificare la deroga ai principi dell'evidenza pubblica ed il ricorso alla trattativa privata"; si veda, inoltre, da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 12 maggio 2008, n. 3886, in *Foro amm. TAR*, 2008, 5, 1329, secondo cui: "L'urgenza, che può giustificare l'omissione dei giusti procedimenti di evidenza pubblica (senza con ciò violare i principi di legalità, imparzialità e buon andamento fissati dall'art. 97 della Costituzione), deve avere le caratteristiche della assoluta imprevedibilità e della non evitabilità altrimenti dei fatti o delle

In ogni caso, l'amministrazione ha facoltà ad indire la procedura negoziata ovvero procedere alla selezione pubblica attraverso altre forme di gara, caratterizzate da pubblicità e trasparenza, in ossequio al principio di tutela della concorrenza e del mercato (50). In particolare, nell'ambito della procedura negoziata senza bando, l'amministrazione procedente gode di ampia discrezionalità. Di guisa che l'art. 57, comma 1, impone espressamente alla stazione appaltante di esternare un'adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre, tale da indicare puntualmente le ragioni che hanno indotto l'amministrazione all'adozione della procedura speciale.

L'obbligo motivazionale è così *“funzionalizzato alla par condicio in ossequio ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (...) in termini di efficienza, di economicità e snellezza ... da riferirsi sia alla scelta di procedere a trattativa privata, sia alla mancata considerazione di talune offerte, sia alle ragioni della scelta di stipulare con un determinato offerente”*(51). Invero, nell'ambito della procedura negoziata senza pubblicazione del bando, i margini di discrezionalità della stazione appaltante sono sensibilmente maggiori rispetto alle tipiche procedure di evidenza pubblica (52). Così che la garanzia del rispetto della *par condicio* e delle regole sulla concorrenza risiede nel rispetto, a monte, dei requisiti particolarmente restrittivi che, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), Codice appalti pubblici, legittimano il ricorso a siffatta procedura (53).

Sicchè, la valutazione della legittimità dell'operato posto in essere dall'amministrazione procedente transita attraverso una duplice verifica che at-

circostanze che la caratterizzano, solo così potendosi ammettere una così grave violazione ai predetti principi costituzionali”.

(50) Si veda T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 31 gennaio 2009, n. 173, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui: *“costituendo la trattativa privata ipotesi del tutto eccezionale, l'amministrazione appaltante è libera di indire una gara pubblica, pur quando si verificano in astratto presupposti per aggiudicare i lavori mediante trattativa privata, senza neanche indicare le ragioni di tale scelta, rientrando ciò nelle scelte ordinarie dell'amministrazione che l'ordinamento considera di per sé preferibili (Consiglio Stato, sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3721), piuttosto, al contrario, è la scelta della P.A. di procedere a trattativa privata che va adeguatamente motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti specifici legali che di volta in volta la giustificano; mentre, qualora l'amministrazione si orienti per la gara pubblica, non occorre addurre alcuna giustificazione, rientrando ciò nelle opzioni normali che l'ordinamento considera di per sé preferibili, anche quando si verificano in astratto, i presupposti per aggiudicare l'affare mediante procedura negoziata”.* Altresi, Cons. St., sez. VI, 16 ottobre 2008, n. 5023, *ivi*, secondo cui: *“laddove si presenti l'urgenza di provvedere l'amministrazione ha il potere di scegliere il contraente mediante procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara; tale scelta peraltro non può essere ritenuta automatica, e deve essere ponderata con i rischi per la spesa pubblica ed anche per la qualità della prestazione da ottenere, una volta che la concorrenza è fortemente limitata o, come nel caso di specie, nel quale è stata presentata una sola offerta valida, sostanzialmente annullata”.*

(51) Così, testualmente, DE NICTOLIS, *op. cit.*, 1766-1767.

(52) In tal senso, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 23 giugno 2008, n. 1540, in www.giustamm.it; Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3999, in www.giustizia-amministrativa.it.

(53) Così, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 23 giugno 2008, n. 1540, *cit.*

tiene, da un lato, all'*estrema urgenza* nel provvedere in presenza di *eventi imprevedibili*, e, dall'altro, all'ostensione di un idoneo (*rectius*: adeguato) apparato motivazionale con il quale venga fornita congrua emersione alle relative ragioni. Tanto che, l'esame delle determinazioni a contrarre deve consentire un positivo apprezzamento della sussistenza dei presupposti, sia per quanto concerne la situazione non altrimenti fronteggiabile, sia con riferimento alla emersione di ragioni che giustificano il ricorso all'eccezionale procedura selettiva. Detto altrimenti, l'urgenza del provvedere, da coniugarsi – come la norma impone – con l'imprevedibilità della situazione da fronteggiare, deve trovare riscontro nella fattispecie del caso concreto, in ragione della quale l'amministrazione appaltante ha indetto la procedura negoziata. Sicchè dall'apparato motivazionale della determina a contrarre deve emergere il nesso di necessaria implicazione causale tra la situazione di estrema urgenza ed il ricorso alla trattativa privata. Non è, dunque, sufficiente una mera formula di stile, essendo di contro necessaria una motivazione sostanziale, di modo tale che i relativi presupposti giustificanti l'indizione della procedura negoziata vanno valutati ed apprezzati con il necessario rigore.

Tuttavia, atteso il carattere singolare della procedura negoziata di cui alla lett. c), i presupposti per il ricorso alla procedura negoziata non corrispondono, in modo automatico, ai presupposti per la dichiarazione dello stato di emergenza. In ciò sta il punto centrale della decisione del Tribunale amministrativo capitolino: non può, invero, assumersi *a priori* che la situazione di emergenza che caratterizza la dichiarazione (*ex art. 5, l. n. 225/92*) dello stato emergenziale integri *sic et simpliciter* i presupposti necessari per l'indizione della procedura negoziata di cui all'art. 57, comma 2, lett. c), Codice appalti pubblici.

Deve, quindi, escludersi la legittimità di una motivazione che identifica le ragioni di urgenza dell'affidamento richieste dalla lett. c) dell'art. 57, comma 2, con i presupposti (emergenziali) inerenti al conferimento dei poteri commissariali.

Detto in altro modo, i poteri emergenziali non giustificano in quanto tali l'erosione dei principi comunitari di trasparenza e confronto concorrenziale, occorrendo un *quid pluris*, che l'Ufficio commissariale avrà l'onere di allegare a corredo della determinazione a contrarre.

*Avv. Alfonso Mezzotero**

(*) Avvocato dello Stato.

Con la collaborazione del dott. Aurelio Schiavone.

Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Roma, Sezione I, sentenza 18 febbraio 2009 n. 1656 - Pres. Giovannini, Rel. Politi - Kapsch Trafficom s.r.l. e Kapsch-Busi S.p.A. (Avv.ti M. Sanino e L. Montarsolo) c. Sindaco di Napoli, in qualità di Commissario delegato ex O.P.C.M. 3566/2007, Presidenza del Consiglio dei Ministri (Avvocatura generale dello Stato), Comune di Napoli (Avv.ti B. Ricci, G. Tarallo, B. Crimaldi, A. Cuomo, A.I. Furnari, G. Pizzi, A. Pulcini, B. Accattatis Chalons D'Oranges, A. Andreottola, E. Carpentieri, G. Romano).

(Omissis)

FATTO

Espongono preliminarmente le ricorrenti KAPSCH TRAFFICCOM s.r.l. e KAPSCH-BUSI S.p.A. (società operative per il mercato italiano del gruppo KAPSCH TRAFFICCOM A.G. con sede in Vienna) che con ordinanza del 5 marzo 2007 il Presidente del Consiglio dei Ministri ha nominato – fino al 31 dicembre 2008 – il Sindaco di Napoli Commissario delegato per l'attuazione degli interventi volti a fronteggiare la situazione di emergenza nel settore del traffico e della mobilità urbana.

Nominato nella persona del Direttore Generale del Comune di Napoli il "Soggetto Attuatore", il predetto organo commissariale – con decreto del 9 febbraio 2008 – indicava l'obiettivo di procedere alla sperimentazione, implementazione e consegna al Comune di Napoli di un sistema integrato ITS (Intelligent Transportation System) per il controllo e la regolamentazione del traffico urbano.

Con il medesimo decreto veniva affidato a Napolipark s.r.l. (società in house del Comune di Napoli) il compito di procedere all'implementazione del sistema integrato.

Quest'ultima, con nota del successivo 13 marzo, rappresentava al commissario delegato l'esigenza di individuare il soggetto appaltatore per la realizzazione del sistema anzidetto a mezzo di gara ad evidenza pubblica.

Nondimeno, il commissario delegato (decreto n. 19 del 10 aprile 2008) affidava al Soggetto Attuatore il compito di procedere direttamente all'affidamento della progettazione e realizzazione del sistema integrato ITS mediante procedura ristretta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e/o negoziata, procedendo ad apposita indagine esplorativa al fine di individuare gli operatori maggiormente qualificati per la formulazione degli inviti a partecipare alla procedura stessa.

Successivamente, il Soggetto Attuatore stabiliva di indire procedura negoziata di affidamento ancorché in difetto dello svolgimento della pur prevista indagine esplorativa; ed approvava, conseguentemente, gli atti preordinati all'indizione della selezione.

Ciò premesso, evidenza parte ricorrente di aver chiesto (nota del 7 agosto 2008) di essere invitata a partecipare alla trattativa privata.

La struttura commissariale riservava, tuttavia, esito negativo all'istanza da ultimo indicata, in ragione dell'avvenuta preselezione dei soggetti da invitare in seguito all'affermato svolgimento di una preventiva indagine esplorativa.

Assume ora parte ricorrente che gli atti come sopra impugnati siano illegittimi in ragione dei motivi di doglianza infra esposti.

1) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1 E 3 DELLA LEGGE 241/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 57, COMMA 1, DEL D.LGS. 12 APRILE 2006 N. 163. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO

AL PRINCIPIO DI CONCORRENZIALITÀ, TRASPARENZA ED IMPARZIALITÀ. ECCESSO DI POTERE IN OGNI SUA FIGURA SINTOMATICA ED IN PARTICOLARE DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA.

Nell'osservare come la decisione del Commissario delegato di procedere all'affidamento dell'appalto in esame a seguito di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando sia immotivata, rileva parte ricorrente come l'eccezionalità di tale procedura avrebbe dovuto imporre l'esplicitazione di un congruo apparato motivazionale recante l'indicazione dei relativi presupposti giustificativi.

2) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 57, LETT. B), DEL D.LGS. 12 APRILE 2006 N. 163. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL PRINCIPIO DI TRASPARENZA, PUBBLICITÀ ED IMPARZIALITÀ E DI PAR CONDIZIO FRA I CONCORRENTI. VIOLAZIONE DELL'ART. 31 DELLA DIRETTIVA CE 2004/18. ECCESSO DI POTERE IN OGNI SUA FIGURA SINTOMATICA ED IN PARTICOLARE PER DIFETTO ED ERRONEA MOTIVAZIONE, CONTRADDITTORIETÀ E SVIAMENTO.

Sarebbero, inoltre, insussistenti i presupposti fissati dalla pertinente normativa ai fini dell'indizione di una procedura negoziata senza bando: in particolare, escludendosi che – quanto all'affidamento del servizio de quo – fosse rinvenibile unicamente un operatore determinato in grado di garantirne l'esecuzione.

3) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 57, LETT. C), DEL D.LGS. 12 APRILE 2006 N. 163. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL PRINCIPIO DI TRASPARENZA, PUBBLICITÀ ED IMPARZIALITÀ E DI PAR CONDIZIO FRA I CONCORRENTI. VIOLAZIONE DELL'ART. 31 DELLA DIRETTIVA CE 2004/18. ECCESSO DI POTERE IN OGNI SUA FIGURA SINTOMATICA ED IN PARTICOLARE PER DIFETTO ED ERRONEA MOTIVAZIONE, CONTRADDITTORIETÀ, TRAVISAMENTO ED IRRAGIONEVOLEZZA.

Né, quanto alla fattispecie in esame, sarebbe comprovata la presenza di ragioni di urgenza nel provvedere all'affidamento dell'appalto, tali da giustificare il ricorso alla procedura all'esame: non potendosi ravvisare, secondo quanto sostenuto dalla parte ricorrente, tali ragioni nei presupposti per i quali è stata dichiarata la situazione emergenziale in relazione ai problemi di traffico e di mobilità urbana nella Città di Napoli.

4) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 57, LETT. C), DEL D.LGS. 12 APRILE 2006 N. 163 SOTTO DIVERSO ED ULTERIORE PROFILO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL PRINCIPIO DI TRASPARENZA, PUBBLICITÀ ED IMPARZIALITÀ. VIOLAZIONE DELL'ART. 31 DELLA DIRETTIVA CE 2004/18. ECCESSO DI POTERE IN OGNI SUA FIGURA SINTOMATICA ED IN PARTICOLARE PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA, TRAVISAMENTO ED IRRAGIONEVOLEZZA.

La disposizione di cui alla lett. c) dell'art. 57 del D.Lgs. 163/2006 sarebbe, inoltre, stata violata nella parte in cui stabilisce un nesso di stretta proporzionalità fra l'oggetto dell'affidamento ed il superamento delle condizioni eccezionali dell'urgenza.

In particolare, se la norma consente di derogare ai principi di concorrenzialità nella misura strettamente necessaria a superare una situazione di emergenza, nel caso di specie è stato pre-

visto l'affidamento di un sistema complesso – quale quello per la regolamentazione ed il controllo del traffico urbano – con ogni evidenza incompatibile con l'adozione di interventi preordinati al superamento di contingenze aventi carattere di imprevedibilità ed urgenza.

5) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 57, COMMI 1 E 6, DEL D.LGS. 12 APRILE 2006 N. 163. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1 E 3 DELLA LEGGE 241/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI IN MATERIA DI GARE PUBBLICHE, ANCHE DI DERIVAZIONE COMUNITARIA ED IN PARTICOLARE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA ED IMPARZIALITÀ. ECCESSO DI POTERE IN OGNI SUA FIGURA SINTOMATICA ED IN PARTICOLARE DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA, TRAVISAMENTO, CONTRADDITTORIETÀ ED IRRAGIONEVOLEZZA.

Parimenti viziata si rivela l'indizione della procedura negoziata non proceduta dallo svolgimento di un'indagine di mercato o esplorativa (come, peraltro, in un primo momento indicato nel decreto commissariale n. 20 del 15 aprile 2008).

6) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 5 DELLA LEGGE 24 FEBBRAIO 1992 N. 225. VIOLAZIONE DELLA DIRETTIVA DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI DEL 22 OTTOBRE 2004. VIOLAZIONE DELL'O.P.C.M. N. 3566/2007. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI IN MATERIA DI PUBBLICHE GARE. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE SUE FIGURE SINTOMATICHE ED IN PARTICOLARE DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA. CONTRADDITTORIETÀ. TRAVISAMENTO.

Né i provvedimenti gravati trovano profili di legittimità nell'adottabilità di determinazioni derogatorie del vigente quadro normativo, assunte ai sensi della legge 225/1992, atteso che in essi non trovasi indicato alcun riferimento alle disposizioni suscettibili di essere derogate.

7) ECCESSO DI POTERE IN OGNI SUA FIGURA SINTOMATICA ED IN PARTICOLARE TRAVISAMENTO DEI FATTI, ERRONEITÀ E CONTRADDITTORIETÀ DELLA MOTIVAZIONE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, IRRAGIONEVOLEZZA, SVIAMENTO.

La nota commissariale con la quale è stata respinta la richiesta inoltrata dall'odierna ricorrente ai fini della partecipazione alla procedura de qua sarebbe, poi, viziata non soltanto in via derivata con riferimento ai presupposti atti di indizione della procedura stessa, ma anche in ragione dell'erroneità della circostanza (pregresso svolgimento di indagine esplorativa) nella nota medesima indicata a fondamento del diniego di invito.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

Le Amministrazioni intimete, costitutesi in giudizio, hanno eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

La domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, dalla parte ricorrente proposta in via incidentale, è stata da questo Tribunale accolta con ordinanza n. 5997, pronunciata nella Camera di Consiglio del 17 dicembre 2008.

Con il medesimo provvedimento è stata altresì fissata, ai sensi dell'art. 23-bis della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, l'odierna pubblica udienza ai fini della trattazione del merito della presente controversia.

DIRITTO

Riveste assorbente rilevanza, ai fini dell'accoglimento dell'impugnativa all'esame, la fondatezza della censura con la quale parte ricorrente ha contestato la sussistenza dei presupposti

per lo svolgimento di una procedura negoziata, senza previa pubblicazione di bando di gara, ai fini dell'aggiudicazione della progettazione e realizzazione chiavi in mano del Sistema integrato di monitoraggio, gestione e controllo del traffico della Città di Napoli.

1. Va preliminarmente osservato che l'art. 57 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 prevede, al comma 1, che le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre.

Le coordinate applicative dell'istituto sono precisate dal successivo comma 2; il quale stabilisce che, nei contratti pubblici relativi a lavori, forniture, servizi, la procedura in questione è consentita:

- a) "qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura ...";
 - b) "qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato";
 - c) "nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti".
- Un preliminare ordine di considerazioni va svolto con riferimento all'operatività, quanto alla vicenda in esame, della disposizione ora riportata.

Ciò in quanto la difesa del Comune di Napoli (da ultimo, con la memoria depositata il 21 gennaio 2009) pone in evidenza come l'O.P.C.M. 3566/2007 abbia espressamente autorizzato il Commissario delegato a derogare, fra le altre, anche alla disposizione di cui all'art. 57 del D.Lgs. 163/2006.

Ora, impregiudicato il richiamo alla norma in questione operato dalle determinazioni commissariali che infra verranno individuate (circostanza che, anche se induttivamente, dimostra l'assenza, all'interno della vicenda procedimentale all'esame, di alcun intento derogatorio riguardante la previsione legislativa di che trattasi), va – in linea di principio – osservato che l'esercizio dei poteri derogatori ex art. 5, comma 2, della legge 24 febbraio 1992 n. 225 necessita, comunque, di congrua esplicitazione motivazionale, da parte del Commissario delegato, con puntuale riferimento alle norme alla quale si sia inteso derogare ed alle ragioni della deroga, non essendo sufficiente un mero richiamo per relationem alle OO.PP.CC.MM. che hanno previsto la derogabilità di norme di legge (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 2008 n. 3276).

L'assenza di alcuna manifestata volontà derogatoria – e, con essa, dei relativi presupposti giustificativi – consente di escludere che, quanto alla sottoposta vicenda contenziosa, le disposizioni dettate dall'art. 57 del D.Lgs. 163/2006 non dovessero trovare (con riferimento alle fattispecie ivi disciplinate ed alle relative modalità attuative) piena ed integrale applicazione: l'operato nella circostanza posto in essere dalla precedente Autorità dovendo, conseguentemente, essere sottoposto a disamina in un'ottica di necessaria parametrizzazione con l'osservanza delle prescrizioni dalla citata norma dettate.

Ciò osservato, merita particolare attenzione, ai fini della delibazione della sottoposta vicenda contenziosa, l'ipotesi contemplata alla lett. c) del comma 2 dell'articolo in questione.

Con essa, la valutazione della legittimità dell'operato nella circostanza posto in essere dalla precedente Amministrazione transita attraverso una duplice verifica, riguardante:

- da un lato, l'“estrema urgenza” nel provvedere, per come qualificata dalla riportata disposizione (e coordinata alla presenza di “eventi imprevedibili”);
- e, per altro verso, l'ostensione di un idoneo (rectius: adeguato, alla stregua del letterale tenore della disposizione in rassegna) apparato motivazionale con il quale venga fornita congrua emersione alle relative ragioni.

2. L'esame delle gravate determinazioni non consente un positivo apprezzamento della sussistenza degli indicati presupposti, né per quanto concerne l'intrinsecità di una situazione non altrimenti fronteggiabile, né con riferimento alla emersione di ragioni giustificanti il ricorso all'eccezionale procedura in discorso.

2.1 Va in primo luogo chiarito, a premessa delle considerazioni che il Collegio intende infra esporre, che effettivamente il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando riveste carattere di eccezionalità.

Con la conseguenza che:

- se i relativi presupposti giustificanti vanno valutati ed apprezzati con il necessario rigore, onde scongiurare che situazioni di pretesa (ma non compiutamente dimostrabile) urgenza possano costituire un *commodus discessus* rispetto all'obbligo di individuare il privato contraente attraverso il confronto concorrenziale che solo la pubblica procedura di selezione consente di attuare con carattere di oggettività e trasparenza;
- d'altro canto, l'obbligo motivazionale, lungi dall'atteggiarsi alla stregua di una mera estrinsecazione di un apparato giustificativo preconfezionato al solo scopo di offrire emersione alle scelte discrezionalmente operate dall'Amministrazione, deve oggettivamente (quanto, con ogni evidenza, compiutamente) offrire l'indicazione dei pertinenti presupposti legittimanti: e, con essi, della presenza di un nesso di necessaria (quanto univoca) implicazione causale, tale da imporre (in presenza di condizioni che la stessa legge qualifica, delimitandone l'operatività alla misura “strettamente necessaria”, in termini di “estrema urgenza” e di “imprevedibilità”) il ricorso alla trattativa privata.

Ciò osservato, va in primo luogo escluso che la pretesa urgenza del provvedere, da coniugarsi – come la norma impone – con l'imprevedibilità della situazione da fronteggiare, nel caso in esame siano state comprovate in relazione alla concreta fattispecie a fronte della quale l'organismo commissariale ha indetto la contestata procedura.

Si sostiene, da parte delle difese delle parti intimate (Commissario governativo; Amministrazione comunale di Napoli) che la stessa investitura dei poteri commissariali – e, prima ancora, la declaratoria dello stato emergenziale – evidenzino, con carattere di non misconoscibile rilievo, l'eccezionalità della situazione del traffico nel capoluogo partenopeo: di tal guisa che l'indifferibilità del provvedere (e, con essa, la ricorribilità all'ipotesi di cui alla lett. c) dell'art. 57 del D.Lgs. 163/2006) conseguirebbero ex se al complesso di determinazioni che, per effetto ed a seguito dell'O.P.C.M. 3566/2007, hanno condotto all'adozione degli atti ora avversati. Tale argomentazione, in effetti, si dimostra suscettibile di interpretazione in senso specularmente opposto rispetto alla prospettazione delle resistenti: ed adduce all'attenzione del Collegio un primo elemento – che, sia pure connotato dal carattere di presuntività, nondimeno rivela univoca conclusione ermeneutica – di confutazione dell'esistenza dei presupposti di legge al fine di legittimare il ricorso alla procedura negoziata.

2.2 Se è infatti vero che la situazione del traffico napoletano presentava elementi di criticità tali da indurre, ad opera del Presidente del Consiglio dei Ministri, la nomina (di cui all'ordinanza in data 5 marzo 2007) di un organo commissariale dotato degli straordinari poteri di cui all'art. 5 della legge 225/1992, allora non può non convenirsi sul carattere di incontrovertibile

(preesistenza e) notorietà che siffatta situazione, fin dal momento della sua “emersione” in termini emergenziali, ha assunto.

Conseguentemente, appare arduo poter sostenere che “soltanto” in data 10 giugno 2008 l’organo commissariale abbia potuto prendere cognizione della presenza dei presupposti legittimanti il ricorso alla procedura negoziata ex art. 57: e, conseguentemente, emanare l’avversato decreto di indizione della procedura stessa.

Se, effettivamente, nella (mera) declaratoria dello stato di emergenza fosse ex se individuabile il presupposto di una situazione di indifferibile urgenza tale da giustificare la ripetuta procedura, non è allora dato comprendere perché sia decorso – fra la nomina dell’organismo commissariale e l’emanazione del decreto da ultimo citato – un arco temporale ragguagliabile ad oltre quindici mesi.

In tale arco temporale – è peraltro opportuno soggiungere – lo stesso organismo commissariale, una volta individuato (e nominato) nella persona del Direttore Generale del Comune di Napoli il “Soggetto Attuatore” degli interventi volti a fronteggiare la situazione emergenziale di che trattasi, ha indicato (decreto n. 9 del 26 febbraio 2008) l’obiettivo di procedere alla “sperimentazione, implementazione e consegna al Comune di Napoli di un sistema integrato ITS (Intelligent Transportation System) con funzioni di controllo e regolamentazione del traffico urbano.

Con il provvedimento da ultimo citato, veniva inoltre affidato a Napolipark s.r.l. (società in house del Comune) il compito di procedere all’implementazione del sistema integrato, fissandosi al 30 settembre 2008 la data di conclusione della fase sperimentale dell’impianto.

A fronte di quanto rappresentato al Commissario da Napolipark con nota del 13 marzo 2008 (esigenza dell’elaborazione di un capitolato tecnico da porre a base della procedura ad evidenza pubblica preordinata all’individuazione del soggetto incaricato della progettazione del sistema de quo), lo stesso Commissario (decreto n. 19 del 10 aprile 2008) affidava al Soggetto Attuatore il compito di “procedere direttamente, attraverso la struttura commissariale, all’affidamento della progettazione e realizzazione del sistema integrato ITS”; ulteriormente stabilendo che siffatto affidamento sarebbe dovuto intervenire mediante ricorso ad una “procedura ristretta con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e/o negoziata, tenuto conto dell’indeterminatezza del numero di operatori qualificati che risultino effettivamente in possesso della tecnologia necessaria, nonché della necessità di contrarre al massimo i tempi di esecuzione, procedendo a tal fine ad apposita indagine esplorativa allo scopo di individuare i detti operatori qualificati, al fine del successivo loro invito alla procedura ristretta e/o negoziata”.

Come inequivocamente illustrato dal riportato contenuto del decreto 19/2008, non è dato rinvenire la presenza dei presupposti legittimanti il ricorso alla procedura negoziata: e ciò in quanto:

- laddove fosse stato dato riscontrare, al momento dell’adozione del provvedimento de quo, l’effettiva sussistenza di una situazione di “estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili” ed incompatibile “con i termini imposti dalle procedure aperte o ristrette”,
- allora non è dato comprendere perché l’organo commissariale, nell’affidamento dell’incarico in questione al Soggetto Attuatore, abbia posto il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando in un rapporto di alternative rispetto alla procedura ristretta da aggiudicare all’offerta economicamente più vantaggiosa.

2.3 Se l’obbligo motivazionale imposto, ai fini in discorso, dall’art. 57 del D.Lgs. 163/2006 non si dimostra, con ogni evidenza, assolto dal decreto commissariale n. 19/2008, a conclu-

sioni difformi non è dato pervenire a seguito della lettura della determinazione (n. 20 del 15 aprile 2008) con la quale il Soggetto Attuatore ha effettuato la scelta al medesimo rimessa optando per la procedura negoziata.

In esso leggesi infatti che la scelta della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando è giustificata in ragione della configurazione dei relativi “tempi tecnici”: i quali, “in termini di ricezione delle offerte, sono inferiori a quelli prescritti per l’espletamento di una procedura ristretta”.

Già da tale – pur scarno – apporto motivazionale non è dato comprendere, attesa la conoscibilità ex ante della tempistica della procedura ristretta, perché l’urgenza (rectius: l’“estrema” urgenza) legittimante il ricorso alla lettera c) del comma 2 dell’art. 57 non abbia formato oggetto di pregresso apprezzamento.

Carattere di rincarata incomprendibilità rivela, tuttavia, il successivo periodo del decreto 20/2008, laddove si afferma che “sussistono le condizioni previste e disciplinate dall’art. 57, comma 2, del D.Lgs. 163/2006 per il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ricorrendo, nella fattispecie in oggetto, le ragioni di natura tecnica invocate dalla predetta norma sub lett. b), nonché le motivazioni di urgenza dell’affidamento richieste sub lett. c) che costituiscono il presupposto degli stessi poteri conferiti con l’O.P.C.M. n. 3566/2007.

Se le ragioni di carattere tecnico richiamate dalla lett. b) del ripetuto articolo di legge formano oggetto di indimostrata affermazione (risolvendosi, per l’effetto, la relativa postulazione in una apodittica asserzione sornita di alcun supporto giustificativo), diversamente l’applicabilità della lett. c) dello stesso art. 57 viene ascritta (non già al determinarsi di una situazione di urgenza occasionata dall’insorgenza di non prevedibili evenienze; quanto, piuttosto) agli stessi presupposti del conferimento dei poteri commissariali.

Va al riguardo escluso che i presupposti per il ricorso alla procedura negoziata, valutati all’interno delle coordinate normative che ne consentono l’esperimento, si atteggino in un rapporto di aprioristica (quanto automatica) corrispondenza con i presupposti per la dichiarazione dello stato di emergenza.

A differenza di quest’ultimo, infatti, il ricorso alla procedura senza pubblicazione del bando di cui all’art. 57 comma 2, lett. c), del D.Lgs. 163/2006 trova fondamento nella presenza di circostanze eccezionali che non consentano l’indugio degli incanti e della licitazione privata, previa esposizione delle ragioni giustificative della deroga, e a condizione che l’estrema urgenza risulti da eventi imprevedibili per la stazione appaltante e non dipenda invece da un ritardo di attivazione dei procedimenti ad essa imputabile (cfr. . Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2005 n. 6392; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 marzo 2007 n. 1781; T.A.R. Molise, 16 luglio 2008 n. 689).

Deve quindi escludersi la legittimità di una motivazione, quale quella esposta nella determinazione da ultimo citata, che identifica le motivazioni di urgenza dell’affidamento richieste dalla lett. c) dell’art. 57 con i presupposti (emergenziali) inerenti al conferimento dei poteri di cui all’O.P.C.M. n. 3566/2007.

2.4 Sotto altro profilo, lo svolgimento stesso delle successive vicende procedurali illustra la disinvolta configurazione del carattere di estrema urgenza che (quand’anche si ritenga positivamente configurabile quanto alla vicenda in esame) ha suggerito all’Autorità procedente di escludere l’esperibilità di una procedura ristretta, imponendo il ricorso alla procedura negoziata.

A quasi due mesi dall’adozione della richiamata determinazione 20/2008, infatti, il decreto

commissariale n. 39 del 10 giugno 2008:

- non soltanto ha dato atto che il dirigente incaricato di svolgere attività “esplorativa” preordinata ai fini dell’individuazione di soggetti qualificati per l’affidamento dell’appalto “non ha potuto svolgere, nel termine fissato al 29 aprile 2008, l’incarico conferitogli”;
- ma, ulteriormente (e pur in presenza della elaborazione definitiva del capitolato prestazionale d’appalto), ha fissato il termine ultimo per la presentazione delle offerte al 1° settembre 2008 (cioè, a distanza di oltre due mesi e mezzo dalla data di adozione del provvedimento in rassegna).

Lo svolgimento della tempistica procedimentale, per come precedentemente illustrato, consente di apprezzare:

- non soltanto l’omessa esplicitazione delle ragioni di urgenza che hanno imposto il ricorso alla procedura negoziata (non potendosi rinvenire idoneità giustificativa, come precedentemente esposto, nella mera, ancorché presupposta, presenza di un dichiarato stato emergenziale);
- ma, anche, l’assenza di alcuna effettiva dimostrazione in ordine alla necessità di esperire l’anzidetta procedura in luogo della procedura ristretta (*rectius*: della incompatibilità dello svolgimento di quest’ultima con la celerità del provvedere), atteso che, laddove il presupposto all’uopo giustificativo venga individuato nella maggiore speditezza della relativa tempistica, allora non è dato comprendere come l’arco temporale compreso fra la delibera del 15 aprile 2008 ed il termine ultimo individuato per la presentazione delle offerte si ragguagli a quattro mesi e mezzo (ed evidenzi una complessiva commisurazione *ex se* non certo incompatibile con l’esperimento della procedura ristretta).

3. Le considerazioni dianzi esposte univocamente impongono di dare atto della fondatezza delle censure dedotte dalla parte ricorrente con riferimento al contestato esperimento di una procedura negoziata senza pubblicazione di bando:

- sia per quanto concerne l’individuata carenza dei necessari presupposti giustificativi il ricorso a siffatta metodologia di individuazione del contraente;
- sia in ragione della manifesta inadeguatezza ed incongruità del relativo apparato motivazionale;

sotto entrambi gli indicati profili rinvenendosi univoci elementi di violazione delle indicazioni dettate al comma 2, lett. c) dell’art. 57 del D.Lgs. 163/2006.

Ciò osservato, all’accogliibilità del gravame – nei limiti dianzi indicati; e con inevitabile assorbimento dei rimanenti argomenti di censura – non costituisce ostacolo la presenza di profili di inammissibilità del proposto mezzo di tutela, per come articolati (da ultimo con memoria depositata il 21 gennaio 2009) dalla difesa dell’intimata Amministrazione comunale.

Quest’ultima, in particolare, sostiene:

- che sia mancata la necessaria completezza del contraddittorio processuale, in ragione dell’omessa evocazione in giudizio, da parte dell’odierna ricorrente, di Napolipark s.r.l. (mutuante la qualità di parte necessaria dalla circostanza che a quest’ultima, secondo quanto stabilito dal decreto commissariale n. 19/2008, farà capo la gestione degli impianti di regolamentazione del traffico urbano);
- della carenza di interesse, in capo a KAPSCH TRAFFICCOM, alla contestazione in sede giudiziale di una procedura negoziata alla quale la medesima società ha manifestato l’intendimento di essere invitata a partecipare; a tale manifestazione di volontà accedendo una (tacita, ma asseritamente concludente) accettazione della tipologia di gara scelta dall’Amministrazione.

3.1 La prima delle indicate eccezioni di inammissibilità non rivela pregio.

Nell'osservare come Napolipark sia una società strumentale del Comune di Napoli (della quale quest'ultimo è socio unico) per lo svolgimento in house dei servizi relativi al traffico ed alla mobilità, va rilevato come il decreto commissariale n. 9 del 26 febbraio 2008 abbia individuato nella predetta Amministrazione comunale il soggetto destinatario del sistema integrato ITS; in proposito rivelando univoca conclusione la disposizione, in tale atto contenuta, per cui l'obiettivo perseguito risulta essere rappresentato dalla "sperimentazione, implementazione e consegna al Comune di Napoli" del sistema di che trattasi.

Non può, conseguentemente, essere disconosciuto che unicamente nell'Amministrazione anzidetta – notificataria del gravame; e, quindi, regolarmente evocata in giudizio – vada ascritta una posizione legittimante ad opponendum; non rivelando omogeneo fondamento giustificativo il successivo affidamento gestionale del servizio a società che, in quanto legata al Comune da vincolo di strumentalità, si atteggia, ai fini in discorso, quale articolazione organizzativa di quest'ultimo (destinataria, conseguentemente, di un interesse oppositivo meramente derivato).

3.2 Né si dimostra fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, che viene dalla difesa comunale ricongiunta all'intento dalla ricorrente manifestato di accettare il ricorso ad una procedura negoziata.

Tale intento, in particolare, sarebbe comprovato dalla richiesta da quest'ultima inviata all'organo commissariale (e pervenuta il 12 agosto 2008) di essere invitata a partecipare alla procedura di progettazione e fornitura del sistema integrato di monitoraggio, gestione e controllo del traffico della Città di Napoli.

La giurisprudenza (citata anche dalla resistente) ha in proposito sostenuto che sono inammissibili, per difetto di interesse, le censure proposte con il ricorso giurisdizionale dal soggetto che ha partecipato ad una gara a trattativa privata, qualora siano dirette a contestare l'utilizzo di tale strumento di scelta del contraente per difetto delle necessarie condizioni legittimanti, in considerazione del fatto che, con la domanda di partecipazione alla gara, il partecipante medesimo ha evidenziato chiaramente e univocamente la volontà di accettare la tipologia di gara scelta dall'Amministrazione procedente (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II, 11 giugno 2008 n. 1351; T.A.R. Sardegna, sez. I, 23 dicembre 2005 n. 2445; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 5 gennaio 2005 n. 4).

L'apparente assolutezza dei menzionati arretrati giurisprudenziali merita una precisazione.

Ritiene infatti il Collegio che soltanto alla partecipazione – senza riserve – ad una procedura negoziata possa accedere l'inammissibilità, per intervenuta acquiescenza, delle censure fondate sull'assenza delle condizioni legittimanti l'impiego di tale metodo di contrattazione; e sempre purché l'interesse azionato non sia correlato all'aggiudicazione in sé (il che avrebbe giustificato l'impugnazione congiunta del bando di gara e degli atti conclusivi della selezione), ma alla scelta iniziale di assegnare mediante tale tipologia di selezione il contratto in considerazione (cfr., in termini, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 19 gennaio 2006 n. 145; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 22 giugno 2004 n. 360).

Nella fattispecie all'esame, al contrario, la ricorrente non ha partecipato alla procedura negoziata indetta dall'organismo commissariale; né alla mera richiesta di essere invitata può fondatamente ricongiungersi, con carattere di univoca conclusione, una valenza abdicativa (veicolata da una condotta asseritamente acquiescente) ai fini della contestazione in sede giurisdizionale dei relativi presupposti giustificativi.

D'altro canto, l'indimostrata conoscenza, da parte di KAPSCH TRAFFICOM, delle ragioni

che avevano indotto l'Amministrazione a ricorrere alla suddetta procedura di selezione (conoscenza che non può certo essere argomentata dalla mera presentazione di una richiesta di invito a partecipare) esclude che in capo ad essa possa essersi radicata una univoca volontà acquiescente, la cui configurabilità potrebbe essere comprovata solo in presenza di una incontestata partecipazione all'intera procedura di selezione (nella fattispecie, non intervenuta).

4. Conclusivamente ribadite le svolte considerazioni, accede alla fondatezza della censura sopra esaminata l'accogliibilità del gravame, con assorbimento dei rimanenti profili di censura; conseguentemente imponendosi l'annullamento delle gravate determinazioni.

Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione I – accoglie, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti con esso impugnati.

Sul contenuto e i limiti nell'imposizione del vincolo di tutela indiretta

(Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Parma, Sezione Prima, sentenza 20 ottobre 2009 n. 684)

La pronuncia del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna rappresenta un utile ed ulteriore approfondimento sul sempre attuale tema dell'imposizione del vincolo di tutela indiretta in materia di beni culturali. La sentenza in commento offre, grazie all'*iter* argomentativo del Giudice Amministrativo, un'analisi attenta circa il contenuto prescrittivo atipico nonché le finalità cui il vincolo *de quo* è preposto, senza tralasciare i limiti di adozione delle misure indirette, cui l'Amministrazione deve soggiacere al fine di una tutela efficace.

Fatto

In data 8 luglio 2000 con decreto n. 12612 il Direttore generale del Ministero per i Beni e le Attività culturali sottoponeva a vincolo di tutela indiretta, ai sensi dell'articolo 49 del D.lgs. n. 490 del 1999 (1), vari immobili ubicati in prossimità delle Mura di cinta di Piacenza (2), tra cui un'area di proprietà della Società Immobiliare Elle.Bi S.r.l. Con tale decreto il Ministero poneva alcune prescrizioni volte ad introdurre l'obbligo dell'approvazione da parte della Soprintendenza per i beni ambientali e architettonici dell'Emilia per tutti gli interventi da realizzare all'interno delle aree soggette al vincolo, estendendo tale vincolo ad una fascia di rispetto di 40 metri nello spazio prospiciente il canale di pertinenza del bene tutelato e imponendo altresì un limite massimo di altezza del nuovo edificato. Tali limitazioni impedivano la realizzazione di un progetto planivolumetrico ad opera della stessa Società. Quest'ultima proponeva impugnativa avverso il provvedimento ministeriale per l'annullamento dello stesso. L'istanza cautelare *de qua* veniva respinta dalla Sezione alla Ca-

(1) Decreto Legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 "Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali a norma dell'articolo 1 della legge 8 ottobre 1997 n. 352". Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 302 del 27 dicembre 1999, Supplemento Ordinario n. 229.

(2) Le Mura di cinta di Piacenza, risalenti al XVI secolo, sono oggetto di tutela ai sensi dell'articolo 2 del Decreto legislativo 29 ottobre 1999 n. 490 ove si legge: "Sono beni culturali disciplinati a norma di questo Titolo: a) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico, o demo-etno-antropologico; b) le cose immobili che, a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura in genere, rivestono un interesse particolarmente importante; c) le collezioni o serie di oggetti che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, rivestono come complesso un eccezionale interesse artistico o storico; d) i beni archivistici; e) i beni librari".

mera di Consiglio del 5 dicembre 2000 con ordinanza n. 487. All'udienza del 6 ottobre 2009 il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna respingeva il ricorso.

Il vincolo di tutela indiretta nella normativa nazionale e nella giurisprudenza amministrativa

Una compiuta ed esaustiva ricostruzione del vincolo indiretto non può prescindere da un rinvio alla normativa vigente e alla pertinente giurisprudenza del Giudice amministrativo, il cui contributo è stato fondamentale per definire i contorni giuridici di tale istituto.

Il Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, D.lgs. n. 490 del 1999, dedica la III Sezione, articoli 49-53, alle forme di tutela indiretta dei beni di interesse storico, artistico e archeologico (3). I primi due commi dell'articolo 49 del citato Decreto, riguardo alle prescrizioni indirette, dispongono che *“Il Ministero, anche su proposta del soprintendente, ha facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità delle cose immobili soggette alle disposizioni di questo Titolo e ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro. L'esercizio di tale facoltà è indipendente dalle previsioni dei regolamenti edilizi e degli strumenti urbanistici”*. Una lettura combinata di tale dato normativo e delle più rilevanti decisioni del Giudice amministrativo (4) permette sia all'interprete che al cittadino, quest'ultimo spesso compresso nel suo diritto di proprietà ex articolo 42 della Costituzione, di cogliere i tratti essenziali di tale vincolo.

(3) La disciplina era rappresentata dall'articolo 21 della Legge 1 giugno 1939, n. 1089 secondo cui *“Il Ministro per l'educazione nazionale ha facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo la integrità delle cose immobili soggette alle disposizioni della presente legge, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro. L'esercizio di tale facoltà è indipendente dalla applicazione dei regolamenti edilizi o dalla esecuzione di piani regolatori. Le prescrizioni dettate in base al presente articolo devono essere, su richiesta del Ministro, trascritte nei registri delle Conservatorie delle ipoteche ed hanno efficacia nei confronti di ogni successivo proprietario, possessore o detentore, a qualsiasi titolo, della cosa cui le prescrizioni stesse si riferiscono”*. In seguito la disciplina è stata modificata con il Decreto Legislativo 22 gennaio 2004 n. 42, *“Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137”* pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004, Supplemento Ordinario n. 28. Secondo l'articolo 45 del citato Decreto *“Il Ministero ha facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro. Le prescrizioni di cui al comma 1, adottate e notificate ai sensi degli articoli 46 e 47, sono immediatamente precettive. Gli enti pubblici territoriali interessati recepiscono le prescrizioni medesime nei regolamenti edilizi e negli strumenti urbanistici”*.

(4) Si veda Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2006 n. 3078 e 5 ottobre 2004 n. 6488, TAR Lazio, Sez. II, 16 febbraio 2006 n. 1171 e TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 10 maggio 2004 n. 1664 .

Il vincolo indiretto dei beni immobili, non ha per oggetto la tutela immediata di beni culturali (5) bensì di beni diversi e distinti da quelli a cui è riconosciuto tale valore, ma che per loro natura e funzione (6) contribuiscono “mediatamente” alla tutela e alla valorizzazione dei primi. Il vincolo archeologico indiretto viene dunque imposto su beni e aree circostanti ai beni immobili di interesse storico, artistico e archeologico sottoposti a vincolo diretto, per garantirne una migliore visibilità e fruizione collettiva, o migliori condizioni ambientali e di decoro (7). La decisione da parte dell’Amministrazione di usare tale prescrizione indiretta costituisce espressione della cosiddetta “discrezionalità tecnica” (8) ed è ispirata dall’esigenza che il bene sottoposto al vincolo diretto sia valorizzato nella sua complessiva prospettiva e “cornice ambientale”(9). Logico corollario di ciò è che anche i beni immobili non adiacenti (10) a quello tutelato - purché allo stesso accomunati dall’appartenenza

(5) Cfr. *supra* nota n. 2.

(6) Il dato della vicinanza da un punto di vista geografico non è preminente. In coerenza con ciò si pone il principio per cui possono essere sottoposte al vincolo indiretto non solo le aree dalle quali risulti visibile il bene protetto, ma anche e soprattutto quelle che con tale bene facciano parte di un unitario e inscindibile contesto ambientale. Cons. Stato, Sez. VI, 25 novembre 2008, n. 5784. Poiché, nel caso di imposizione di vincolo indiretto, la contiguità con il bene direttamente tutelato non deve necessariamente essere solo fisica, o di carattere stilistico o estetico tra le aree, si deve ritenere che questa possa essere legittimamente giustificata anche per esigenze storiche concernenti i monumenti e le popolazioni circostanti.

(7) Cons. Stato, Sez. VI, 11 ottobre 1996 n. 1316 e 20 febbraio 1998 n.188.

(8) La discrezionalità riconosciuta all’Amministrazione nella fissazione dell’ampiezza di vincoli indiretti soggiace a precisi limiti, che possono essere individuati: nel generale concetto di logicità e razionalità dell’azione amministrativa, al fine di evitare che la vincolatività indiretta, accessoria e strumentale possa trasformarsi in una vincolatività generale e indifferenziata; nel principio di proporzionalità, consistente nella congruità del mezzo rispetto al fine perseguito; nella specifica valutazione dell’interesse pubblico “particolare” perseguito; nella necessità che la motivazione provvedimento esprima chiaramente l’impossibilità di scelte alternative meno onerose per il privato gravato del vincolo indiretto. Consiglio di Stato, VI, 20 settembre 2005, n. 4866 e n. 4867, 16 novembre 2004, n. 749. Il T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 26 marzo 2009, n. 576 ha statuito che la valutazione circa l’ampiezza del vincolo indiretto, volto a costituire una fascia di rispetto a tutela di un bene immobile di interesse storico, artistico o archeologico oggetto di tutela diretta costituisce apprezzamento tecnico discrezionale della competente P.A., nell’esercizio di un penetrante potere di merito, non sindacabile in sede di legittimità se non per macroscopico difetto di motivazione o per manifesta incongruenza o illogicità: ipotesi che non ricorrono nel caso in esame. Nemmeno si può affermare che vi sia un labile collegamento con il bene da tutelare.

(9) T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 2 aprile 2009, n. 376 “*Il vincolo indiretto ex articolo 21 della L. 1 giugno 1939, n. 1089 (oggi articolo 49, del D.Lgs. Decreto Legislativo 29 ottobre 1999, n. 490) e le relative prescrizioni a salvaguardia delle condizioni di ambiente e decoro delle cose immobili tutelate dalla stessa legge, vanno stabiliti con riguardo alla globale consistenza della cosiddetta cornice ambientale, la quale, pertanto, si estende fino a comprendere ogni immobile, purché in prossimità del bene monumentale, che sia con questo in tale relazione che la sua manomissione sia idonea ad alterare il complesso di condizioni e caratteristiche fisiche e culturali che connotano lo spazio ad esso circostante*”. Cfr., *ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 ottobre 2007 n. 5436 e T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 22 luglio 2008 n. 990.

(10) Si è voluto comprendere quindi un ambito territoriale ampio, comprensivo di ogni immobile, anche non contiguo, la cui manomissione si valuta idonea ad alterare il complesso delle condizioni e caratteristiche fisiche e culturali che connotano lo spazio circostante.

ad un unitario e inscindibile contesto territoriale - devono essere salvaguardati e possono essere oggetto di divieti e di limitazioni stabiliti di volta in volta dall'Amministrazione. Il legislatore infatti non ha previsto un contenuto prescrittivo tipico per tale vincolo, rimettendo all'autonomo apprezzamento dell'Amministrazione la determinazione delle disposizioni utili, al fine di una ottimale protezione, da adottare per la conservazione e piena fruibilità del bene, comprendendo tra tali misure anche l'inedificabilità assoluta. Per quanto concerne il contenuto del provvedimento di imposizione, di fondamentale rilievo è la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, Sez. I, 10 giugno 2008 n. 1431 secondo cui *"Il provvedimento di imposizione di un vincolo storico - artistico - archeologico deve indicare con precisione il bene oggetto del vincolo e, se indiretto, le cose in funzione delle quali il vincolo è imposto, il rapporto di complementarità fra le misure limitative e il fine pubblico perseguito nonché le ragioni di adozione della misura limitativa"*(11).

Con la formulazione dell'articolo 49 il legislatore nazionale ha dunque voluto assicurare tutela piena ed effettiva del bene di interesse storico, artistico e culturale, ex articolo 2, non solo nella sua individuale entità ma anche nel contesto in cui è posto, sulla considerazione che anche una alterazione dello stato dei luoghi in prossimità (12) del bene oggetto di tutela diretta può comprometterne il valore storico-testimoniale. Così come statuito dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia nella sentenza del 30 marzo 2009 n. 199 *"Il bene culturale quindi deve essere considerato come un unicum non scindibile dal suo ambiente originario, ragion per cui l'imposizione di un vincolo indiretto sui terreni ad esso circostanti ove necessitato dall'esigenza di salvaguardare il bene, deve essere considerato pienamente legittimo anche ove la misura incida, limitandolo, sul diritto di proprietà esclusiva di terze persone"*.

Le condizioni ambientali che contraddistinguono l'opera all'epoca della sua realizzazione e l'integrità del contesto territoriale connaturato alla funzione storicamente assegnata al bene culturale, anche alla luce della ricostruzione normativa e giurisprudenziale fin qui operata, sono oggetto di tutela in quanto rappresentano un fondamentale valore aggiunto del bene su cui è apposto un vincolo archeologico diretto. L'ultimo profilo da analizzare riguarda le modalità con cui l'Amministrazione deve apporre tale vincolo. L'atto impositivo deve essere sorretto da istruttoria rigorosa che abbia compiutamente accertato la situazione di fatto, avuto riguardo alla natura, alle caratteristiche e all'ubicazione del bene, nonché allo stato dei luoghi circostanti, e deve essere sor-

(11) In tal senso Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2007 n. 111 e T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 8 febbraio 2007 n. 370.

(12) Cfr. *supra* note 6 e 9.

retto, altresì, da congrua motivazione con la quale si dia contezza - alla stregua degli elementi di fatto raccolti e valutati e delle ragioni che hanno condotto in concreto alla scelta del tipo ed all'estensione della tutela adottata - al fine di verificare se attraverso l'imposizione del vincolo si sia provveduto realmente al perseguimento delle finalità indicate dalla norma e non invece di altre ad essa estranee (13).

Sulla scorta delle considerazioni finora svolte, il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna ha ritenuto corretta e giustificata l'opposizione del vincolo indiretto alle Mura di cinta di Piacenza, sottosuolo compreso (14). Nella relazione tecnico-scientifica della Soprintendenza per i beni ambientali e architettonici dell'Emilia, cui nessuna censura può essere mossa data la chiarezza espositiva e le motivazioni addotte, si legge che "... *la cinta muraria di Piacenza costituisce uno dei pochi esempi italiani di mura antiche ancora più o meno integralmente conservate... il sistema bastionato di Piacenza, frutto del lavoro della migliore équipe di architetti militari del momento, costituisce senza alcun dubbio uno dei più rilevanti esempi di architettura fortificatoria del Cinquecento... l'importanza storica delle mura, in particolare nel tratto in oggetto, impone la creazione di una zona di rispetto del bene tutelato... che preveda limiti di altezza e di distanza dalle mura... al fine di garantire un corretto rapporto proporzionale con le mura, molto più basse, che rischierebbero altrimenti di perdere quel rilievo e quella preminenza che, come monumento tra i più rilevanti del territorio piacentino, loro compete ...*".

Considerazioni conclusive

La sentenza in rassegna costituisce un ulteriore ed utile approfondimento in tema di misure di tutela indiretta. Nel difficile contemperamento degli interessi coinvolti, da un lato l'imposizione di un vincolo indiretto da parte dell'Amministrazione su beni immobili e dall'altro la proprietà di soggetti privati tutelata dall'articolo 42 della Costituzione, di sovente si assiste alla compressione del primo a favore del secondo, con la conseguente imposizione di obblighi e vincoli di varia natura e contenuto, per ragioni di preminente inte-

(13) T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 21 marzo 2008 n. 736.

(14) Si fa riferimento alla porzione di sottosuolo corrispondente alla "fascia di rispetto" individuata. La Soprintendenza ha previsto che fosse necessaria un'autorizzazione per ogni intervento da effettuare nella zona soggetta a vincolo indiretto, stabilendo una "fascia di rispetto" di 40 metri nello spazio prospiciente il canale di pertinenza del bene tutelato e un limite massimo di altezza del nuovo edificato, ivi compresi quelli di manutenzione ordinaria affinché la "cornice ambientale" non assumesse connotazioni incompatibili con la fruizione del bene di interesse storico artistico. La finalità del prescritto limite di altezza dei nuovi edifici è di non sminuire il pregio acquisito nel tempo dal bene di modo che resti inalterato il rapporto di proporzionalità materiale con gli altri fabbricati del comprensorio.

resse generale. Dati gli effetti spesso gravosi di tale scelte per i terzi, e premessa la natura prescrittiva tipica della misura adottata, nell'*iter* argomentativo offerto dal Giudice per la risoluzione del caso di specie, viene ribadito che la "discrezionalità tecnica" dell'Amministrazione non può risolversi in mero arbitrio, ma deve essere ispirata ai principi di logicità, razionalità e proporzionalità affinché la sua azione non sia censurabile dinnanzi al Giudice amministrativo.

*Dott.ssa Flaminia Giovagnoli**

Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Parma, Sez. I, sentenza 20 ottobre 2009 n. 684 - Pres. Papiano, Est. Caso - Immobiliare Elle.Bi S.r.l. (Avv.ti O. Di Benedetto, U. Eller e V. Zambotti) c. Ministero beni e attività culturali (Avvocatura dello Stato).

(Omissis)

DIRITTO

Proprietaria di un'area ubicata nei pressi dell'immobile denominato "Mura di Cinta di Piacenza (da via Campagna a Porta del Soccorso)", la società ricorrente impugna il provvedimento con cui, ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. n. 490 del 1999, il Ministero per i Beni e le Attività culturali ha assoggettato a vincolo indiretto l'ambito territoriale circostante il suindicato bene. Censura, in particolare, talune delle prescrizioni adottate dall'Amministrazione, cui imputa l'indebita e immotivata introduzione di un divieto assoluto di interventi nel sottosuolo corrispondente alla «fascia di rispetto», l'ingiustificata e non ammissibile previsione di un potere di autorizzazione della Soprintendenza per qualsiasi opera – anche di sola manutenzione ordinaria – da realizzare nelle aree interessate dal vincolo indiretto, l'omessa considerazione che già la disciplina di piano recherebbe un regime più restrittivo dell'attuale stato dei luoghi, l'incomprensibile e arbitraria imposizione di un limite di altezza edificabile nonostante la presenza di alberi di dimensioni tali da "schermare" il bene protetto rispetto alle costruzioni circostanti, l'erronea determinazione della «fascia di rispetto» con riferimento ad un canale che non avrebbe in realtà carattere pertinenziale rispetto all'immobile di interesse storico-artistico, il carente contemperamento degli interessi coinvolti. Di qui la richiesta di annullamento del provvedimento impugnato e di risarcimento del danno, con pretesa altresì al ristoro del pregiudizio patrimoniale sofferto in conseguenza del tardivo e solo parziale riscontro alla domanda di accesso agli atti del procedimento.

Il ricorso è infondato.

Per costante giurisprudenza (v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2006 n. 3078 e 5 ottobre 2004 n. 6488; TAR Lazio, Sez. II, 16 febbraio 2006 n. 1171; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 10 maggio 2004 n. 1664), l'imposizione del "vincolo indiretto" disciplinato dall'art. 49 del d.lgs. n. 490 del 1999 (in cui è stato trasfuso l'art. 21 della legge n. 1089 del 1939) co-

(*) Dottore in Giurisprudenza, ha svolto la pratica forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato.

stituisce espressione della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, sindacabile in sede giurisdizionale quando l'istruttoria si riveli insufficiente o errata o la motivazione risulti inadeguata o presenti manifeste incongruenze o illogicità, e si basa sull'esigenza che il bene sottoposto al "vincolo diretto" sia valorizzato nella sua complessiva prospettiva e cornice ambientale, onde possono essere interessate dai relativi divieti e limitazioni anche immobili non adiacenti a quello tutelato purché allo stesso accomunati dall'appartenenza ad un unitario e inscindibile contesto territoriale. Il "vincolo indiretto", inoltre, non ha contenuto prescrittivo tipico, per essere rimessa all'autonomo apprezzamento dell'Amministrazione la determinazione delle disposizioni utili all'ottimale protezione del bene – fino alla inedificabilità assoluta –, se e nei limiti in cui tanto è richiesto dall'obiettivo di scongiurare un "vulnus" ai valori oggetto di salvaguardia (integrità dei beni protetti, difesa della prospettiva e della luce degli stessi, cura delle relative condizioni di ambiente e decoro), in un ambito territoriale che si estende fino a ricomprendere ogni immobile, anche non contiguo, la cui manomissione si valuta idonea ad alterare il complesso delle condizioni e caratteristiche fisiche e culturali che connotano lo spazio circostante.

Ciò premesso, e venendo alla vicenda oggetto della presente controversia, la relazione tecnico-scientifica della Soprintendenza per i beni ambientali e architettonici dell'Emilia allegata al provvedimento impugnato evidenzia, tra l'altro, che la *"...cinta muraria di Piacenza costituisce uno dei pochi esempi italiani ... di mura antiche ancora più o meno integralmente conservate ..."*, che *"...il sistema bastionato di Piacenza, frutto del lavoro della migliore équipe di architetti militari del momento, costituisce senza alcun dubbio uno dei più rilevanti esempi di architettura fortificatoria del Cinquecento ..."*, che le *"...mura, realizzate in muratura di mattoni a facciavista, con alta scarpa verso il fossato e una struttura portante ad archi su pilastri verso il terrapieno (ancora in parte conservato), furono rinforzate nel 1625 ..."*, che il *"...tratto settentrionale delle mura da via Campagna a Porta del Soccorso comprende il bastione di Campagna, l'importante bastione e torrione del Borghetto, oggetto di un intervento di recupero finanziato dalla scrivente Soprintendenza, e l'omonima porta ..."*, che *"...l'importanza storica delle mura, in particolare nel tratto in oggetto, impone la creazione di una zona di rispetto del bene tutelato ... che preveda limiti di altezza e di distanza dalle mura ..."*, che *"...si ritiene necessario, pertanto, al fine di garantire una congrua fascia di rispetto non edificata, che gli eventuali nuovi immobili mantengano una certa distanza dall'argine del canale posto sul confine settentrionale dell'area, lungo via Alessio Tramello; distanza che riprenda quella degli edifici storici già presenti, come il convento di Santa Maria di Campagna posto ad ovest ..."*, che appare *"...fondamentale limitare l'altezza massima dei nuovi edifici, al fine di garantire un corretto rapporto proporzionale con le mura, molto più basse, che rischierebbero altrimenti di perdere quel rilievo e quella preminenza che, come monumento tra i più rilevanti del territorio piacentino, loro compete ..."*.

In questo quadro, non si presenta censurabile la circostanza che nella «fascia di rispetto» siano stati vietati anche interventi nel sottosuolo. Qualsiasi alterazione dello stato dei luoghi in prossimità del bene tutelato, invero, può comprometterne il valore storico-testimoniale, perché varia le condizioni ambientali che contraddistinguevano l'opera all'epoca in cui la stessa fu realizzata, alla luce dei compiti di difesa della città che si era in tal modo inteso garantire, e della conseguente necessità che sia ora lasciato integro il contesto territoriale connaturato alla funzione storicamente assegnata al bene. La motivazione di una simile scelta, d'altra parte, è insita nelle caratteristiche dell'immobile, quali desumibili dalla relazione tecnico-scientifica, e non necessitava dunque di specifiche e aggiuntive considerazioni, la cui assenza la società

ricorrente lamenta imputando all'Amministrazione un'insufficiente illustrazione delle ragioni della misura.

Né rivela un cattivo esercizio del potere amministrativo la prevista necessità di autorizzazione della Soprintendenza per ogni intervento da effettuare nella zona soggetta al vincolo indiretto – ivi compresi quelli di manutenzione ordinaria –, trattandosi di una misura prudenziale che, lungi dal precludere in sé l'attività edificatoria, mira semplicemente a consentire una preventiva verifica sui vari interventi ed evitare che la c.d. “cornice ambientale” assuma connotazioni incompatibili con la piena fruizione del bene di interesse storico-artistico; onde, a fronte di ogni singolo diniego di autorizzazione, il privato potrà poi far valere dinanzi al giudice amministrativo l'eventuale assenza di ragioni che giustifichino il mancato rilascio dell'atto permissivo, essendo quella la sede per verificare, caso per caso, la corretta ponderazione dell'interesse pubblico alla salvaguardia della complessiva prospettiva e del decoro dell'opera vincolata e dell'interesse privato all'esercizio dello *ius aedificandi*. Non convince neppure l'assunto per cui si sarebbe in questo modo indebitamente introdotta una “riserva di autorizzazione” che la normativa limiterebbe agli interventi da effettuare sul bene vincolato in via diretta – non anche sugli immobili vincolati in via indiretta –, avendo già la giurisprudenza escluso l'irragionevolezza di una simile prescrizione, coerente con il rilievo che il “vincolo indiretto” non ha un contenuto prescrittivo tipico, sicché l'Amministrazione deve valutare, con proprio apprezzamento discrezionale, le misure da adottare per la conservazione e piena fruibilità del bene (v., tra le altre, TAR Lazio, Sez. II, n. 1171/2006 cit.).

La circostanza, poi, che la normativa di piano già recherebbe una disciplina più rigorosa di quanto risultante dallo stato dei luoghi – si da rendere inutile l'introduzione di limitazioni non giustificate da reali rischi di peggioramento delle condizioni ambientali – non osta in realtà a che la competente Amministrazione appronti un regime autonomo per il bene protetto, in esito a valutazioni che, avuto riguardo all'esigenza di salvaguardia del bene stesso, si risolvano nella individuazione delle caratteristiche locali ottimali per garantire la visione, la prospettiva e il godimento dell'immobile vincolato; tanto anche perché la normativa di settore non limita le prescrizioni alla difesa dell'esistente, ma rende astrattamente possibile la fissazione di regole che, in presenza di una modifica delle attività in essere, ne prevedano un assetto tale da ridurre il precedente impatto sul bene tutelato.

Né, ancora, è significativo che nelle immediate vicinanze delle “Mura” siano presenti alberi di circa venti metri di altezza e dunque di dimensioni tali da “schermare” l'immobile rispetto alle costruzioni circostanti, in quanto la relazione tecnico-scientifica ha chiarito che alla base del prescritto limite di altezza dei nuovi edifici è la necessità di non sminuire il pregio acquisito nel tempo dal bene, il cui valore testimoniale, per la funzione storicamente assolta, richiede resti inalterato anche il rapporto di proporzionalità materiale con gli altri fabbricati del comprensorio; il tutto in coerenza con il principio per cui possono essere sottoposte al vincolo indiretto non solo le aree dalle quali risulti visibile il bene protetto, ma anche e soprattutto quelle che con tale bene facciano parte di un unitario e inscindibile contesto ambientale (v. Cons. Stato, Sez. VI, n. 6488/2004 cit.). La relazione tecnico-scientifica, da parte sua, lungi dal rivelare significative carenze istruttorie, ha fornito gli elementi di valutazione fondamentali per l'assunzione delle determinazioni conclusive – pur in assenza di indicazioni dettagliate in ordine alle dimensioni delle “Mura” –, per risolversi ogni successivo approfondimento in un accertamento di carattere meramente ricognitivo dello stato di fatto, si da poter essere legittimamente esercitato dall'Autorità decidente sulla base dei criteri fissati dall'organo tecnico. Un'ulteriore doglianza è imperniata sull'erronea qualificazione del canale come “... stretta

pertinenza delle mura ...”, onde – a dire della società ricorrente – illegittima sarebbe la prescrizione che vi àncora l’inizio della fascia di rispetto. La questione, tuttavia, appare ininfluyente, perché la relazione tecnico-scientifica ha essenzialmente preso a riferimento la distanza dagli edifici storici esistenti “in loco”, ed in particolare dal convento di Santa Maria di Campagna; con la conseguenza che, in presenza di simili parametri, anche ad arretrare il confine del bene monumentale, il limite esterno della «fascia di rispetto» resterebbe comunque immutato, e si tratterebbe solo di rideterminare la lunghezza dell’area inedificabile, senza variazioni sostanziali sul vincolo indiretto.

Quanto, infine, alla dedotta carenza del profilo del temperamento degli interessi coinvolti, ha rilevato la giurisprudenza (v. Cons. Stato, Sez. VI, n. 3078/2006 cit.) come in tali casi sia sufficiente che l’Amministrazione dia conto della necessità di date misure per la tutela della c.d. “cornice ambientale” del bene protetto, dovendosene desumere la prevalenza sugli interessi urbanistico-edilizi dei privati, il cui diritto di proprietà, del resto, è intrinsecamente assoggettato a limiti, vincoli ed obblighi di varia natura e contenuto, per ragioni di preminente interesse generale.

Un’ultima questione è legata al pregiudizio patrimoniale che avrebbe sofferto la società ricorrente per effetto del tardivo e incompleto soddisfacimento del suo diritto di accesso agli atti. Sennonché, indipendentemente da ogni indagine circa la condotta dell’Amministrazione a seguito della presentazione dell’istanza ex art. 25 della legge n. 241 del 1990, risulta decisivo il rilievo che la pretesa risarcitoria è stata fatta valere in termini del tutto generici, ovvero senza l’imprescindibile dimostrazione dell’esistenza del danno ingiusto e del suo ammontare, il che è sufficiente perché il giudice non provveda sulla domanda.

In conclusione, il ricorso va respinto.

Vista la peculiarità delle questioni dedotte, e valutata complessivamente la controversia, si ravvisa la sussistenza dei presupposti per disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia-Romagna, Sezione di Parma, pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

A.G.S. - Circolare n. 40/2009 del 21 ottobre 2009 prot. 311887 - Contenzioso in tema di riconoscimento e revoca dello *status* di rifugiato. Legge 15 luglio 2009 n. 94, art. 1, co. 13. (Avv. Michele Dipace - AL 34186/08).

«L'art. 1 c. 13 della legge 15 luglio 2009 n. 94 recante disposizioni in materia di pubblica sicurezza ha apportato rilevanti modifiche all'articolo 35 del decreto 28 gennaio 2008 n. 25 oggetto della nota alla quale si fa seguito.

Detta norma apporta al citato articolo 35 le seguenti modificazioni :

a) il comma 5 è sostituito dal seguente:

“5. Entro cinque giorni dal deposito del ricorso, il tribunale, con decreto apposto in calce allo stesso, fissa l'udienza in camera di consiglio. Il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza, sono notificati all'interessato e al Ministero dell'Interno, presso la Commissione nazionale ovvero presso la competente Commissione territoriale, e sono comunicati al pubblico ministero”;

b) i commi 9, 10 e 11 sono sostituiti dai seguenti:

“9. Il Ministero dell'Interno, limitatamente al giudizio di primo grado, può stare in giudizio, avvalendosi direttamente di un rappresentante designato dalla Commissione nazionale o territoriale che ha adottato l'atto impugnato. La Commissione interessata può in ogni caso depositare alla prima udienza utile gli atti e la documentazione che ritiene necessari ai fini dell'istruttoria. Si applica, in quanto compatibile, l'articolo 417- *bis*, secondo comma, del codice di procedura civile.

10. Il Tribunale, sentite le parti e assunti tutti i mezzi di prova necessari, entro tre mesi dalla presentazione del ricorso decide con sentenza con cui rigetta il ricorso ovvero riconosce al ricorrente lo *status* di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria; la sentenza è notificata al ricorrente e al Ministero dell'interno, presso la Commissione nazionale ovvero presso la competente Commissione territoriale, ed è comunicata al pubblico ministero.

11. Avverso la sentenza pronunciata ai sensi del comma 10 il ricorrente,

Il Ministero dell'interno e il pubblico ministero possono proporre reclamo alla corte d'appello, con ricorso da depositare presso la cancelleria della corte d'appello, a pena di decadenza, entro dieci giorni dalla notificazione o comunicazione della sentenza”;

c) il comma 14 è sostituito dal seguente:

“14. Avverso la sentenza pronunciata dalla corte d'Appello può essere proposto ricorso per cassazione. Il ricorso deve essere proposto, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza. Esso è notificato alle parti assieme al decreto di fissazione dell'udienza in camera di consiglio, a cura della cancelleria. La Corte di cassazione si pronuncia in camera di consiglio ai sensi dell'articolo 375 del codice di procedura civile”.

La prima considerazione di carattere generale è che il Ministero dell'Interno ritorna ad essere parte del giudizio camerale in tutte le fasi del giudizio stesso e pertanto viene stabilito che il ricorso ed il decreto di fissazione dell'udienza da parte del tribunale, in composizione monocratica, debbano essere notificati all'interessato e al Ministero dell'Interno, presso la commissione nazionale ovvero presso la competente commissione territoriale (che sono gli organi che hanno emesso il provvedimento) e comunicati al pubblico ministero.

Il Ministero dell'Interno, soltanto nel giudizio di primo grado potrà difendersi stando in giudizio tramite un rappresentante designato dalla commissione nazionale o territoriale che ha adottato l'atto impugnato.

Il rappresentante designato dovrà essere un dipendente dello Stato senza oneri per il bilancio pubblico.

Poiché si applica alle controversie in questione il secondo comma dell'art. 417 *bis* del codice di procedura civile, ove il ricorso ed il decreto di fissazione dell'udienza siano stati notificati presso la sede dell'avvocatura dello Stato competente per territorio, questa facendo presente la nullità della notifica ai sensi del novellato c. 5 dell'art. 35 dovrà trasmettere con ogni urgenza gli atti alle commissioni competenti indicando se la causa deve essere trattata dal rappr.te della commissione o direttamente dall'avvocatura dello Stato e assegnando in ogni caso l'affare contenzioso ad un procuratore o avvocato dello Stato.

Nel caso in cui il ricorso con decreto di fissazione dell'udienza è notificato direttamente presso le commissioni competenti, come è previsto dalla norma citata queste dovranno subito provvedere alla costituzione in giudizio con un proprio rappresentante, trasmettendo all'avvocatura dello Stato competente i ricorsi che, prospettando questioni di principio particolarmente dubbi, richiedono la difesa dell'avvocatura dello Stato.

Per quanto riguarda le fasi di impugnazione della sentenza di primo grado, il reclamo alla corte d'appello e l'eventuale ricorso per cassazione debbano essere proposti dalle avvocature dello Stato competenti o dall'avvocatura ge-

nerale per conto del Ministero dell'Interno.

Il comma 10 dell'art. 35 in questione, come ora modificato, prevede che la sentenza di primo grado sia notificata al Ministero dell'Interno presso la commissione nazionale ovvero presso la competente commissione territoriale.

E' il caso in cui il Ministero dell'Interno è stato in giudizio avvalendosi di un rappresentante designato dalla commissione che ha emesso l'atto impugnato.

Ove si sia costituita l'avvocatura dello Stato, la notifica della sentenza deve essere effettuata presso l'avvocatura dello Stato a pena nullità.

In ogni caso dato il brevissimo termine per proporre il reclamo alla corte d'appello (10 gg. dalla notifica della sentenza), si invitano le amministrazioni in indirizzo ad inviare con ogni urgenza all'avvocatura dello Stato competente la copia notificata della sentenza con una adeguata relazione, e i relativi documenti.

Per quanto riguarda la fase del giudizio di cassazione, tenuto conto del brevissimo termine per proporlo (30 gg. dalla notifica della sentenza), le avvocature distrettuali dello Stato competenti vorranno trasmettere gli atti all'avvocatura generale dello Stato corredati da apposita relazione per la determinazione sulla proposizione del ricorso.

La predetta normativa si applica ai ricorsi depositati dopo l'entrata in vigore della legge in questione pubblicata sulla G.U. del 24 luglio 2009 n. 170 S.O.

Il Ministero dell'Interno vorrà trasmettere la presente nota alle commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale».

A.G.S. - Parere del 21 ottobre 2009 prot. n. 311665 - Procedura esecutiva adottata dal creditore a seguito di pronunce di equa riparazione (Avv. Gabriella D'Avanzo - AL 13887/02).

«Pervengono alla Scrivente numerose richieste con le quali codesta Amministrazione, richiamandosi alla circolare n. 54/2008 dell'Avvocato generale dello Stato, chiede di proporre opposizione ai pignoramenti presso terzi promossi dai creditori per l'esecuzione di pronunce di equa riparazione loro favorevoli, in quanto detti pignoramenti non vengono eseguiti nelle forme del pignoramento diretto presso il debitore, come previsto dall'art. 1, comma 2, della legge 313 del 1994, il cui regime è stato esteso dall'art. 1 *ter* della legge n. 181 del 13 novembre 2008 ai fondi destinati alle finalità, ivi specificamente indicate, del Ministero della Giustizia.

Al riguardo è necessario riepilogare lo stato del contenzioso instaurato

per l'esecuzione dei decreti di equa riparazione a mezzo di pignoramenti presso terzi.

1 - Come si è già rappresentato con nota n. 75633 del 5 marzo 2009 (CT 20474/07- avv. D'Avanzo) per i pignoramenti presso terzi notificati successivamente al 16 novembre 2008, data di entrata in vigore dell'art. 1 *ter* della legge 13 novembre 2008, n. 181 la Banca d'Italia rende dichiarazione negativa, nella quale evidenzia di non avere eseguito "*alcun accantonamento in quanto l'atto di pignoramento, che avrebbe dovuto essere effettuato secondo le modalità di cui al comma 2 dell'art. 1 della richiamata legge n. 460/94 e successive modificazioni è nullo ai sensi del successivo comma 3 del medesimo articolo, il quale esclude esplicitamente l'obbligo di accantonamento da parte delle Tesorerie Provinciali dello Stato*".

Nell'ipotesi così descritta non viene pertanto proposta opposizione, non sussistendo, in assenza di accantonamento, pericolo di assegnazione delle somme oggetto di pignoramento.

2 - Il problema di un'eventuale opposizione si pone, quindi, per i pignoramenti notificati anteriamente alla predetta data del 16 novembre 2008.

Al riguardo si rileva che la Scrivente all'udienza fissata *ex art.* 547 c.p.c. è solita presenziare per contestare sotto un duplice profilo la legittimità della procedura esecutiva azionata dal creditore presso il terzo - Banca d'Italia, eccependo, da un lato, l'impignorabilità delle somme ai sensi dell'art. 1, comma 1348 della legge n. 296 del 2006 (in ragione del fatto che, a mente della predetta disposizione, tutte le somme destinate al pagamento di spese per servizi aventi finalità giudiziaria o penitenziaria non sono pignorabili) e, dall'altro lato, l'inammissibilità, a seguito dell'entrata in vigore del citato art. 1 *ter* della legge n. 181 del 2008, della modalità di esecuzione adottata dal creditore, in quanto eseguita presso il terzo, anziché nelle forme del pignoramento diretto presso il debitore (funzionario delegato alla gestione dei fondi del Ministero).

2.1- In entrambi i casi, il Giudice dell'Esecuzione è solito concedere termine per la successiva formalizzazione in atti di opposizione all'esecuzione (*ex art.* 615 e 617 c.p.c.), e quindi, una volta proposta detta opposizione, è concesso alle parti un ulteriore termine per l'introduzione del giudizio di merito, e ciò sia nel caso in cui si sia contestata la nullità della procedura, ai sensi dell'art. 1, comma 1348 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), nonché dell'art. 1, comma 2 del D.L. 313/1994, conv. in L. n. 460/94 (il Giudice richiede che venga fornita concreta dimostrazione della effettiva destinazione dei fondi pignorati ai fini indicati dalla predetta legge finanziaria) e sia nel caso in cui si sia contestata la modalità esecutiva scelta dal creditore.

3 - In relazione a quanto sin qui evidenziato, e avuto riguardo alla concreta applicazione dell'art. 1 *ter* della legge n. 181 del 13 novembre 2008 alle esecuzioni presso terzi già notificate, riguardanti, appunto, la regolarità della pro-

cedura, si rappresenta di avere sinora coltivato delle opposizioni “*pilota*” avverso i predetti pignoramenti, al fine di conoscere l’orientamento della giurisprudenza sul punto, evitandosi così di introdurre un contenzioso seriale non giustificato dai costi, dalle spese, oltre che, inevitabilmente, dell’alea dei predetti giudizi.

3.1- Fondamento delle opposizioni, invero, non è la ricorrenza del diritto del creditore ad agire esecutivamente per la corresponsione delle somme, ma le modalità della procedura esecutiva da lui azionata con atti notificati prima dell’introduzione del nuovo regime legale (16 novembre 2008).

In particolare l’alea del giudizio deriva dal fatto che, in mancanza di una esplicita previsione di retroattività del predetto art. 1 *ter* della legge n. 181 del 2008, le nuove disposizioni sono inopponibili al creditore pignorante in conformità dei principi generali stabiliti dall’art. 546 c.p.c., a mente del quale “*dal giorno in cui è notificato l’atto... il terzo è soggetto relativamente alle cose e alle somme da lui dovute...agli obblighi che la legge impone al custode*”. Peraltro gli effetti del pignoramento presso terzi di cui all’art. 543 c.p.c. si producono, secondo il consolidato insegnamento giurisprudenziale, tutti e subito sin dal momento dell’ingiunzione che l’ufficiale giudiziario rivolge al debitore esecutato a norma dell’art. 492 c.p.c., ingiunzione che ha lo scopo di produrre il “*vincolo di destinazione*” sul credito del debitore esecutato verso il terzo al soddisfacimento del creditore istante (così Cass. 4621/1995; cfr. anche Cass., Sez. III, n. 10654/2008; e, in dottrina, Verde, “*Il pignoramento in generale*”, in Enc. del diritto, XXXIII, Milano, 1983, pp. 768/769).

3.2 - Ma oltre alla particolare pregnanza dell’alea dei giudizi non può non rilevarsi l’inopportunità di opposizioni che fossero proposte soltanto per denunciare il ripetuto vizio di procedura, ove si consideri che, secondo i noti principi costituzionali di buona amministrazione che regolano l’azione del soggetto pubblico, nel caso in esame non è in contestazione la debenza delle somme ingiunte, sicchè, come già chiarito nella sopra richiamata nota del 5 marzo 2009, n. 75633 (Ct 20474/07 avv. D’Avanzo), l’Amministrazione soccombente, al pari, peraltro, di un qualsiasi altro debitore, è tenuta al tempestivo pagamento di quanto richiesto dal creditore, anche al fine di evitare l’incremento del debito per effetto degli interessi.

E ciò esime dal rilevare, avuto riguardo all’effettiva utilità dei predetti giudizi oppositivi, come il pagamento delle somme ingiunte verrebbe solo procrastinato, con ulteriore aggravio, appunto, di spese e accessori in relazione a crediti esigibili in forza di un titolo giudiziario.

In conclusione la Scrivente ritiene che, per le esecuzioni instaurate prima della nota data del 16 novembre 2008, oltre alle cause “*pilota*” già proposte, coltiverà le sole opposizioni in cui possa essere eccepita la nullità della pro-

cedura per l'impignorabilità delle somme sottoposte a vincolo.

Nei casi in cui fossero staggiti i fondi che l'art. 1, comma 1348 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007) dichiara impignorabili – impignorabilità non rilevata dalla Banca d'Italia che, a quanto risulta, al momento non dispone il vincolo su tali somme – si proporrà opposizione all'esecuzione.

E' appena il caso di chiarire che la rubrica dell'art. 1 *ter* della legge 13 novembre 2008, n. 181, intitolata “*Pignoramenti sulla contabilità ordinaria del Ministero della Giustizia, degli uffici giudiziari e della Direzione nazionale antimafia*” va letta con riferimento al disposto della medesima norma, la quale non stabilisce l'impignorabilità di qualsiasi somma in giacenza sulla contabilità ordinaria, ma, come è testualmente previsto, limita l'impignorabilità ai fondi (della contabilità ordinaria) “*destinati al pagamento di spese per servizi e forniture aventi finalità giudiziaria o penitenziaria, nonché agli emolumenti di qualsiasi tipo dovuti al personale amministrato dal Ministero della Giustizia, accreditati mediante aperture di credito in favore dei funzionari delegati degli uffici centrali e periferici del Ministero della giustizia, degli uffici giudiziari e della Direzione nazionale antimafia*”.

Sulla questione è intervenuto il Comitato Consultivo, di cui all'art. 25 L. 103/1979, che si è espresso in conformità al suesteso parere».

A.G.S. - Parere del 29 dicembre 2009 prot. n. 391862 - Indennizzo *ex* legge n. 210/92. Rivalutazione di parte o dell'intero importo dell'indennizzo (Avv. Marina Russo - AL 7530/06).

«Si fa seguito al parere, espresso con la nota in riferimento previa approvazione del Comitato Consultivo della Scrivente, avente ad oggetto la questione della condotta processuale da tenere, alla luce della sentenza n. 1589/05 della Corte di Cassazione, nei giudizi in cui si faccia questione della spettanza di interessi e rivalutazione sulla componente dell'indennizzo di cui alla l. 210/92 commisurata all'indennità integrativa speciale.

Di tale parere si unisce altresì copia per comodità di consultazione e, comunque, si rammenta che, prima di renderlo, questa Avvocatura aveva formulato alcune richieste istruttorie alle Amministrazioni in indirizzo, all'esito delle quali era emersa la sostanziale condivisione, da parte del Ministero dell'Economia e Finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, dell'orientamento espresso - in senso sfavorevole alle tesi difensive fino ad allora sostenute nell'interesse dell'Amministrazione - dalla Corte di Cassazione con la citata sentenza n. 1589/05.

In considerazione di ciò:

- rilevata la difficoltà di rinvenire argomenti atti a sollecitare con buone prospettive di successo un ripensamento da parte della stessa Cassazione dell'orientamento manifestato nella citata sentenza;

- tenuto conto del carattere seriale delle controversie in materia e del lungo tempo necessario ad ottenere un nuovo pronunciamento della Corte;

- considerata la necessità di incardinare, nelle more, numerosissimi giudizi potenzialmente inutili, se non anche forieri di ulteriori spese per l'Amministrazione;

la Scrivente concludeva nel senso di non riproporre la questione in sede di legittimità.

Conseguentemente, anche nei giudizi di merito non si coltivava più l'eccezione di non spettanza degli accessori sulla componente di indennizzo commisurata all'IIS.

La giurisprudenza di merito, dal canto suo, si adeguava pressoché completamente alla giurisprudenza della Suprema Corte, che frattanto si consolidava ulteriormente nel senso già indicato (Cass. 18109/07).

L'Amministrazione - poi - prendeva altresì in considerazione l'ipotesi di liquidare d'ufficio in via amministrativa detti accessori sui ratei arretrati degli indennizzi posti in pagamento, a tale scopo istituendo un Tavolo di lavoro (che peraltro non ha - ad oggi - ancora concluso la sua attività) e nelle more - con riferimento all'esecuzione di giudicati sfavorevoli sull'argomento - adottava la Direttiva dell'8 aprile 2008, nella quale disponeva che “ ... *nell'intento di evitare duplicazioni di procedimenti con esito sfavorevole per l'Amministrazione terrà conto della consolidata e maggioritaria giurisprudenza ai fini della determinazione del periodo temporale cui applicare la rivalutazione dell'indennità integrativa speciale*”.

Ebbene, la Suprema Corte - sezione Lavoro - ha di recente rivisto criticamente alcuni suoi orientamenti in materia di legge 210/92, tra i quali anche quello espresso con la sentenza n. 1589/05.

La sentenza n. 22112/09, infatti, ha espressamente affermato quanto qui di seguito testualmente si riporta: “ ... *La questione se la rivalutazione annuale debba essere approntata sul solo indennizzo oppure anche sull'integrazione è stata risolta nel secondo senso da questa Corte con la sentenza ... n. 15894/05 (v. anche in senso conforme Cass. 27 agosto 2007 n. 18109) in base ai seguenti argomenti: a) l'indennizzo deve essere inteso “nella sua globalità” onde va rivalutato in entrambe le sue parti; b) l'indennità integrativa speciale portava il meccanismo di adeguamento delle retribuzioni al costo della vita “nella sua originaria struttura” ma successivamente essa è stata snaturata col c.d. “taglio della scala mobile” onde non vi è ora ragione di non rivalutarne l'importo*”. Questo Collegio ritiene non persuasivi tali argomenti, ai quali crede di dover contrapporre i seguenti: a) il primo canone di interpre-

tazione legale è quello letterale ... e l'art. 1 l. 210 del 1992 non disciplina l'indennizzo "nella sua globalità" ma lo divide in due parti, regolate da due distinti commi, prevedendo letteralmente la rivalutazione annuale soltanto per la prima parte; b) l'indennità integrativa speciale serve ad impedire o attenuare gli effetti della svalutazione monetaria onde è ragionevole che il legislatore non ne abbia previsto la rivalutazione,; le ragioni che hanno poi indotto lo stesso legislatore a bloccarla valgono anche per l'integrazione di cui qui si tratta; c) l'art. 32 Cost. garantisce la tutela della salute ma non impone scelte quantitative al legislatore salvo il principio dell'equità ossia di ragionevolezza degli indennizzi".

§§§

Alla luce della pronuncia sopra riportata, ed in attesa di un eventuale auspicabile pronunciamento delle sezioni Unite, si rappresenta che – essendo evidente l'interesse dell'Amministrazione a seguire il nuovo orientamento della Suprema Corte in un'ottica di contenimento della spesa relativa agli indennizzi *ex lege* 210/92 – si tornerà a coltivare, anche nei giudizi di merito ove processualmente consentito, la tesi della non spettanza degli accessori sulla componente commisurata all'IIS, invocando l'ora ricordato precedente favorevole al Ministero.

Si cercherà, inoltre, di individuare i contenziosi nei quali siano state rese sentenze di merito sul punto sfavorevoli all'Amministrazione ancora non passate in giudicato, comprese quelle relativamente alle quali sia stato reso parere di non impugnazione (sentenze che, comunque, gli Uffici di codesta Amministrazione vorranno sollecitamente segnalare a questa Avvocatura Generale ovvero alla competente Avvocatura Distrettuale, a seconda che il giudizio di merito sia stato trattato da questo Generale Ufficio ovvero dall'Avvocatura Distrettuale), per proseguire - se del caso - i relativi giudizi fino al grado di legittimità, anche in attesa di un eventuale pronunciamento delle Sezioni Unite sull'argomento.

Nelle more, si raccomanda al Ministero della Salute in indirizzo di:

- Adoperarsi in vista di un auspicabile chiarimento normativo della problematica in oggetto, attivandosi affinché venga adottata una norma interpretativa che superi il dubbio attualmente in essere;
- Soprassedere alle determinazioni oggetto del Tavolo di lavoro istituito per la liquidazione in via amministrativa degli accessori sull'IIS;
- Rivedere quanto disposto con la D.M. 8 aprile 2008 circa la determinazione "*del periodo temporale cui applicare la rivalutazione dell'indennità integrativa speciale*", nel senso che l'esecuzione dei giudicati debba limitarsi al solo periodo espressamente coperto dalla sentenza, riservando ad eventuali futuri contenziosi, che venissero instaurati dalle parti private per l'ottenimento degli accessori su periodi successivi a quelli oggetto del giudicato stesso, le

difese del caso.

Infatti, sebbene la giurisprudenza di legittimità sia orientata a ritenere che - per i rapporti di durata - l'accertamento di fatto contenuto nel giudicato copre anche il futuro, sia pure "*rebus sic stantibus*" (Cass. lav. 15931/04, 12554/98), tuttavia - con specifico riferimento al caso di condanna ad un dare o ad un fare riferibili a prestazioni periodiche, e segnatamente in materia pensionistica e contributiva, la Suprema Corte ha avuto occasione di chiarire (Cass. lav. 7487/00, 8484/03) che il rapporto - benché di durata - non si sostanzia in un'unica prestazione rateale, bensì in più prestazioni periodiche, ciascuna delle quali realizza l'intera prestazione dovuta per il periodo considerato: ne discende che il giudicato riferito a un determinato periodo non può - a rigore - essere esteso a periodi successivi, e che la condotta suggerita dalla citata Direttiva - opportuna per la prevenzione di ulteriore contenzioso di esito certamente sfavorevole in presenza di un orientamento giurisprudenziale di legittimità quale quello di Cass. 18109/07 e 1594/05 - cessa di essere opportuna alla luce di Cass. 22112/09.

§§§

Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo, che si è espresso in conformità».

A.G.S. - Parere reso in via ordinaria del 23 marzo 2009 prot. n. 94151

- Disciplina del dissenso in materia di autorizzazione per la costruzione e manutenzione di impianti alimentati da fonti rinnovabili (Avv. Maurizio Borgo - AL 9028/09).

«Codesto Ministero ha chiesto di conoscere il parere della Scrivente in merito all'interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 12, comma 4, del D.Lgs n. 387/2003 (nella formulazione introdotta con l'art. 2, comma 158, della legge n. 244/07), e si rappresenta quanto segue.

L'art. 12 del D.Lgs n. 387/03 (Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità), dopo aver statuito che le opere per la realizzazione degli impianti, alimentati da fonti rinnovabili, sono di pubblica utilità ed indifferibili ed urgenti, ha stabilito che la costruzione e l'esercizio dei detti impianti, la loro modifica, il potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, sono soggetti ad un'autorizzazione unica, rilasciata dalla Regione (o dalla Provincia dele-

gata), nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico. A tal fine, è convocata dalla Regione una conferenza di servizi entro trenta giorni dal ricevimento della domanda di autorizzazione. L'autorizzazione è rilasciata, a seguito di un procedimento unico, da concludersi nel termine massimo di 180 giorni, al quale partecipano tutte le amministrazioni interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione di cui alla legge n. 241/1990. In caso di dissenso, purché non sia quello espresso da un'amministrazione statale preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, o del patrimonio storico-artistico, ed ove non diversamente e specificamente disciplinato dalle Regioni, il decreto legislativo rimette la decisione alla Giunta regionale.

Al fine di dare una corretta interpretazione della previsione (introdotta, *ex novo*, nel corpo dell'art. 12, comma 4, del D.Lgs n. 387/03 dalla novella di cui all'art. 2, comma 158, della legge n. 244/07) secondo la quale, in caso di dissenso, la decisione finale, in ordine al rilascio della autorizzazione unica, è demandata alla Giunta regionale, è necessario, preliminarmente, accertare la natura della conferenza di servizi, propedeutica al rilascio dell'autorizzazione da parte della Regione (o della Provincia delegata).

Al proposito, si evidenzia come si tratti di una conferenza di servizi, di natura istruttoria, che ha il fine di consentire la partecipazione al procedimento delle amministrazioni interessate e le cui conclusioni assumono solo valenza istruttoria, di cui dovrà ovviamente tenere conto l'organo competente ad assumere la determinazione finale (nel senso che potrà discostarsi da tali conclusioni solo con adeguata e ragionevole motivazione).

Ed invero, nel prevedere un procedimento unico, al quale partecipano le amministrazioni statali e locali interessate, per il rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 12 del D.Lgs n. 387/03, il legislatore delegato ha previsto non una decisione pluristrutturata, tipica della conferenza di servizi decisoria, in cui il provvedimento finale, concordato, sostituisce i necessari assensi delle amministrazioni partecipanti, ma una decisione monostrutturata, in cui vi è un'unica amministrazione competente che deve acquisire l'avviso di altre amministrazioni (il carattere istruttorio della conferenza di servizi che ci occupa si desume, seppure implicitamente, dal recentissimo parere del 14 ottobre 2008, prot. n. 2849/08, reso dal Consiglio di Stato, Sez. III).

L'acquisizione di tale avviso (Cons. Stato, Sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4942 parla, più precisamente, di "*parere*"), in sede di conferenza di servizi, ha una valenza meramente istruttoria, con la conseguenza che non trovano applicazione, nel caso che ci occupa, tutte le disposizioni volte a rimediare alla non unanimità della stessa, quale l'art. 14 *quater*, comma 3, della legge n. 241/1990.

In sede di conferenza di servizi istruttoria, infatti, non è richiesta l'unanimità, poiché tale conferenza non è un mezzo di manifestazione del consenso;

ed è, per tale ragione, che la giurisprudenza ritiene che tutte le norme volte a disciplinare le ipotesi di dissenso delle amministrazioni siano da riferirsi alla sola conferenza decisoria (cfr., in tal senso, Cons. Stato, Sez. VI, ordinanza 6 marzo 2001, n. 1529).

La natura meramente istruttoria della conferenza di servizi di cui all'art. 12, commi 3 e 4, del D.Lgs n. 387/03 risulta avvalorata dalle seguenti considerazioni.

1) L'art. 12, comma 4, nella sua originaria versione, risultava perfettamente sovrapponibile alla previsione contenuta nella legge n. 55/2002 con la quale sono state dettate misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale ed, in particolare, al fine di evitare il pericolo di interruzione di fornitura di energia elettrica su tutto il territorio nazionale e di garantire la necessaria copertura del fabbisogno nazionale, è stato previsto che la costruzione e l'esercizio degli impianti di energia elettrica di potenza superiore a 300 MW termici, gli interventi di modifica o ripotenziamento, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili all'esercizio degli stessi, sono dichiarati opere di pubblica utilità e soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dal Ministero delle Attività Produttive (oggi, Ministero dello Sviluppo Economico), la quale sostituisce autorizzazioni, concessioni ed atti di assenso comunque denominati, previsti dalle norme vigenti.

Anche la predetta autorizzazione (come quella di cui all'art. 12 del D.Lgs n. 387/03) è rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano le amministrazioni statali e locali interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, d'intesa con la regione interessata.

Ebbene, la giurisprudenza amministrativa ha, in proposito, affermato la natura istruttoria e non decisoria della conferenza di servizi che deve svolgersi, ai sensi della legge n. 55/02, prima del rilascio dell'autorizzazione da parte di codesto Ministero (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. VI, sentenza n. 3505/04).

2) L'inserimento, per opera dell'art. 2, comma 158, della legge n. 244/07, nel corpo dell'art. 12, comma 4, del D.Lgs n. 387/03, della previsione secondo la quale *“In caso di dissenso, purché non sia quello espresso da una amministrazione statale preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, o del patrimonio storico-artistico, la decisione, ove non diversamente e specificamente disciplinato dalle regioni, è rimessa alla Giunta regionale ovvero alle Giunte delle province autonome di Trento e di Bolzano”*, non può ritenersi frutto della volontà del legislatore del 2007 di attribuire carattere decisivo ad una conferenza di servizi, configurata, *ab origine*, come meramente istruttoria.

Ed invero, l'art. 2, comma 158, della legge n. 244/07 è rubricato *“Modifica normativa per facilitare la diffusione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili”*; il che induce ad escludere che la disposizione, dallo stesso introdotta, possa essere interpretata in un senso (attribuzione di un carattere decisivo ad

una conferenza di servizi, in origine istruttoria) che varrebbe a rendere, anziché più facile, molto più complessa e difficoltosa la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili.

Chiarita, pertanto, la natura meramente istruttoria della conferenza di servizi, prevista dall'art. 12, commi 3 e 4, del D.Lgs n. 387/03, è agevole comprendere il significato della disposizione, introdotta, nel testo dell'art. 12, comma 4, con l'art. 2, comma 158, della legge n. 244/07.

Tale previsione, lungi dal costituire un meccanismo, di carattere speciale, volto a rimediare alla non unanimità della conferenza di servizi, sulla falsa riga di quanto previsto, in via generale, dall'art. 14 *quater* della legge n. 241/1990, deve essere intesa come espressione della volontà del legislatore del 2007, per il caso di conclusione negativa dei lavori della conferenza di servizi istruttoria, di rimettere la decisione finale, in ordine all'adozione, o meno, dell'autorizzazione unica, alla Giunta regionale, anche nelle ipotesi in cui il rilascio della predetta autorizzazione fosse stato originariamente delegato, dalla medesima Regione, alla Provincia.

In altre parole, con la novella normativa del 2007, si è voluto prevedere che, nell'ipotesi in cui il "*parere*" della conferenza di servizi, all'uopo convocata ex art. 12 del D.Lgs n. 387/03, sia di segno contrario alla realizzazione dell'impianto, venga meno la delega, rilasciata dalla Regione alla Provincia, e la decisione finale sia rimessa alla Giunta Regionale.

E che così sia, è comprovato dall'inciso "*ove non diversamente e specificamente disciplinato dalle regioni*", contenuto nella disposizione, introdotta dall'art. 2, comma 158, della legge n. 244/07, che consente di dare rilevanza alle disposizioni di legge regionale (anche previgenti all'entrata in vigore della legge n. 244/07) che attribuiscono espressamente alla competenza della Provincia il rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione degli impianti in argomento (competenza, quest'ultima, che rimane ferma anche nell'ipotesi di conclusione negativa dei lavori della conferenza di servizi istruttoria - cfr., in tale senso, recentissimamente, Cons. Stato, sez. V, ordinanza 10 marzo 2009, n. 1289).

In mancanza di una specifica previsione legislativa regionale, nel senso di cui sopra, la decisione finale in ordine al rilascio dell'autorizzazione unica di cui all'art. 12 del D.Lgs n. 387/03, nell'ipotesi di conclusione negativa della conferenza di servizi istruttoria (salvo che il c.d. "dissenso" non sia espresso da un'amministrazione statale, preposta alla cura di interessi sensibili), non potrà, invece, che essere rimessa, in ossequio alla chiara previsione normativa di cui all'art. 12, comma 4, del prefato decreto legislativo, alla Giunta regionale (cfr., in tale senso, Cons. Stato, Sez. V, ordinanza 3 febbraio 2009, n. 708 e T.A.R. Lazio, sezione staccata di Latina, ordinanza 19 dicembre 2008, n. 703)».

A.D.S. Catanzaro - Parere reso in via ordinaria del 12 novembre 2009 prot. n. 56944 - Gestione e procedimento di destinazione dei beni confiscati alle organizzazioni criminali (Avv. Alfonso Mezzotero - AL 8190/2009) (*).

«Codesta Prefettura richiede il parere della Scrivente in ordine al ruolo che, nel procedimento di sgombero degli immobili confiscati, debba assumere l'Agencia del Demanio, alla luce delle recenti novità introdotte in materia dalla l. 15 luglio 2009, n. 94, contenente *Disposizioni in materia di pubblica sicurezza* (in *Gazz. Uff.*, 24 luglio 2009, n. 170).

Per come riferito nella nota qui in riscontro, tale richiesta di consultazione trae origine dal diniego opposto dal rappresentante dell'Agencia del Demanio di procedere allo sgombero dell'immobile, sito nel territorio del Comune di F., confiscato al sig. L. S., già trasferito da codesta Autorità Prefettizia al patrimonio indisponibile dello stesso Ente civico, per essere successivamente destinato a finalità sociali e/o istituzionali (emergenze abitative, Associazioni ONLUS operanti nel settore socio-sanitario, uffici).

A tale riguardo, prima di fornire risposta al quesito posto da codesta Prefettura, è appena il caso di evidenziare che, per come in più circostanze già rappresentato dalla Scrivente in diverse consultazioni rese in materia, **la consegna del bene confiscato** all'Amministrazione statale (nel caso in cui il bene sia mantenuto al patrimonio dello Stato per finalità di giustizia, di ordine pubblico e di protezione civile, per come previsto dall'art. 3, comma 2, lett. a, l. n. 109/1996) ovvero all'Amministrazione Comunale (nel caso in cui il bene confiscato sia trasferito al patrimonio del Comune ove l'immobile è sito, per finalità istituzionali o sociali, ai sensi dell'art. 3, comma 2, lett. b, l. n. 109/1996), **dev'essere reale e non già meramente figurata**. Si consideri, del resto, che la necessità dell'effettività della consegna è insita nella stessa *ratio* complessiva della legge fondamentale contenente la disciplina delle procedure di destinazione dei beni confiscati ai mafiosi. Ove il bene confiscato non sia materialmente consegnato all'Amministrazione che dovrà usarlo successivamente per le finalità previste *ex lege*, da un lato sarebbe elusa la stessa finalità della l. n. 575/1965, come integrata dalla l. n. 109/1996 (ossia **lo spossamento dei mafiosi** dei beni che risultano sproporzionati rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero di quei beni che si ha motivo di ritenere il frutto di attività illecite o che ne costituiscono il reimpiego), dall'altro si vanificherebbe l'intento di utilizzazione dei patrimoni immobiliari dei mafiosi a fini sociali e collettivi, avuto di mira dal legislatore nel prevedere

(*) Nel corso del Consiglio dei Ministri del 28 gennaio 2010 - convocato in via straordinaria nel Palazzo della Prefettura di Reggio Calabria - è stato approvato un decreto legge per l'istituzione dell'Agencia nazionale per la gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

la destinazione dei beni confiscati a determinate finalità di interesse generale (i beni mantenuti allo Stato, sono destinati a finalità di giustizia, di ordine pubblico e di protezione civile; i beni trasferiti al patrimonio comunale, devono essere utilizzati per finalità istituzionali o sociali).

Tanto preliminarmente evidenziato, si osserva quanto segue con specifico riferimento alla questione sottoposta alla Scrivente.

La citata l. 15 luglio 2009, n. 94 ha introdotto alcune modificazioni della l. 31 maggio 1965, n. 575 (c.d. legge fondamentale in materia di beni confiscati in base alla legislazione antimafia).

In particolare, per quanto rileva ai fini della presente consultazione, l'art. 2, comma 20, l. n. 94/2009 ha sostituito nei seguenti termini l'art. 2-*decies*, l. n. 575/1965: *“Art. 2-*decies*. - 1. Ferma la competenza dell’Agenzia del demanio per la gestione dei beni confiscati alle organizzazioni criminali di cui agli articoli 2-*nonies* e 2-*undecies* della presente legge e 12-*sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, la destinazione dei beni immobili e dei beni aziendali è effettuata con provvedimento del prefetto dell’ufficio territoriale di Governo ove si trovano i beni o ha sede l’azienda, su proposta non vincolante del dirigente regionale dell’Agenzia del demanio, sulla base della stima del valore risultante dagli atti giudiziari, salvo che sia ritenuta necessaria dal prefetto una nuova stima, sentite le amministrazioni di cui all’articolo 2-*undecies* della presente legge interessate, eventualmente in sede di conferenza di servizi, nonché i soggetti di cui è devoluta la gestione dei beni. - 2. Il prefetto procede d’iniziativa se la proposta di cui al comma 1 non è formulata dall’Agenzia del demanio entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 1 dell’articolo 2-*nonies*. - 3. Il provvedimento del prefetto è emanato entro novanta giorni dalla proposta di cui al comma 1 o dal decorso del termine di cui al comma 2, prorogabili di ulteriori novanta giorni in caso di operazioni particolarmente complesse. Anche prima dell’emanazione del provvedimento di destinazione, per la tutela dei beni confiscati si applica il secondo comma dell’articolo 823 del codice civile”*.

Orbene, per come risulta dalla testuale formulazione del novellato art. 2-*decies*, l. n. 575/1965, la portata innovativa della novella recata dalla l. n. 94/2009 si incentra esclusivamente nell’attribuzione all’Autorità prefettizia del potere di destinazione dei beni immobili confiscati, prima di competenza del Direttore Generale dell’Agenzia del Demanio (cfr., art. 2-*decies* ante novella del 2009). In tal senso, del resto, si è espresso il Ministro dell’Interno nella circolare n. 11001/118/5 del 5 agosto 2009, inviata ai Prefetti della Repubblica, ai Commissari del Governo nelle Province autonome di Trento e Bolzano ed al Presidente della Regione Autonoma Valle d’Aosta, ove si afferma che: *“Il comma 20 (della l. 15 luglio 2009, n. 94: n.d.r.) modifica la disciplina del procedimento di destinazione dei beni immobili e dei beni*

aziendali confiscati alle organizzazioni criminali, attribuendo al Prefetto della provincia di ubicazione del bene (anziché al direttore generale del Demanio) il compito di decidere la destinazione del bene confiscato, ferma restando la competenza dell’Agenzia del Demanio per lo gestione dei beni confiscati alle organizzazioni criminali”.

Alcuna innovazione reca la l. n. 94/2009 in ordine alla competenza relativa alla gestione dei beni confiscati alle organizzazioni criminali, che continua a rimanere in capo all’Agenzia del Demanio (cfr., l’incipit del nuovo art. 2-*decies*, ove si precisa: “**Ferma la competenza dell’Agenzia del Demanio per la gestione dei beni confiscati alle organizzazioni criminali di cui agli articoli 2-nonies e 2-undecies della presente legge ...**”). Del resto, alcuna modifica ha subito l’art. 2-*nonies*, l. n. 575/1965, che delinea le competenze gestionali dei beni confiscati, attribuendole all’Agenzia del Demanio.

Alla stregua di quanto precede, non v’è dubbio che, allo stato attuale della legislazione, permanga il potere-dovere dell’Agenzia del Demanio, competente territorialmente, di gestire i beni confiscati alle consorterie mafiose di cui alla legge fondamentale n. 575/1965, che include, ovviamente, la redazione del verbale di presa in possesso e di consistenza dell’immobile e dei beni mobili che ne costituiscono l’eventuale arredo.

Ne consegue, conclusivamente, che l’Agenzia del Demanio, competente per territorio, è tenuta a presenziare, tramite proprio rappresentante, alle operazioni di sgombero del bene. A tali operazioni, è necessario che intervenga, altresì, un rappresentante del Comune interessato, qualora sia allo stesso Ente civico trasferito, ai sensi dell’art. 2-*undecies*, comma 2, lett. b), l. n. 575/1965, con provvedimento prefettizio di destinazione ai sensi del novellato art. 2-*decies*, l. cit.

Nei termini suesposti è il parere di questa Avvocatura».

LEGISLAZIONE ED ATTUALITA'

La trascrizione del decreto d'esproprio (o dell'atto equivalente) nel nuovo T.U. espropri e gli effetti sui diritti dei terzi

*Antonino Cimellaro**

La presente tematica costituisce aspetto del controverso problema concernente il momento in cui possono dirsi prodotti gli effetti di un decreto d'esproprio nel nuovo regime espropriativo inaugurato dal D.P.R. 327/2001 e s.m.i. (nuovo T.U. espropri) che, sul punto, ha introdotto - rispetto al precedente regime normativo - talune particolarità che meritano di essere rilevate.

**** *** ****

In via generale

Come è noto, secondo la tradizionale configurazione dell'istituto, dall'emissione del decreto d'esproprio discende il trasferimento della proprietà del bene o del diritto in capo al soggetto espropriante che la acquisisce, secondo costante giurisprudenza (cfr. oltre a quella più avanti citata, anche Cass., I, 30 agosto 2007 n. 18314; Cass., I, 25 maggio 2006, n. 12408) a titolo originario, ovvero, nel senso che detto trasferimento prescinde ed è indipendente da ogni rapporto con la precedente situazione proprietaria. Tale modo di acquisto della proprietà si differenzia - come noto - da quello c.d. a titolo derivativo in cui, cioè l'acquisto dipende dalla sussistenza, con tutto quello che ne consegue, del diritto in capo al dante causa (precedente proprietario).

(*) Avvocato cassazionista consulente in espropriazione per pubblica utilità e procedure autorizzatorie.

Come si avrà modo di dire, il carattere originario dell'acquisto vale per ogni procedura ablatoria (anche illegittima) ma così anche quando, in luogo del decreto d'esproprio, si definisce l'accordo di cessione volontaria, erroneamente ritenuto negozio privatistico ma inquadrabile, invero, in ambito pubblicistico.

A tale riguardo, si registra un costante orientamento giurisprudenziale con il quale si afferma che: "... *l'accordo raggiunto con l'espropriante ha la funzione d'interrompere la procedura espropriativa e di produrre gli stessi effetti del decreto di espropriazione, ossia di costituire in capo all'espropriante la proprietà dei beni a titolo originario*" (cfr. T.a.r. Sardegna, sez. II, 31 gennaio 2008, n. 83; Cass., sez. I, 6 agosto 2008, n. 21249; Cass., sez. I, 2 marzo 1999, n. 1730).

Ciò comporta che, a differenza di quanto avviene nel caso di acquisto della proprietà a titolo derivativo (es. una compravendita), la trascrizione dell'atto finale di una procedura espropriativa (decreto o cessione volontaria) non ha lo scopo di dirimere eventuali controversie che possono instaurarsi tra gli aventi diritto, proprio perché l'acquisto a titolo originario non può essere ostacolato in quanto tale dalle precedenti vicende giuridiche che hanno interessato il bene (o che interessano) la titolarità del bene. Ciò ovviamente non significa, tuttavia, pretermettere, come si avrà modo di dire, il diritto all'indennizzo o la possibilità, anche per i terzi, di ricorrere al giudice amministrativo per l'impugnazione degli atti amministrativi che potrebbero riverberarsi in via indiretta sulle proprie ragioni (in senso lato, indennitarie).

E' noto come, nel sistema civilistico (l'espressione piace a Cass., sez. I, 16 marzo 2006 n. 5825), la trascrizione, pur non avendo - almeno in via generale - valore costitutivo, consente a colui che a trascritto per primo di far valere la priorità del suo acquisto rispetto a colui che, pur avendo stipulato prima l'atto di trasferimento, ha trascritto con ritardo il proprio acquisto.

Tale situazione non può mai verificarsi nel caso in cui il passaggio della proprietà avvenga a seguito della definizione della procedura ablatoria (con l'emissione di un decreto d'esproprio), proprio per la rilevata particolare natura dell'acquisto, con la conseguenza che il diritto, così acquisito dal soggetto espropriante, non può mai in alcun modo essere inficiato e posto in discussione dai conflitti tra coloro che si assumono proprietari oppure dalle pretese di terzi che vantino diritti sul bene (ogni questione del genere risolvendosi, infatti, sull'indennità).

In particolare, nel regime delle espropriazioni, è opinione dominante che la trascrizione abbia la funzione di mera pubblicità cd. "notizia"⁽¹⁾, in grado di rendere nota l'espropriazione a soggetti terzi (coloro che, in ipotesi, possano

(1) Cfr. Cass., sez. III, 4 agosto 2000, n. 10229 che fa leva al riguardo sull'"*unanime dottrina*" (che potrebbe, però, rivedere la questione alla luce del nuovo T.U. espropri).

vantare pretese sull'indennità).

Tuttavia, anche nel caso in cui venisse omessa o ritardata (potendo così determinare l'applicazione di sanzioni amministrative per l'eventuale ritardo), la trascrizione, in tale prospettiva, non inciderebbe in alcun modo sul rapporto giuridico espropriativo che resterebbe pienamente valido ed efficace. In altri termini, l'acquisto della proprietà con il legittimo decreto d'esproprio (o, ove del caso, con una legittima cessione volontaria) è sempre salvo, indipendentemente dalla trascrizione.

E così, si può, in via di prima conclusione, affermare che fino al nuovo T.U. espropri si è riconosciuto che il decreto d'esproprio produce pienamente i suoi effetti sin da quando viene adottato, comportando da un lato, l'immediato trasferimento della proprietà al soggetto espropriante e, dall'altro, rendendosi pienamente opponibile anche ai terzi "acquirenti" che avessero curato di trascrivere precedentemente alla trascrizione di esso decreto (per esempio, sarebbe inefficace nei confronti dell'espropriante una trascrizione effettuata, nel tempo intercorrente tra l'emissione del decreto d'esproprio e una ritardata trascrizione dello stesso, da chi si assume avere la qualità di erede del bene oggetto della procedura espropriativa, anch'egli però tutelato solo per via indennitaria).

Benché non di stretta attualità, appare legittimo, però, porre la questione del perché il sistema non riesca ad organizzare, con riferimento ai giudizi amministrativi, la trascrivibilità, delle domande (e delle relative sentenze) volte all'annullamento del decreto d'esproprio o alla restituzione di un'area illegittimamente occupata oppure, ancora, di annullamento del provvedimento di acquisizione in sanatoria ex art. 43 D.P.R. 327/2001. Una lettura nuova e orientata, nonchè scevra da pregiudizi, degli articoli 2643, 2645 e 2652 e 2653 del codice civile potrebbe giovare alla luce della nuova più ampia configurazione dell'espropriazione, a tutte le parti di un rapporto, in senso lato, espropriativo e anche dei loro aventi causa (2).

Il nuovo T.U. espropri

Occorre chiedersi se la funzione tradizionale della trascrizione possa dirsi mutata nel passaggio dal vecchio al nuovo regime espropriativo di cui al D.P.R. 327/2001 e s.m.i. ovvero se vi sono differenze rispetto al passato. Invero, pur sembrando immutata, fino a diverso avviso, la funzione dell'istituto (dare pub-

(2) Non si può ignorare, certo, l'indirizzo assunto dalla Cassazione (cfr. sent. 1° febbraio 2002, n. 1289) secondo cui il ricorso giurisdizionale di annullamento del decreto non è suscettibile di trascrizione. Ma esso appare espresso in termini non assoluti e comunque sempre con riferimento al precedente regime espropriativo. Può esservi spazio per la dottrina che voglia, anche in tale ipotesi, riconsiderare la questione affermando sul punto, ove del caso, la discontinuità tra il precedente e il nuovo regime espropriativo.

blicità “notizia” al provvedimento d’esproprio non incidendo sulla sua immediata efficacia traslativa né sulla sua immediata opponibilità ai terzi a far data dalla sua emissione) si ricavano dal nuovo testo normativo, rispetto al passato, talune differenze che presentano varie implicazioni. In primo luogo, il decreto (almeno nello sviluppo fisiologico della nuova procedura e salvo le eccezioni di cui si dirà) è soggetto a due momenti in successione temporale, anche non immediata emanazione e l’esecuzione; in secondo luogo la trascrizione del decreto d’esproprio, ai sensi dell’art. 23 TU espropri, deve avvenire “*senza indugio*” presso gli uffici dei registri immobiliari, laddove la precedente normativa era molto più puntuale prescrivendo (art. 53, 2° comma, legge 2359/1865) che tale adempimento - unitamente alla voltura catastale - venisse effettuata entro quindici giorni.

Ma, allora, ai presenti fini ci si deve rapportare all’emanazione dell’atto oppure alla sua esecuzione?

Dalla lettera della legge, si ricava che il decreto di espropriazione vada trascritto subito dopo la sua emanazione, senza dover attendere - come ritengono altri interpreti - la successiva esecuzione la quale - fuori dai casi (3) in cui vi sia una immediata immissione nel possesso subito dopo la condivisione delle indennità (cfr. art. 20, comma 6, T.U.) e fuori dai casi di occupazione d’urgenza (art. 22-*bis* T.U.) - potrebbe avvenire non subito bensì, come previsto, nel termine (perentorio) di due anni dall’emanazione.

Inoltre è previsto che una volta eseguito, il decreto non richiede la trascrizione (in ipotesi già effettuata) bensì - come dice il testo di legge - l’annotazione dell’avveramento della condizione sospensiva (arg. ex art. 24, comma 5, T.U. espropri). Così la citata disposizione: “*l’autorità espropriante, in calce al decreto di esproprio, indica la data in cui è avvenuta l’immissione in possesso e trasmette copia del relativo verbale all’ufficio per i registri immobiliari, per la relativa annotazione*”.

Non inganni la circostanza che, invece, l’atto di cessione volontaria - sostitutivo del decreto di espropriazione -, con il quale il proprietario trasferisce il diritto oggetto di procedura, possa essere stipulato fino al momento dell’esecuzione del decreto di esproprio (cfr. art. 45 T.U.), essendo ciò legato alla particolarità del tipo di atto e alle diverse finalità ad esso collegate. D’altro canto, dopo l’adozione di un decreto d’esproprio (già di per sé traslativo del diritto) che bisogno vi sarebbe di effettuare la stipula di una cessione volontaria se non ai soli fini di concordare e condividere una indennità rifiutata, con la possibilità di ottenere gli incentivi di legge?

In conclusione, non sembra esservi spazio per ritenere, contrariamente a

(3) Se l’esecuzione del decreto è legata (art. 23, comma 1, lett. h) alla immissione nel possesso, è legittimo sostenere che ove tale immissione sia già avvenuta nei casi normativamente qui indicati, il decreto d’esproprio vada trascritto senza alcuna condizione in quanto da ritenersi “già eseguito”.

quanto deducono - invero, in modo improprio - taluni interpreti, che gli adempimenti di registrazione, trascrizione e volturazione catastale del decreto di espropriazione vadano curati dopo la sua esecuzione. Né risulta, sotto un profilo giuridico sostanziale, che non possano essere trascritti e (volturati in catasto) atti di trasferimento soggetti a condizione, (anzi, risultando il contrario cfr. Cass., sez. II, 19 agosto 2002 n. 12236; Cass., sez. I, 17 dicembre 1991 n. 13589).

La tesi qui proposta potrebbe trovare indiretto conforto in quella autorevole dottrina (P. Virga) la quale ritiene che con l'emanazione del decreto d'esproprio venga acquisita la proprietà (da trascrivere), mentre con la notifica e/o con l'esecuzione (da annotare) e cioè con l'immissione in possesso venga acquisito il possesso (ove già non acquisito ex art. 20, comma 6 oppure ex art. 22-bis) (4).

Vi è, altresì, da chiedersi se incide sull'argomento trattato la nuova configurazione che pare essere stata data dal nuovo testo unico alla notifica del decreto. Si richiama, al riguardo, il tradizionale orientamento giurisprudenziale secondo il quale il vizio della notifica del decreto (o la sua omissione) non incide sulla legittimità di esso, bensì sulla opponibilità al destinatario e sull'effettiva decorrenza dei termini processuali.

Invece, a leggere la nuova norma (art. 23, comma 1, lett. f)) il decreto è condizionato alla sua "*notifica ed esecuzione*". Può dirsi mutato qualcosa?

Qualche chiarimento dovrà pervenire da dottrina e giurisprudenza per sciogliere eventuali dubbi generati dall'argomentazione volta a sostenere, in ordine alla notifica, la natura di elemento costitutivo del decreto d'esproprio.

Quello che si ritiene fondatamente sostenibile sarebbe invece, come detto in precedenza, la necessità di annotare nei registri immobiliari l'avvenuta notifica di un decreto d'esproprio (per il quale si rende inutile l'esecuzione già avvenuta con l'immissione anticipata ex art. 20, comma 6 oppure a seguito di occupazione d'urgenza ex art. 22-bis) che andrebbe trascritto, con la sola condizione, in questa ultima ipotesi, che esso sia notificato come vuole la legge (art. 23, comma 1 lett. f).

Come potrebbe, a rigore, il Conservatore dei registri immobiliari trascrivere un decreto d'esproprio (per così dire, già eseguito) senza riportare anche tale sola condizione (della notifica di esso decreto)? E come potrebbe l'espropriante, una volta effettuata la notifica (solo attraverso le forme degli atti processuali civili) trascurare di chiedere e ottenere dal Conservatore l'annotazione dell'avvenuto avveramento della condizione (notifica)?

(4) In questi ultimi casi il decreto definitivo d'esproprio dovrebbe rendere noto al Conservatore che l'esecuzione (immissione nel possesso) sarebbe già avvenuta e la trascrizione sarebbe "*piena e incondizionata*" senza, ovviamente ulteriori annotazioni (con qualche dubbio, come si dirà, a proposito della notifica).

Per non restare avviluppati in un defatigante dedalo interpretativo, è da ritenersi che il legislatore nell'apporre la condizione del decreto d'esproprio ("*... che il medesimo decreto sia successivamente notificato ed eseguito ...*") abbia in realtà disegnato una unica operazione completa (notifica e esecuzione) lasciando - implicitamente - intendere che la trascrizione di un decreto (già eseguito e quindi perfezionato nell'ottica qui considerata) non meriti di essere condizionato alla sua successiva notifica (la quale verrà bensì effettuata ma ad altri fini). Si attendono lumi in proposito (5).

I diritti dei terzi. In particolare, l'ipoteca

Tutto quanto precede ha indiscutibili riflessi sulle posizioni dei terzi aventi diritto sul bene oggetto di esproprio, precisandosi che tutti i riferimenti ad decreto d'esproprio sono ovviamente da intendersi estesi anche alla cessione volontaria.

Al riguardo, merita segnalare che, anche sul punto, è stato riprodotto dal legislatore l'indirizzo tradizionale che oggi viene espresso formalmente dall'art. 25 T.U. Espropri secondo cui: "*L'espropriazione del diritto di proprietà comporta l'estinzione automatica di tutti gli altri diritti, reali o personali, gravanti sul bene espropriato, salvo quelli compatibili con i fini cui l'espropriazione è preordinata*".

Ma, come nuova previsione, rispetto al chiaro e forse più coerente testo dell'art. 52 l. 2359/1865 che la collegava alla pronuncia dell'espropriazione, di decorrenza del momento abilitativo per far valere i propri diritti, è stabilito che: "*dopo la trascrizione del decreto d'esproprio, tutti i diritti relativi al bene espropriato possono essere fatti valere unicamente sull'indennità*"(6).

In sintetica ricostruzione del sistema di legge, si può rilevare che se è vero, dunque, che la procedura espropriativa viene indirizzata, sotto il profilo della procedura amministrativa, nei confronti della ditta proprietaria del bene oggetto della suddetta procedura, e se è vero che, come detto, l'acquisto del diritto avviene a titolo originario, è altresì vero che, per i terzi che siano titolari di diritti sul bene da espropriare, l'ordinamento assicura - come per il passato - comunque una tutela, sia pure indiretta, principalmente, ma non solo, di tipo indennitario (7). In termini più corretti, deve

(5) La questione non sembri sterilmente cavillosa, ove si pensi che sovente nel rapporto tra il concedente - solitamente pubblico - e l'affidatario - solitamente privato - delle procedure espropriative, il concedente non considera concluso l'incarico affidato (e quindi non corrisponde o rimborsa, i relativi compensi) se non riceve dall'affidatario la completa documentazione degli espropri ivi inclusa la prova delle trascrizioni effettuate.

(6) Non può tuttavia giungersi sino al punto di ritenere che, per il proprietario, anche l'opposizione alla stima sia condizionata dalla trascrizione. Ciò sarebbe comunque astrattamente teorizzabile.

parlarsi, in tali casi, più che di estinzione, di conversione (trasformazione) del diritto sul bene in diritto all'indennità. Il principio in questione, per quel che concerne l'ipoteca, è stato affermato a chiare note da Tar Lombardia, sez. II, 29 marzo 1995 n. 466 secondo cui: *“Ai sensi dell'art. 2742, ult. comma, c.c. il diritto del creditore ipotecario, una volta intervenuto l'esproprio, si trasferisce sulla relativa indennità...”*.

Occorre premettere una breve notazione sul significato da dare, in tale quadro, all'ulteriore tutela in via amministrativa di impugnazione degli atti espropriativi riconosciuta ai terzi. Invero, secondo la giurisprudenza (Cons. Stato, IV, 22 maggio 2006 n. 3025) *“... proprio la convergenza del potere pubblico e dei diritti di soggetti diversi dal proprietario in ordine alla medesima res determina quel collegamento qualificato tra potere e posizione soggettiva che costituisce il fattore legittimamente i titolari di quei diritti all'impugnazione degli atti della procedura espropriativa”*. Anche per tale via, ne conseguirebbero possibili riflessi, quindi, sulle loro pretese indennitarie.

Pertanto, quello che più appare di particolare interesse, ai presenti fini, è comprendere le implicazioni che derivano dalla circostanza che la trascrizione opera formalmente nell'attuale sistema come condizione di efficacia per far valere i propri diritti (art. 25, comma 3 e 34, comma 2 T.U. espropri).

Tale previsione rappresenta ulteriore ragione per ritenere necessaria la trascrizione (la cui mancanza potrebbe dilatare nel tempo l'esperibilità delle pretese degli aventi diritto), sin dalla emanazione del decreto e non dalla sua esecuzione senza frapporre ostacoli di natura, per così dire, *“ideologica”*.

Tutti gli operatori, a qualsiasi livello e così anche i responsabili degli uffici interessati, traggano le conseguenze dalla configurazione a titolo originario dell'acquisto per via ablativa.

Ne deriva così che una volta trascritto il decreto (o la cessione) non c'è ragione giuridica, attesa la conseguente estinzione di ogni diritto, per cui debba permanere l'indicazione, all'interno dei registri immobiliari, del nominativo del soggetto titolare di qualsiasi precedente diritto (estintosi, *recte* convertitosi, dopo il decreto, in diritto all'indennità).

Rifuggendo, nella specie, da improprie suggestioni civilistiche, si rileva come la cancellazione dai registri immobiliare dei diritti dei terzi sul bene espropriato (e così del loro nominativo) debba ritenersi *“automatica”* (come è tale l'estinzione per legge di essi diritti) e non vi sarebbe bisogno - come pure all'espropriante converrebbe fare per ragioni pratiche - di in-

(7) Eccezion fatta per il coltivatore ammesso ad essere unico diretto interlocutore, accanto al proprietario, dell'espropriante.

serire nel decreto d'esproprio (espressione di potere pubblico per eccellenza) l'ordine impartito al Conservatore di provvedere alla detta cancellazione.

Va da sé che l'estinzione dei diritti dei terzi a seguito della conclusione della procedura espropriativa deve ritenersi comunque definitiva ed una eventuale retrocessione del bene al (già) proprietario non può determinare la reviviscenza del diritto del terzo (neanche, quindi, del coltivatore diretto). Sul punto cfr. Cass., I, 25 agosto 1993, n. 8978.

In conclusione

Se non si riuscirà ad organizzare un meccanismo (anche e forse soprattutto telematico, a quanto è dato apprendere) volto a riconoscere e consacrare nei pubblici registri l'effetto estintivo di ogni diritto, collegato al decreto d'esproprio e alla sua trascrizione, potranno verificarsi casi in cui, accanto all'ente espropriante/beneficiario di una espropriazione, continuino a sussistere nei registri catastali e immobiliari i nominativi di soggetti formalmente titolari di diritti che non sussistono più sul piano sostanziale, con conseguenze disparate nei casi concreti (8).

Onde risolvere ogni questione, si fa sempre più viva negli operatori l'esigenza che siano indirizzate, quale che ne sia la forma, istruzioni agli uffici interessati, atti a chiarire gli effetti, ai fini che qui rilevano, del decreto d'esproprio o della cessione volontaria quale atto ablativo equivalente.

(8) Ad esempio, possibili conflitti e contestazioni tra committente pubblico e affidatario delle procedure espropriative di cui si è fatto cenno alla nota 5.

I “numeri” degli avvocati pubblici e il contenzioso delle pubbliche amministrazioni

Rolando Dalla Riva*

Il modello tipico dell'avvocatura pubblica è costituito dall'Avvocatura dello Stato. Essa costituisce certamente un paradigma e punto di riferimento per quanti sono preposti alla rappresentanza e difesa in giudizio di un interesse pubblico. Come è risaputo - tuttavia - la disciplina dell'Avvocatura erariale è speciale e prevede delle deviazioni significative alla regola dello *jus postulandi* proprio dell'esercizio della professione forense in ragione della specialità della difesa e alla qualità della parte rappresentata.

Accanto a questa realtà l'attuale ordinamento prevede la possibilità della costituzione di avvocature interne presso le Pubbliche amministrazioni in ossequio alla deroga prevista dall'art. 3 del regio decreto legge 27 novembre 1933 n. 1578, convertito in legge 22 gennaio 1934 n. 34, meglio nota quale legge professionale forense. La disciplina di una tale forma di “avvocatura” (a parte il momento genetico) non si distingue dall'esercizio proprio della professione forense come svolta dai liberi professionisti, tanto che non si è di fronte ad un *tertium genus* di avvocatura, ma solo all'esercizio della professione forense da parte di dipendenti delle rispettive Amministrazioni pubbliche.

Le osservazioni che seguono si propongono di analizzare ed approfondire tale fenomeno, per verificare se è possibile giungere a qualche conclusione sull'argomento. Ad una prima osservazione, quello proposto sembrerebbe un tema di nicchia, sfornito di particolare importanza, tuttavia il crescente interesse riscontrato nelle molte occasioni in cui viene discusso il problema, potrebbe testimoniare come questo tema possa meritare un momento di approfondimento. Solitamente l'argomento del contenzioso delle pp.aa. e degli uffici legali interni viene affrontato all'interno delle varie categorie in qualche modo interessate come quella degli avvocati dipendenti, dove viene posto l'accento soprattutto su aspetti relativi alle “rivendicazioni” di ruolo oppure alle istanze di carattere contrattuale e retributivo. Oppure è oggetto di discussione tra liberi professionisti, spesso con una comprensibile apprensione dovuta al timore che il mercato professionale legato alle pubbliche amministrazioni sia ridotto dal ricorso agli uffici legali interni da parte delle pp.aa. Anche i pubblici

(*) Avvocato INAIL in Vicenza.

Il presente articolo costituisce una rielaborazione dell'intervento tenuto al convegno “Il contenzioso delle Pubbliche amministrazioni e gli Uffici legali interni” tenutosi a Vicenza l'11 novembre 2009.

amministratori o dirigenti pubblici si occupano del problema, solitamente in occasione delle riorganizzazioni degli enti, in quanto sovente non si comprende la particolare posizione funzionale da garantire agli uffici legali interni.

Cominciamo subito parlando di alcuni numeri precisando che i dati che verranno esposti nel presente lavoro sono tratti da “La Previdenza Forense”, rivista della Cassa di previdenza degli avvocati, che da alcuni anni pubblica periodicamente alcune rilevazioni statistiche in merito agli avvocati iscritti negli albi e, tra questi, anche su quelli iscritti nel registro speciale degli addetti agli uffici legali interni. Questi dati sono poi stati elaborati da chi scrive - quale statistico alle prime armi - e proposti in alcune tabelle.

anno	iscritti al Reg. spec.	iscritti Albo avvocati	% tra avv. pubblici e libero foro
1999	3.772	109.818	3,43%
2001	3.942	129.071	3,05%
2004	4.019	158.478	2,54%
2006	3.822	178.134	2,15%
2008	4.189	198.041	2,12%

Al 31 dicembre 2008 risultavano iscritti nei registri speciali degli albi degli Ordini forensi 4.189 avvocati addetti agli uffici legali interni. Se si considera che nel dicembre del 1999 gli avvocati degli enti pubblici erano 3.772 nel giro di nove anni essi risultano aumentati di 417 unità (con un incremento rispetto al 1999 di poco più dell'11%) e l'andamento degli iscritti nel registro speciale ha conosciuto anche un fenomeno di contrazione tra il 2004 e il 2006.

Questi dati dunque smentiscono quella che potrebbe essere chiamata una “leggenda metropolitana”, secondo la quale il numero degli avvocati pubblici sarebbe in continua crescita, addirittura esponenziale, in esito alla proliferazione di avvocature interne da parte delle pubbliche amministrazioni.

Il dato assume un ben più rilevante significato se viene confrontato con quello relativo al numero complessivo di avvocati iscritti all'albo.

Nel dicembre del 1999 erano complessivamente iscritti all'albo in Italia 109.818 avvocati. Nel dicembre del 2008 risultavano iscritti ben 198.041 avvocati e - secondo gli ultimi dati aggiornati - tale numero ora si attesta oltre i 220.000.

Fra dicembre 1999 e dicembre 2008 il numero complessivo degli avvocati è aumentato di oltre l'80%.

Percentualmente parlando la componente degli avvocati pubblici non è particolarmente rilevante ed oscilla (a livello nazionale) tra il 3,43% del 1999 e il 2.12% del 2008.

Il dato ovviamente risente dell'aumento (questo sì esponenziale) degli avvocati in Italia.

La distribuzione percentuale degli avvocati pubblici può riservare alcune sorprese che mettono in risalto come vi siano elementi di parziale contraddizione relativi alle cifre in numeri assoluti.

Se si osserva la presenza degli avvocati pubblici si può notare come tali percentuali siano molto disomogenee tra i vari distretti di Corte di Appello esaminati e come vi siano distretti in cui tali presenze siano minime rispetto ad altri dove la componente degli avvocati pubblici – pur limitata – è maggiormente significativa.

Distretto di C.A.	iscritti albo al 31/12/2008	iscritti elenco spec. Dipendenti enti pubblici	% avv. pubblici su totale
Trento	1.480	68	4,59
Palermo	7.129	268	3,76
Roma	25.948	969	3,73
Torino	8.348	216	2,59
Campobasso	1.350	33	2,44
Firenze	9.564	231	2,42
Potenza	2.124	49	2,31
Napoli	21.897	497	2,27
Ancona	4.636	98	2,11
Catanzaro	7.852	165	2,10
Bari	11.309	222	1,96
Genova	6.070	116	1,91
Venezia	10.355	191	1,84
Perugia	2.665	46	1,73
Catania	6.693	115	1,72
Reggio Calabria	3.452	59	1,71
Salerno	5.578	94	1,69
Trieste	2.121	33	1,56
Bologna	11.755	173	1,47
L'Aquila	5.353	76	1,42
Milano	20.186	275	1,36
Caltanissetta	1.256	12	0,96
Lecce	8.273	79	0,95
Cagliari	4.383	37	0,84
Brescia	4.765	39	0,82
Messina	3.499	28	0,80

Percentualmente parlando il maggior numero di avvocati pubblici viene riscontrato nel distretto di Corte di Appello di Trento e Bolzano, dove gli avvocati degli enti rappresentano il 4,59% degli avvocati complessivi.

Nel distretto di Palermo il dato è del 3,76%, poco superiore a quello del distretto di Roma del 3,73%; in questo ultimo caso l'alto numero assoluto di avvocati pubblici (conseguente alla concentrazione degli uffici pubblici legati al ruolo della capitale - nel Foro di Roma risultano iscritti ben 879 avvocati pubblici) viene compensato dal numero degli avvocati iscritti all'albo (e pari a 25.948 unità).

Molti degli altri distretti si attestano sulla percentuale nazionale di poco superiore al 2%, mentre si osserva in alcuni distretti una percentuale di presenza particolarmente limitata ed inferiore all'1% (Brescia, Lecce, Caltanissetta, Messina e Cagliari).

L'analisi poi di alcuni dati percentuali relativi ad alcuni Tribunali ci consente di capire come il fenomeno della presenza degli avvocati degli enti sia legato alla presenza delle sedi degli uffici pubblici, normalmente concentrata nei capoluoghi.

A parte il dato del Tribunale di Tolmezzo (dove la statistica risulta falsata dai numeri minimi di iscritti) si osserva come sia il Foro di Bolzano (con il 5,27%) a detenere la maggior presenza di avvocati pubblici.

Ancora un volta il dato di Bolzano viene accomunato a quello del Foro di Palermo dove la percentuale è di poco inferiore ed è del 5,08%.

Di poco sotto il 5% si porta il Tribunale di Potenza (ove operano avvocati pubblici in ragione del 4,82% del totale) ed il Foro di Roma (con un percentuale del 4,47%).

Subito dopo si trovano ancora i Fori trentini con il 4,03% di Trento e il 3,85% di Rovereto che confermano l'alta presenza delle avvocature civiche nel Trentino – Alto Adige.

Panorama legislativo

Prima di passare all'esame delle questioni centrali è necessario un accenno al panorama legislativo. La questione è già stata anticipata, ma può essere interessante, tuttavia, al di là dell'esame delle norme che disciplinano l'esercizio dell'attività legale all'interno delle Pubbliche Amministrazioni, comprendere appieno il significato di una tale previsione normativa.

In Italia la professione legale risulta storicamente caratterizzata dall'esercizio della rappresentanza e difesa in giudizio, dalla rappresentanza stragiudiziale per la composizione delle controversie e dall'attività di consulenza legale; queste sono in estrema sintesi le funzioni che l'ordinamento italiano prevede per la categoria degli avvocati. Solo per la rappresentanza e difesa in giudizio (con significative deroghe tuttavia) esiste una riserva di attività per i profes-

sionisti legali, mentre tale riserva non esiste per le rimanenti attività relative allo stragiudiziale e alla consulenza legale.

L'esercizio dell'avvocatura è uno dei tipici campi delle libere professioni. La particolare natura delle funzioni esercitate comporta che all'avvocato, in relazione all'incarico professionale ricevuto dal cliente, vengano riconosciuti determinati obblighi (e prerogative) direttamente dalla legge. Molte di tali situazioni fanno capo al professionista indipendentemente dal contenuto concreto del mandato ricevuto dal proprio cliente: L'avvocato svolge, infatti, un'attività che, per sua natura, implica l'assunzione di scelte e la selezione di strategie difensive in piena autonomia. Al legale fanno capo precisi doveri conseguenti all'adozione del Codice deontologico, tra i quali particolare rilievo assume il dovere di mantenere la propria indipendenza nell'esercizio dell'attività professionale (1).

Proprio in ragione della necessità che l'esercizio della professione legale sia svolto senza condizionamenti, che potrebbero comprometterne l'indipendenza, la legge professionale forense sancisce l'incompatibilità di tale attività professionale con specifiche professioni (ad esempio quella notarile, di giornalista, di agente di cambio ecc...), con l'esercizio del commercio e, più in generale con qualunque impiego retribuito, sia pubblico che privato (art. 3 R.D.L. 27 novembre 1933 n. 1578 – legge professionale forense) (2).

Questa norma soffre di due sole eccezioni: la prima che riguarda i professori universitari e i docenti di istituti secondari statali e, per quello che ci riguarda, la seconda che consente l'iscrizione, in apposito elenco speciale annesso all'albo professionale, degli avvocati di uffici legali interni di Enti pubblici.

Per quanto riguarda gli avvocati di uffici legali interni, la norma dell'art. 3 della legge professionale è alquanto specifica, consentendo in primo luogo l'istituzione di uffici legali solo agli Enti pubblici; di conseguenza non è consentito ai soggetti privati di costituire uffici legali con propri avvocati dipendenti (3).

(1) Come anticipato in premessa, rimane a parte il discorso relativo all'Avvocatura dello Stato le cui funzioni, compiti e prerogative sono disciplinate da particolari fonti normative (in particolare R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611 contenente il Testo Unico delle disposizioni sulla rappresentanza e difesa dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, con il regolamento di esecuzione approvato con R.D. 30 novembre 1933 n. 1612).

(2) Art. 3 r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578 (L.P.F.): *“L'esercizio delle professioni di avvocato (...) è incompatibile (...). E' infine incompatibile con ogni altro impiego retribuito, anche se consistente nella prestazione di opera di assistenza e consulenza legale, che non abbia carattere scientifico o letterario: a) (...);*

b) gli avvocati degli uffici legali istituiti sotto qualsiasi denominazione ed in qualunque modo presso gli enti di cui allo stesso secondo comma, per quanto concerne le cause e gli affari propri dell'ente presso il quale prestano la loro opera. Essi sono iscritti nell'elenco speciale annesso all'albo”.

(3) Il concetto di amministrazione e istituzione pubblica nel corso del tempo si è allargato a seguito

In secondo luogo la legge richiede che all'interno dell'Ente pubblico vi sia l'esistenza di un ufficio legale, in cui l'avvocato preposto tratti esclusivamente le cause proprie dell'Ente.

La *ratio* che sottende tale disposizione è di tutta evidenza: solo all'interno della pubblica amministrazione (ovvero altri soggetti che svolgono un'attività oggettivamente riconducibile a quella di una pubblica amministrazione) il rapporto del professionista consente quelle garanzie di indipendenza richieste per l'esercizio della professione forense che nel rapporto del dipendente privato con il proprio datore di lavoro con molta difficoltà verrebbe riconosciuta.

Un elemento da prendere in considerazione è anche la particolare formulazione della proposizione normativa: il precetto - di poche parole - viene formulato "in negativo", quale eccezione al generale divieto di esercizio della professione forense quale dipendente.

Un particolarità della materia è data anche da una interpretazione della norma particolarmente "qualificata", in quanto la normativa in questione è soggetta ad interpretazioni giurisprudenziali rimesse esclusivamente al Consiglio nazionale Forense (competente in sede giurisdizionale per i ricorsi presentati alle pronunce dei Consigli dell'Ordine) e, in grado definitivo, alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Questa circostanza ha consentito il formarsi di una giurisprudenza proveniente dal massimo vertice della giurisprudenza e che non ha subito il fenomeno delle "oscillazioni interpretative" proprie di altri settori del diritto.

Secondo l'interpretazione che da tempo è stata data alla norma, per poter invocare l'applicazione della deroga al principio generale dell'incompatibilità deve essere dimostrato che:

a) presso l'Ente pubblico sia stato istituito un ufficio legale con propria organizzazione ed autonomia, con la specifica ed esclusiva attribuzione della trattazione delle cause e degli affari legali dell'Ente; tale ufficio non deve essere inoltre di natura "precaria";

b) che a detto ufficio siano adibiti gli avvocati che richiedono l'iscrizione, i quali devono occuparsi in via esclusiva, delle cause e degli affari legali dell'Ente stesso.

Più volte è stato precisato che la sola circostanza di svolgere un'attività in senso ampio "legale" o "giuridica" (quale può essere quella svolta da molte divisioni amministrative o del personale) non basta a far superare il principio dell'incompatibilità, ove tale attività si svolga al di fuori dell'ufficio specificamente istituito dall'Ente per la trattazione delle proprie cause ed affari le-

della progressiva privatizzazione di molte funzioni un tempo svolte da amministrazioni pubbliche in regime di diritto amministrativo. Ha preso atto di questa situazione anche la Cassazione nel giudicare i requisiti di ammissibilità per l'istituzione di un ufficio legale interno. Si vedano in proposito Cass. Sez. Un. 3 maggio 2005 n. 9096 e Cass. Sez. Un. 16 luglio 2008 n. 19496.

gali (4).

E' stato precisato, altresì, che per uffici legali, ai fini dell'iscrizione nell'elenco speciale, si intendono quelli e solo quelli, che, staccati ed autonomi rispetto ad altri uffici di gestione amministrativa dell'attività dell'Ente, svolgono esclusivamente funzioni di consulenza ed assistenza giudiziale e stragiudiziale relativamente a questioni o a controversie dell'ente pubblico cui l'ufficio appartiene, restando esclusa ogni attività di "gestione", ancorché espletata da addetti ad uffici denominati "legali" come quella relativa alla gestione del personale o la trattazione degli "affari generali" (5).

Infine, su che cosa si intenda per "cause ed affari legali dell'Ente", è stato affermato il necessario collegamento con l'attività giudiziaria (ambito normale della professione forense) e con il contenzioso dell'Ente (sia in atto che potenziale), ammettendo che sia sufficiente lo svolgimento di sola attività stragiudiziarie e di consulenza solo dove l'attività giudiziaria sia inesistente essendo la stessa conferita all'Avvocatura dello Stato (6).

In sintesi, i requisiti richiesti per la creazione di una avvocatura presso una Pubblica amministrazione sono:

- 1) costituzione di un apposito ufficio dotato di adeguata "stabilità" (7);
- 2) autonomia organizzativa e distinzione dell'avvocatura dagli altri uffici di "gestione" amministrativa;
- 3) adibizione a tale ufficio di dipendenti abilitati all'esercizio della professione forense;
- 4) adibizione di detti dipendenti in via esclusiva alle "cause ed affari legali" dell'Ente con inibizione allo svolgimento di attività di "gestione" amministrativa (8).

Il principio secondo il quale l'attività forense, svolta da un avvocato del libero Foro, deve essere ispirata al principio di indipendenza e responsabilità, tanto da essere svolta solo ed esclusivamente da liberi professionisti, nel

(4) In tal senso, con pronuncia in un caso concreto, Cass. Sez. Un. 10 maggio 1993 n. 5331.

(5) Tra le pronunce della Giurisprudenza che precisano i requisiti per la costituzione di un ufficio legale presso un Ente pubblico si può ricordare: Cass. Sez. Un. 19 ottobre 1998 n. 10367. La sentenza delle Sezioni Unite ricorda che le disposizioni in materia di iscrizione all'Albo professionale sono di carattere eccezionale e non sono suscettibili di interpretazione analogica; inoltre *"ritiene la Corte di poter affermare che la iscrizione all'albo speciale presuppone che il dipendente di ente pubblico sia addetto all'ufficio legale - che abbia una sua autonomia nell'ambito della struttura dell'ente - ed, in virtù di tale sua appartenenza ed alla stregua dell'ordinamento dell'ente stesso, sia in linea di principio abilitato a svolgere, nell'interesse di questo, in via esclusiva attività professionale, intesa nel senso comprensivo sia di quella giudiziaria che della extragiudiziaria"*.

(6) DANOVÌ R. *"Corso di Ordinamento forense e deontologia"*, Milano, 1995, pag. 110 e segg.; per la definizione di "cause ed affari dell'Ente" altre considerazioni vengono svolte dalla sentenza della Cass. Sez. Un. 19 ottobre 1998 n. 10367 cit.

(7) Sul particolare requisito dell'inquadramento stabile v. Cass. Sez. Un. n. 28049 del 25 novembre 2008.

(8) In tema di adibizione esclusiva v. Cass. Sez. Un. n. 18359 del 19 agosto 2009.

campo della Pubblica Amministrazione si manifesta in diversa maniera.

Presso un Ente pubblico l'esercizio dell'attività professionale forense è consentito nei riguardi di dipendenti del medesimo solo a condizione che non vi siano "contaminazioni" tra l'amministrazione attiva dell'Ente, a cui è rimessa la rappresentanza sostanziale della volontà della Pubblica Amministrazione ed il professionista legale che, nell'esercizio della propria professione deve poter garantire quella necessaria autonomia di gestione della causa propria di tutti coloro che esercitano tale professione.

Qualora tali condizioni non fossero realizzate l'Ente pubblico non può costituire un autonomo ufficio legale al suo interno con la conseguente cancellazione dall'albo (o la mancata iscrizione) di quei dipendenti che si trovasero in tali situazioni. Le "cause e gli affari legali dell'Ente" dovrebbero essere pertanto affidate a professionisti del libero Foro (9).

La richiesta di autonomia organizzativa e funzionale degli avvocati delle Pubbliche amministrazioni non è diretta, pertanto, alla mera tutela di "privilegi" o di "status" o all'aspirazione di una mera diversificazione dagli altri dipendenti o dalle strutture dirigenziali in genere dell'Ente, ma è coerente alla necessità che l'esercizio della professione forense all'interno di un Ente pubblico sia adeguato a quegli "standards" propri dell'attività libero professionale svolta dagli avvocati del libero Foro, con i quali quotidianamente gli avvocati pubblici si confrontano.

Le avvocature pubbliche

Dopo aver inquadrato il problema sotto l'aspetto normativo, sono possibili ora alcune considerazioni sul fenomeno delle c.d. avvocature pubbliche, ovvero della denominazione che sempre più spesso hanno assunto gli uffici legali degli Enti pubblici.

Il problema della gestione del contenzioso delle Pubbliche amministrazioni, da certo tempo a questa parte, è oggetto di particolare attenzione da

(9) Particolarmente attenta al fenomeno è la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno avuto modo di statuire che "Il professionista legale esercita con libertà ed autonomia le funzioni di competenza, con sostanziale estraneità dall'apparato amministrativo, in posizione di indipendenza da tutti i settori previsti in organico e con esclusione di ogni attività di gestione amministrativa". In questi termini la massima della sentenza della Cass. Sez. Un. 18 aprile 2002 n. 5559, in *Foro it.*, 2002, I, 2701 con nota di L. CARBONE. Sui principi di autonomia professionale ed organizzativa, oltre alla sentenza appena citata si veda anche Cass. Sez. Un. 14 marzo 2002 n. 3733; Cass. Sez. Un. 19 ottobre 1998 n. 10367; Cass. Sez. Un. 10 maggio 1993 n. 5331. In dottrina V. R. DANOVÌ, *Ordinamento Forense e Deontologia*, Giuffrè, 1995, pag. 110 e segg.; L. CARBONE, *Gli avvocati degli enti pubblici nella giurisprudenza e nei pareri del Consiglio nazionale forense*, *Foro it.*, 2002, I, 2702 con i riferimenti ivi citati.

Si occupano dello specifico problema, con un approfondimento organico di tutta la materia relativa alle avvocature pubbliche, R. GIANI – S. IMBRIACI, *L'avvocato dipendente di ente pubblico – Organizzazione e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2009.

parte degli amministratori pubblici (10).

I sempre maggiori compiti rimessi alle Pubbliche amministrazioni, soprattutto quelle locali, il nuovo rapporto con gli utenti caratterizzato da una maggior presenza del cittadino nel procedimento amministrativo (il quale però comporta una maggior possibilità di contenzioso), la progressiva privatizzazione dei rapporti con le Pubbliche Amministrazioni (aspiranti dipendenti nei concorsi, fornitori, rapporti contrattuali in genere ecc...), ha comportato un aumento delle posizioni di conflitto e la consapevolezza dell'importanza di una adeguata "gestione del contenzioso" da rimettersi a particolari figure professionali.

Sotto un altro aspetto, la complessità dell'azione amministrativa, la contraddittorietà spesso delle stesse fonti normative, ha messo in evidenza come sia necessario alle Amministrazioni fornirsi di adeguate consulenze legali specifiche (anche in vista di evitare possibili contenziosi futuri).

Per tali attività tradizionalmente le Amministrazioni si rivolgevano a professionisti del libero Foro; tuttavia è emerso come l'attività di difesa in giudizio e consulenza legale richieda, per una sua maggiore efficacia, una continuità di presenza che non si risolve in meri incarichi da affidare di volta in volta a distinti professionisti esterni.

L'accrescersi di competenze specifiche e di adeguata preparazione anche da parte di alcuni dipendenti pubblici (dotati di abilitazione alla professione forense) ed il riscontro in ordine ai costi spesso rilevanti di una consulenza esterna oltre che talora "difficilmente controllabili", hanno indotto le pubbliche amministrazioni a sperimentare con sempre maggiore frequenza la possibilità di istituire un autonomo ufficio legale interno, affidato ad uno o più avvocati dipendenti. Il ricorso all'istituzione di uffici legali interni è recentemente incrementato tanto che è sensibilmente aumentata la richiesta di iscrizione all'elenco speciale dell'Albo degli avvocati da parte di dipendenti addetti ad uffici legali, anche se – come sopra si è esaminato – tale dato assume un carattere fisiologico.

La realtà presenta, per vero, situazioni alquanto diversificate; molte sono le tipologie di uffici legali che sono stati sperimentati; solitamente solo Enti pubblici di medie o grandi dimensioni possono trovare convenienza nell'istituzione di un autonomo ufficio legale.

Un **primo gruppo** di tipologie è costituito dagli Enti di piccole e medie dimensioni dove l'ufficio è composto da uno o alcuni professionisti, il carico

(10) Non fa parte del presente lavoro l'analisi di altre situazioni riscontrabili all'interno delle pubbliche amministrazioni, dove una parte del contenzioso può essere seguito (anche nella fase giudiziaria con la rappresentanza in giudizio) da uffici a cui sono preposti funzionari amministrativi. Per esempio gli uffici per il contenzioso in materia di pubblico impiego previsti ora dall'art. 12 del D.Lgvo 30 marzo 2001 n. 165, ovvero la difesa della P.A. senza onere di patrocinio ai sensi dell'art. 417 *bis* del c.p.c., ovvero la rappresentanza e difesa dell'Ente impositore nel processo tributario.

di contenzioso giudiziario è esiguo (non di rado il contenzioso minore) e il professionista legale svolge prevalentemente un'attività di consulenza interna agli organi dell'Ente. Usualmente le controversie di maggior rilievo o che riguardano particolari materie specialistiche sono affidate alla cura di avvocati del libero Foro e i professionisti interni svolgono una funzione di "collegamento" tra gli uffici dell'Ente e l'avvocato esterno cui è affidata la cura della gestione giudiziaria delle cause. In queste situazioni, essendo l'attività legale legata al contenzioso giudiziario non particolarmente pesante, non di rado al dipendente-avvocato vengono affidate anche altre mansioni *lato sensu* "giuridico-legali" come la responsabilità di uffici quali quello degli "affari generali" ovvero del personale, incarichi che "affiancano" quello della titolarità dell'ufficio legale, con il compimento vero e proprio di attività amministrativa propriamente detta.

Un **secondo gruppo** è costituito da quegli uffici legali che si collocano all'interno di Amministrazioni pubbliche di maggiori dimensioni che si avvalgono della rappresentanza e difesa dell'Avvocatura dello Stato (Regioni per esempio): in questo caso l'ufficio legale è di adeguate dimensioni, risulta organicamente organizzato, con plurime competenze anche per la presenza di un maggior numero di professionisti. Atteso che una parte del contenzioso giudiziario è assunto dall'Avvocatura dello Stato residua, comunque, la competenza dell'ufficio legale in ordine alla rappresentanza in giudizio per quelle cause in cui vi sarebbe incompatibilità per l'Avvocatura dell'Erario, come le vertenze che vedono l'Ente contrapposto all'Amministrazione statale. Oltre all'attività di "collegamento" con l'Avvocatura dello Stato per il contenzioso giudiziario a questa affidato, prevalente risulta l'attività di consulenza legale agli organi dell'Ente, nonché la partecipazione all'attività amministrativa con l'utilizzazione dei professionisti legali in commissioni collegi amministrativi ecc... (11).

Un **terzo gruppo** è rappresentato, infine, da quelle avvocature costituite all'interno di Enti le quali si occupano, in via esclusiva e completa, di tutto il contenzioso giudiziario in qualunque grado di giudizio come su qualsiasi materia. E' il caso delle avvocature costituite presso i maggiori Enti previdenziali (come l'INPS o l'INAIL o l'INPDAP), ovvero le avvocature civiche dei Comuni di maggiori dimensioni. La presenza di un rilevante numero di profes-

(11) Si registra una interessante linea di tendenza in proposito. Alcune Regioni a statuto ordinario hanno provveduto alla costituzione di autonome avvocature regionali a cui affidare la gestione dell'intero contenzioso giudiziario, anche quello in precedenza curato dall'Avvocatura dello Stato. Per esempio la Lombardia, la Toscana, la Puglia e l'Abruzzo si sono dotate di una apposita struttura denominata "Avvocatura regionale"; altre Regioni si sono dotate di strutture con caratteristiche corrispondenti, fra le quali sono da menzionare la Calabria, la Campania e l'Emilia Romagna. Con legge regionale 16 agosto 2001 n. 24 anche la Regione del Veneto ha provveduto all'istituzione di una "avvocatura regionale" sul modello di quelle già adottate dalle altre Regioni.

sionisti, con specializzazione nelle varie branche del diritto e con la presenza di un adeguato numero di professionisti abilitati al patrocinio avanti alle Corti superiori, consente a questi Enti di essere completamente autosufficienti in materia di difesa in giudizio e di consulenza legale. In tali realtà le avvocature costituiscono un complesso organizzato che prevede spesso diverse dislocazioni territoriali, con la presenza di una o più strutture territoriali o centrali di coordinamento dell'attività professionale (12).

Nel presente intervento è fuori dall'intenzione di chi scrive entrare nel merito circa la presenza o meno, nelle tipologie di uffici legali che si sono esaminati, di tutti i requisiti previsti dalla legge per la loro costituzione (13). Il ricorrere ad un tipo o all'altro di ufficio legale da parte degli Enti pubblici dipende da una serie di circostanze, quali le risorse economiche a disposizione, il reperimento di adeguato personale professionalmente preparato, le dimensioni dell'Ente e le sue articolazioni territoriali ecc ...

Può essere utile, tuttavia, domandarsi quale fra le tipologie che si sono esaminate meglio corrisponda agli interessi di un Ente pubblico ai fini della sua tutela giudiziaria o per una proficua consulenza legale specialistica. Nei primi due casi tanta parte di questa attività viene "esternalizzata"; ciò comporta che l'Ente è costretto a richiedere sempre all'esterno tali professionalità. Visto che, come sopra evidenziato, ormai la "gestione delle controversie" sta assumendo un aspetto rilevante della attività delle Pubbliche amministrazioni, è da chiedersi se sia davvero opportuno lo svolgimento di tale attività all'esterno, verificando se, invece, non sia preferibile che si proceda alla valorizzazione delle risorse interne.

Quanto mai importante per una pubblica amministrazione dovrebbe essere la capacità di non esternalizzare il patrimonio di conoscenze giuridiche proprie del settore di attività, in modo da poter sempre più con maggiore efficacia intervenire nella cura dell'interesse pubblico affidato. Questo dovrebbe essere il "core business" di ogni amministrazione.

(12) In particolare, con riguardo alle avvocature degli Enti previdenziali pubblici è intervenuta una disposizione speciale contenuta nella legge finanziaria per il 2001. Tale norma è l'art. 69, comma 16, l. 23 dicembre 2000 n. 388 che testualmente dispone: "Gli enti pubblici che gestiscono forme di previdenza e assistenza obbligatorie, affidano l'attività di consulenza legale, difesa e rappresentanza in giudizio alle avvocature istituite presso ciascun ente. Nei casi di insufficienza o mancanza di avvocature interne la predetta attività può essere assicurata dalle avvocature esistenti presso altri enti di comparto, mediante convenzioni onerose, che disciplinano i relativi aspetti organizzativi, normativi ed economici. Il trattamento giuridico ed economico degli appartenenti alle avvocature costituite presso gli enti è disciplinato dai rispettivi contratti collettivi nazionali di lavoro e comunque senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato". Tale disposizione normativa sembra prevedere una vera e propria riserva di competenza (competenza esclusiva) a favore delle avvocature circa la gestione del contenzioso legale degli Enti previdenziali.

(13) La vigilanza su tale materia è rimessa d'altronde agli Ordini professionali.

Natura dell'attività dell'ufficio legale in una pubblica amministrazione - Ruolo strategico dell'avvocatura

A questo punto occorre analizzare con maggior precisione l'attività svolta da un professionista legale all'interno di una Pubblica amministrazione.

L'avvocato di un ufficio legale costituito presso un Ente pubblico esercita la sua professione secondo le norme comuni proprie di qualsiasi altro avvocato del libero Foro; l'unica distinzione risiede nell'iscrizione nell'apposito elenco annesso all'Albo professionale e nel fatto (diretta conseguenza di tale iscrizione) che lo *jus postulandi* non è di carattere "generale", come qualsiasi avvocato del libero Foro (il quale può accettare il mandato da qualsiasi soggetto salve le incompatibilità) ma è "speciale", limitato alla difesa e rappresentanza dell'Ente presso il quale presta la sua opera (14).

Come evidenziato sopra, all'avvocato pubblico è escluso il conferimento di attività di gestione amministrativa. Questo comporta che, secondo i principi del diritto amministrativo, egli non è titolare di rappresentanza "organica" dell'Ente presso il quale lavora; tale rappresentanza è rimessa esclusivamente agli organi dell'Ente secondo il riparto delle rispettive competenze, i quali sono gli unici a manifestare la volontà dell'Ente ed ad impegnarlo nei rapporti con i terzi.

Ne consegue che l'avvocato pubblico svolge la sua attività di rappresentanza unicamente in forza della procura alle liti (nel campo civile) che deve essere conferita dall'Ente (speciale, per ogni distinta controversia, ovvero generale se per tutte le controversie) e spiega effetti solo all'interno dell'ordinamento processuale come per ogni altro avvocato. Egli non ha pertanto la rappresentanza "sostanziale" dell'Ente che può essere conferita, al pari degli altri avvocati libero-professionisti, con la procura alle liti, limitatamente per alcune attività della controversia (ricevere somme, quietanzare, transigere la lite).

Stesse considerazioni si dovrebbero effettuare per l'attività di carattere consulenziale svolta per gli organi dell'Ente; tale attività rimane di carattere "interno" (solitamente sottratta al diritto di accesso (15)) e da essa non deri-

(14) Tale divieto si desume dall'art. 3 della Legge professionale forense sopra esaminata. Una eccezione a tale divieto è normativamente prevista per le avvocature degli Enti previdenziali pubblici ai sensi della disposizione speciale contenuta nella legge finanziaria per il 2001; tale norma è l'art. 69, comma 16, l. 23 dicembre 2000 n. 388 sopra riferita, che consente l'utilizzo di forme di collaborazione convenzionali tra le avvocature degli Enti in parola. Un'altra eccezione è stata introdotta per gli enti locali i quali possono istituire, mediante apposite convenzioni, uffici unici di avvocatura per lo svolgimento di attività di consulenza legale, difesa e rappresentanza in giudizio degli enti convenzionati ai sensi dell'art. 2, comma 12, della legge 24 dicembre 2007 n. 244.

(15) In merito all'accesso agli atti di una avvocatura pubblica relativi ad una lite pendente, si veda Consiglio di Stato, sez. V, dec. 19 dicembre 2000 – 2 aprile 2001 n. 1893 (in *Guida al Diritto*, 2001, 27, pag. 86 con commento di O. FORLENZA).

vano impegni diretti per l'Amministrazione di appartenenza, se non attraverso gli atti compiuti dagli organi preposti.

Per tali ordini di ragioni se si dovesse ricondurre l'attività del professionista legale all'interno della Pubblica amministrazione secondo la tripartizione classica di tale attività (amministrazione attiva, consultiva e di controllo) senza dubbio la stessa sarebbe riconducibile alla amministrazione consultiva, che consente il mantenimento di quel principio di indipendenza professionale che costituisce il cardine dell'attività forense.

Il divieto pertanto dello svolgimento di attività amministrativa c.d. "attiva" (con responsabilità all'interno del procedimento amministrativo) da parte dell'avvocato pubblico non discende solo dall'interpretazione della norma dell'art. 3 della legge professionale, ma risulta aderente alla natura dell'attività esercitata all'interno della pubblica amministrazione.

Il pericolo che può generare una commistione tra le funzioni propriamente legali e quelle amministrative non riguarda solamente la possibilità stessa della permanenza di un ufficio legale interno, ma riguarda l'opportunità che una delicata attività difensiva e di consulenza sia svolta con preparazione, competenza professionale ed autonomia.

Anche l'attività consulenziale infatti deve essere svolta con adeguata "autonomia": essa, infatti, è diretta a dare alla questione sottoposta una valutazione e giudizio sereni, con l'indicazione obiettiva delle possibili soluzioni giuridicamente corrette e con l'evidenza dei rischi per soluzioni alternative. Il parere legale da rendere, in sostanza, non deve essere semplicemente "allineato" alle aspettative di chi formula la questione, onde evitare che alla fine si trasformi in una sorte di "copertura" a quanto si ha intenzione di fare, ma

Il caso sottoposto all'esame, consente all'Organo della giustizia amministrativa, nella citata sentenza, di formulare una tripartizione dell'attività di consulenza legale resa, sia da un libero professionista che da una avvocatura pubblica, con un diverso regime del diritto di accesso dei rispettivi atti:

Il Consiglio di Stato distingue tra:

- 1) consulenze legali rese nell'ambito di una apposita istruttoria procedimentale in vista dell'adozione di un atto amministrativo che solitamente richiama il parere nella motivazione: in tal caso il parere è sottoposto al regime del diritto di accesso in quanto correlato ad un procedimento amministrativo;
- 2) consulenza legale che non è destinata a sfociare in un provvedimento amministrativo resa dopo l'avvio di un procedimento contenzioso (giudiziario, arbitrale o anche meramente amministrativo) ovvero dopo il compimento di tipiche attività precontenziose al fine di definire la propria strategia difensiva o in vista del possibile esito della lite: in questo caso le consulenze sono caratterizzate dalla riservatezza e l'atto ben può essere sottratto al diritto di accesso;
- 3) consulenza legale resa in una fase intermedia successiva alla definizione del rapporto amministrativo ma precedente all'instaurazione di un giudizio o l'avvio dell'eventuale procedimento precontenzioso per consentire all'amministrazione di articolare le proprie strategie difensive: anche in questo caso la consulenza è riservata e sottratta al diritto di accesso.

Interessante notare come il commentatore della sentenza non riconduca tanto il divieto di accesso (ovvero il suo differimento) alle norme relative al segreto professionale, bensì al principio del diritto di difesa da parte della P.A. ex art. 24 della Costituzione, considerando che l'azione dell'ente e la stessa attività di consulenza non rientra nel concetto di "attività amministrativa".

deve essere un qualificato contributo per la soluzione giuridica del caso prospettato.

Fatte queste osservazioni occorre esaminare ora come venga considerata, di norma, da parte dell'amministratore pubblico la gestione del contenzioso dell'amministrazione cui è preposto. Normalmente il contenzioso giudiziario è visto quale momento "patologico" dell'attività amministrativa, sovente interviene durante lo svolgersi del procedimento amministrativo bloccandolo con inevitabili conseguenze negative per la realizzazione delle finalità cui era rimesso il procedimento. Prevale, pertanto, una visione "negativa" del contenzioso collegata agli aspetti pregiudizievoli che questo comporta.

Non è infrequente che l'amministrazione decida caso per caso l'atteggiamento da adottare nell'evenienza di contestazione giudiziaria di propri provvedimenti, con l'affidamento di volta in volta al professionista che si ritiene maggiormente preparato (o spesso solo quello più economico) per il caso concreto.

Questo, tuttavia, comporta:

- una difesa che rimane legata al singolo caso o vicenda ed è pertanto di tipo "occasionale" e non considera, invece, il complesso delle attività della pubblica amministrazione;
- il disperdersi del patrimonio di conoscenza legale che viene affidato di volta in volta al professionista incaricato, ma che "esce" dall'amministrazione pubblica e non consente la formazione di una "memoria" condivisa interna sugli aspetti di maggior riguardo dell'attività amministrativa.

In realtà, lo studio accurato del contenzioso di una pubblica amministrazione potrebbe consentire la messa a disposizione di un'elevata quantità di informazioni circa i "settori di rischio" dell'attività amministrativa. Una corretta mappatura del contenzioso consente di far emergere procedure non legittime, carenze di legalità in singoli procedimenti ovvero in settori particolari, deviazioni di comportamenti rispetto la regola di legalità ecc...

Nasce, pertanto, una nuova esigenza per l'Ente: quello di avere a disposizione un ufficio con elevata professionalità e conoscenza del diritto che possa rappresentare lo strumento efficace per garantire maggiore legalità e legittimità all'attività amministrativa: in questo senso potrebbe essere considerato il nuovo ruolo delle avvocatature interne delle pp.aa., in considerazione del progressivo venir meno degli istituti classici deputati al controllo degli atti delle amministrazioni (16).

Questo consente in definitiva il perseguimento di un obiettivo molto im-

(16) In alcuni regolamenti sul funzionamento degli uffici legali interni – avvocatature viene assegnato a queste ultimi il compito di provvedere a controlli a campione aventi per oggetto la legittimità degli atti amministrativi. Al precedente modello dei controlli di legittimità "esterni" viene sostituito il modello dell'affidamento di tali compiti all'avvocatura interna.

portante per ciascun ente: quello della sempre maggiore “qualità amministrativa” dei propri provvedimenti. Il perseguimento di questo risultato consente, anche, di poter affrontare serenamente l’eventuale contestazione giudiziaria dell’attività compiuta.

I “report” che possono essere richiesti all’avvocatura interna (proprio in ragione della conoscenza dell’esito della contestazione giudiziaria e degli orientamenti della giurisprudenza) possono consentire di intervenire in quei settori ove maggiore è il contenzioso al fine di capirne il fenomeno per studiarne i possibili rimedi. Essi contengono, inoltre, dati che possono essere utilizzati ai fini della valutazione dei dirigenti a cui - in fin dei conti - è rimessa la responsabilità dei settori di rispettiva competenza.

Corollario necessario a queste nuove funzioni, che ben possono essere richieste all’avvocatura interna, è che l’elevata professionalità di cui deve disporre deve accompagnarsi ad una effettiva autonomia ed indipendenza dagli altri settori dell’amministrazione in posizione di diretta collaborazione con gli organi di vertice.

Al pari degli altri organi di valutazione interna si comprende come - anche senza il ricorso alla normativa vigente sopra esaminata - all’avvocatura della pubblica amministrazione debba essere garantito un ruolo di collaborazione diretta con gli organi di vertice che devono disporre di valutazioni indipendenti ed autorevoli del proprio ufficio legale interno. Tutto questo al fine di poter meglio utilizzare un ufficio che, diversamente organizzato, non sarebbe in grado di svolgere appieno un servizio proficuo per l’Ente di appartenenza.

Devoluzione e federalismo fiscale in sanità

Monica De Angelis*

La recentissima approvazione della legge delega in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione, pone l'importante interrogativo di come e quanto il settore sanitario ne sarà influenzato. Scopo dell'articolo è quello di ripercorrere le manovre giuridiche alla base della devolution in sanità e di analizzare le condizioni istituzionali su cui il federalismo fiscale si innesta, provando a delineare i futuri scenari sui quali probabilmente la giurisprudenza dovrà ragionare ed intervenire.

** *** **

Introduzione. Il possibile ruolo del federalismo fiscale in sanità

All'indomani dell'emanazione della prima legge (2000) che concretamente introduceva nell'ordinamento italiano meccanismi di federalismo fiscale - cioè un sistema di decentramento finanziario su livelli separati di governo - veniva evidenziato che la maggioranza dei cittadini riteneva che una più larga autonomia delle Regioni (rispetto a quella già conquistata) in campo sanitario avrebbe prodotto esiti non positivi ed era richiesta piuttosto, a gran voce, la garanzia dell'omogeneità territoriale delle prestazioni erogate (1). Indagine a parte, al fine di erogare maggiori risorse per la sanità, in modo da adeguarsi alla media dei Paesi europei, dal 2001 in poi partono progressivamente le misure verso una maggiore responsabilizzazione delle Regioni sulla spesa e dunque la prosecuzione di un processo di "federalismo sanitario" che conquista finalmente anche una copertura costituzionale. Del resto la sostenibilità economica dei sistemi sanitari rappresenta un tema cruciale in tutti i paesi industrializzati. E lo è sicuramente in quelle realtà che hanno ridisegnato (o guardano verso) la distribuzione delle funzioni in senso federale. Già da tempo tuttavia la dottrina, supportata da studi comparati effettuati su alcuni Stati federali, ha sottolineato il paradosso insito *nell'organizzazione federale della sanità*: quello di voler gestire un settore fortemente orientato a garantire l'equità attraverso un sistema organizzativo finalizzato alla valorizzazione delle diversità locali. In Italia, in particolare, oggi più che mai è giusto chiedersi se il federalismo fiscale nel settore sanitario da inverarsi con le recentis-

(*) Ricercatrice di diritto amministrativo presso la Facoltà di Economia "Giorgio Fuà" - Università Politecnica delle Marche, docente di diritto degli enti locali, diritto dell'economia pubblica e diritto sanitario.

(1) Indagine FBM-Censis, 2001 in <http://www.censis.it/277/372/4974/5129/cover.asp>.

sime norme costituisca un avanzamento o un passo indietro rispetto all'impianto del Servizio sanitario nazionale (Ssn) disegnato nel corso degli anni Novanta e cristallizzato nel nuovo modello di ripartizione delle competenze previsto dalla riforma costituzionale del 2001 (Ssn *devoluto*) (2). In altre parole, occorre domandarsi quali eventuali opportunità può offrire uno schema di finanziamento come quello di cui alla legge n. 42 del 2009 che dà voce alle norme programmatiche dell'art. 119 della Costituzione riformata e alle disposizioni dell'art. 117 che, in tema di sanità, affida alla competenza esclusiva dello Stato la fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni (Lep), anche alla luce di ciò che con l'attuazione delle norme si è costruito negli ultimi anni: muovendosi sulle orme del previgente art. 117 Cost. che affidava alle Regioni l'assistenza sanitaria ed ospedaliera, il legislatore ordinario - in una decade - ha spostato l'asse di riferimento del Ssn dal livello statale al livello regionale trasformandolo in un *insieme di servizi sanitari regionali*, con una non indifferente quota di autonomia organizzativa, gestionale e imprenditoriale. Di certo, si può subito affermare che sarebbe una regressione se, a seguito del processo di devolution e dell'introduzione del federalismo fiscale, si creasse (maggiore) disuguaglianza nella popolazione rispetto all'accesso e alla qualità dei servizi offerti negli anni passati.

Una ricognizione della normativa: razionalizzazione, regionalizzazione, federalismo

La costruzione del Ssn attuale trova come norma fondamentale di riferimento la legge n. 833 del 1978, proprio quella che lo istituisce. Tale legge ha finalmente segnato il superamento del precedente sistema mutualistico - ospedaliero, incentrato su una miriade di enti notevolmente differenziati tra loro e da una completa assenza di collegamenti tra assistenza ambulatoriale e domiciliare ed assistenza ospedaliera (con inevitabili, conseguenti duplicazioni di interventi e sperpero di risorse), oltre che dalla mancanza di una idea omnicomprensiva di salute. Il disegno organizzativo perseguito dal legislatore del 1978 realizza, in ossequio a quanto previsto dall'art. 32 della Costituzione, una quasi totale "pubblicizzazione" delle strutture di offerta dei servizi sanitari e, soprattutto, si ispira ai principi di universalità della tutela sanitaria garantita a tutti, di uguaglianza dei destinatari delle prestazioni, di globalità del servizio secondo un sistema sinergico di assistenza e di socialità per cui le prestazioni non sono solo di cura ma anche di prevenzione e di controllo. Secondo l'impianto della legge n. 833, i nodi decisionali del sistema sanitario sono due: uno a livello centrale (il Ministero) e uno a livello periferico (le Unità sanitarie locali). Nel primo si concentrano le scelte di politica sanitaria e nel secondo

(2) Legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3.

quelle di gestione quotidiana degli obiettivi definiti a livello ministeriale. Alle Regioni è affidato un compito di programmazione e coordinamento delle singole strutture di offerta dei servizi sanitari operanti sul territorio. Questo sistema è poi governato da un modello di finanziamento in base al quale vi è un Fondo sanitario nazionale (Fsn), a destinazione vincolata, alimentato dalla fiscalità generale e ripartito secondo uno schema a cascata che parte dallo Stato per scendere verso gli enti operanti sul territorio.

E' possibile affermare che la *devoluzione in sanità* sia nata per la necessità di correggere l'indirizzo applicativo della legge n. 833 che stava conducendo al disastro economico un servizio fondamentale per la garanzia di un diritto assoluto come quello alla salute. Le prime preoccupazioni per la gestione non controllata del servizio sanitario – che darà presto seguito a serie conseguenze sulla dilatazione della spesa – si hanno agli inizi degli anni '80 cosicché le Usl vengono dotate di un collegio di revisori di conti e di più stringenti controlli sulle deliberazioni, l'obiettivo essendo quello di frenare la deresponsabilizzazione sui rispettivi bilanci. Dal 1982, in sostanza, parte la serie continua delle misure correttive al sistema, le quali caratterizzeranno la normativa sanitaria dei successivi due decenni. Dopo poco si procede, infatti, con l'introduzione di norme relative alla compartecipazione alla spesa farmaceutica, alla diagnostica strumentale e di laboratorio e ad una specifica razionalizzazione dei servizi con la vigilanza sui comportamenti degli ordinatori di spesa (3): in pratica al fine di contenere eccessi di spesa, nei contratti vengono introdotte forme di responsabilizzazione dei medici di medicina generale con la previsione, altresì, di sanzioni per quei medici non rispettosi degli *standards* medi assistenziali stabiliti da apposite commissioni regionali. Si inseriscono inoltre disposizioni legate a questioni sui quali si interverrà più volte nel prosieguo: più specifici criteri di finanziamento del Fsn e ripartizione tra Regioni; metodiche di ripianamento dei disavanzi delle Usl; revisione del prontuario terapeutico; quantificazione dei contributi sanitari (4). Nella sostanza, vi è il primo grande tentativo da parte dello Stato di rendere responsabili le Regioni delle spese eccedenti gli importi derivanti dalla ripartizione del Fsn: questa manovra, tuttavia, viene presto vanificata dalla Corte costituzionale che dichiara illegittime quelle norme in cui si parla di obbligo e non di facoltà della Regione di ricorrere all'autofinanziamento (anche con prelievi fiscali) in caso di disavanzi (5). Ciononostante, gli sforzi per limitare la spesa sanitaria seguono a

(3) D.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito nella l. 11 novembre 1983 n. 638.

(4) Legge finanziaria per il 1984, l. 27 dicembre 1983, n. 730 (artt. 28 e 29); d.l. 29 agosto 1984, n. 528 convertito nella l. 31 ottobre 1984, n. 733.

(5) Corte Cost. sentenza n. 245 del 1984. Qui la Corte afferma: “la parte essenziale della spesa sanitaria ed ospedaliera non può non gravare sullo Stato [...] per l'evidente ragione che il diritto alla salute spetta ugualmente a tutti i cittadini e va salvaguardato sull'intero territorio nazionale. [...] Non è pertanto casuale che la spesa in questione sia prevalentemente rigida e non si presti a venire manovrata,

non mancare: nella programmazione sanitaria della seconda metà degli anni '80 si pone lo specifico obiettivo di razionalizzare i servizi e viene chiesto alle Regioni, nell'azione programmatrice di dettaglio, di fare attenzione all'organizzazione e alle esigenze reali del sistema specialmente nell'area ospedaliera, all'interno della quale si rileva il volume maggiore di eccesso di spesa. Ecco dunque arrivare misure (ovvero schemi operativi la cui implementazione viene lasciata all'iniziativa delle singole Regioni) volte a definire la dotazione media di posti letto, la durata della degenza media, l'accorpamento e la trasformazione di servizi nell'ambito di una logica di economicità e razionalità: è in quegli anni che entrano nel sistema concetti come *day hospital*, libera professione *intramoenia*, reparti con ricettività di tipo alberghiero a pagamento, *standard* di personale ospedaliero per posto letto, revisione del prontuario farmaceutico (6). Le iniziative del legislatore statale non sortiscono gli effetti sperati e agli inizi degli anni Novanta si procede con più forte determinazione: le Regioni dovranno assumere maggiori responsabilità decisionali in termini di programmazione e organizzazione e a tal fine vengono aboliti i comitati di gestione delle Usl (7) e si modificano i criteri di finanziamento della spesa sanitaria di ciascuna Regione poiché quelli in vigore non sono idonei a tener conto, nella ripartizione delle risorse, delle differenze esistenti tra i territori (8). Il nuovo modello di finanziamento tiene fundamentalmente conto solo della c.d. quota capitaria, ovvero ad ogni Regione è attribuito un importo corrispondente ad un valore unitario (quota) moltiplicato per il numero dei residenti (9).

Agli inizi degli anni Novanta, finalmente, si diviene consapevoli dell'urgenza di applicare principi e modelli di economicità della gestione, ferma restando la validità e la correttezza della scelta compiuta nel 1978 di dare attuazione all'art. 32 della Costituzione mediante l'istituzione di un Ssn teso a presidiare il diritto di tutti i cittadini a livelli uniformi e appropriati di assistenza. Ed è proprio la Corte costituzionale a contribuire alla rivoluzione del sistema e ad una sostanziale redistribuzione delle funzioni: emblematiche le sentenze nelle quali si introduce la visione del diritto alla salute come "diritto

in qualche misura, se non dagli organi centrali di governo. È appunto l'esigenza di pari trattamento, sottesa all'intera riforma sanitaria, che spiega per quali motivi le singole Regioni non possono incidere sulla spesa sanitaria".

(6) Cfr. l. n. 595 del 23 ottobre 1985 e l. n. 109 del 8 aprile 1988.

(7) La soppressione dei comitati avviene con l. 4 aprile 1991, n. 111 e le Usl vengono affidate ad amministratori straordinari con il compito di traghettarle verso una nuova e corposa riforma del Ssn.

(8) L. n. 887 del 22 dicembre 1984 (finanziaria del 1985).

(9) A sua volta la quota capitaria deriva dall'individuazione del costo dell'assistenza, cioè del costo per persona di ciascun servizio di assistenza (sulla base di *standards* organizzativi e di attività necessari alla prestazione). La bontà del nuovo modello introdotto dalla legge finanziaria per il 1992 (l. n. 412 del 30 dicembre 1991) sarà tanto maggiore quanto migliore sarà la precisione con la quale sarà possibile stabilire il costo di ogni prestazione nelle singole aree regionali.

finanziariamente condizionato” (10). Con un paio di decreti legislativi, dunque, si avvia la c.d. riforma *bis* del Ssn (11) che stabilisce il principio in base al quale i livelli uniformi di assistenza saranno fissati *in coerenza con le risorse stabilite dalla legge finanziaria e rapportati al volume delle risorse disponibili*. Le Regioni, poi, faranno *fronte con risorse proprie agli eventuali disavanzi di gestione* delle Usl e delle aziende ospedaliere, con *conseguente esonero di interventi finanziari da parte dello Stato*, pur precisando che le stesse Regioni *hanno facoltà di adottare le misure necessarie e procurarsi i fondi necessari a coprire i disavanzi* (12). I cardini della riforma del biennio 1992-1993, oltre a confermare il modello di finanziamento sulla base della quota capitaria, si basano sull’attribuzione di maggiori responsabilità gestionali, programmatiche, organizzative e finanziarie alle Regioni dando l’avvio al processo di *regionalizzazione* della sanità; sulla *aziendalizzazione* delle Usl (aziendalizzazione delle strutture di produzione ed erogazione dei servizi sanitari intesa nel duplice senso di riconoscimento di autonomia patrimoniale, contabile, gestionale, tecnica ed organizzativa e di recepimento delle strategie di gestione di stampo privatistico); sulla *responsabilizzazione* della dirigenza e sulla *remunerazione* di ogni prestazione resa dall’erogatore (pubblico o privato), mediante un corrispettivo predeterminato (è il c.d. sistema a Drg con il quale si realizza una remunerazione commisurata alla effettiva prestazione) (13); sulla *competitività*, secondo le più classiche regole di mercato, tra soggetti pubblici e privati (la competitività è finalizzata a garantire il costante miglioramento qualitativo delle prestazioni offerte e la più ampia libertà di scelta da parte del paziente circa le strutture eroganti); sulla *partecipazione* del cittadino, *uti singuli* o in forma associativa - sindacati, organizzazioni del volontariato, etc. -, alla fase gestionale e organizzativa del Ssn con la segnalazione di proposte o la raccolta di informazioni sull’organizzazione dei servizi, e alla fase consuntiva di verifica degli obiettivi raggiunti (14).

(10) Cfr. Corte Cost. n. 455 del 16 ottobre 1990 e n. 356 del 23 luglio 1992.

(11) La legge n. 421 infatti delega il governo ad emanare norme di riforma che si concretizzano nei d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502 e 5 dicembre 1993 n. 517. Con tali decreti si è proceduto al riordino della disciplina in materia sanitaria e, più in generale, al riassetto istituzionale del Ssn che ormai risultava improcrastinabile alla luce delle molte disfunzioni e dei numerosi disservizi denunciati.

(12) Rispettando le indicazioni della giurisprudenza costituzionale si opera più che altro “uno spostamento dell’accento della responsabilizzazione regionale alla responsabilizzazione delle aziende e degli operatori effettivi della sanità, verso una razionalizzazione che non tende più soltanto al contenimento della spesa ma all’appropriatezza ed alla qualità delle prestazioni”. Così MARZIO BRANCA *L’evoluzione legislativa per la razionalizzazione del servizio sanitario nazionale*, in *Sanità pubblica*, XIX, n. 2, pag. 181.

(13) Con tale sistema si sostituisce il modello “a finanziamento del prodotto” con quello a “finanziamento del fattore di produzione”, in linea con l’impostazione aziendalistica delle Usl, con l’obbligo di pareggio del bilancio, con la responsabilizzazione più marcata a livello locale della gestione del servizio.

(14) Si può parlare di applicazione della sussidiarietà secondo la lettura “orizzontale”. Nell’intento

Tale processo di redistribuzione delle funzioni nel settore sanitario (decentramento amministrativo), secondo un modello in base al quale la Regione assume il ruolo centrale del sistema, prosegue dapprima con il d.lgs. 112/1998, inserendosi nel complesso procedimento di razionalizzazione delle strutture centrali e periferiche dello Stato e della conseguente riallocazione di compiti fra gli enti territoriali (Regioni ed enti locali), per poi venire ulteriormente interessato da un nuovo programma di razionalizzazione e riorganizzazione, che culmina nella emanazione della c.d. *Riforma sanitaria ter*, disciplina che definisce il Ssn come il complesso delle funzioni e delle attività dei *servizi sanitari regionali* e degli enti e istituzioni di rilievo nazionale, proprio in coerenza con le prescrizioni del d.lgs. 112/1998 che conferisce alle Regioni la generalità delle funzioni in materia sanitaria. Gli aspetti salienti di questa ulteriore riforma sanitaria consistono proprio nella definitiva valorizzazione delle Regioni (15), nell'individuazione di più precise tariffe per le prestazioni erogate dalle strutture (pubbliche e private) accreditate (16) e nel rafforzamento della programmazione.

Il sistema sanitario sembra aver trovato dunque un assetto soddisfacente, che viene cristallizzato con la riforma costituzionale del 2001, la quale segna in maniera definitiva il passaggio verso un *welfare devoluto*, caratterizzato dall'abbandono dell'esclusività del ruolo pubblico nella sanità e dal fondamentale coinvolgimento degli enti territoriali regionali. La nuova formulazione dell'art. 117, relativo alla distruzione delle funzioni fra Stato e Regioni, offre una copertura costituzionale a tale processo, stabilendo che *la tutela della salute* rientra nella sfera della legislazione concorrente regionale e questa enunciazione amplia notevolmente le competenze di tali enti territoriali rispetto all'originario art. 117 Cost., secondo il quale i poteri delle Regioni si sostan-

di promuovere un concreto miglioramento gestionale del Ssn, nonché della quantità e della qualità delle prestazioni erogate ai cittadini, in attuazione di quanto disposto dalla l. 273/1995, è stata emanata la Carta dei servizi sanitari (Dpcm 19 maggio 1995). Ciascuna struttura erogatrice di servizi sanitari (aziende Usl e aziende ospedaliere) partendo dal dato reale (quantità della domanda, numero degli utenti, natura delle prestazioni offerte) elabora un proprio decalogo operativo adattando alla propria specificità i principi guida-emergenti dalla Carta dei servizi sanitari in qualità di documento programmatico.

(15) Le Regioni elaborano proposte per la predisposizione del Piano sanitario nazionale (Psn), adottano il Piano sanitario regionale (Psr) per soddisfare le esigenze specifiche della popolazione locale, definiscono l'articolazione del territorio regionale in Aziende/Unità sanitarie locali, stabiliscono i criteri per la suddivisione delle Aziende/Usl in distretti, disciplinano il finanziamento delle Asl, le modalità di vigilanza e di controllo e la valutazione dei risultati delle loro attività, provvedono all'accreditamento delle strutture pubbliche o private autorizzate a fornire prestazioni per conto del Ssn, propongono forme di sperimentazione gestionale tra strutture del Ssn e privati.

(16) I nuovi criteri di remunerazione previsti dal decreto sono due: un finanziamento calcolato in base al costo *standard* di produzione del programma di assistenza, attribuito per l'erogazione di alcuni precisi servizi non quantificabili in relazione alla singola prestazione (programmi per patologie croniche di lunga durata, di prevenzione, di assistenza a malattie rare, etc.) e la remunerazione in base a tariffe predefinite a livello centrale dal Ministero e a livello locale dalle Regioni per quanto riguarda i ricoveri per acuti e le prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale.

ziavano in una mera operatività nel settore dell'assistenza sanitaria e ospedaliera e all'interno di una cornice programmatica ben definita dallo Stato. Ora, invece, le Regioni possono stabilire le linee di politica sanitaria, sia pure nell'ambito dei principi enucleati dalle leggi statali. Alla competenza esclusiva dello Stato resta affidata sicuramente, tuttavia, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali e dunque quelle del settore salute: il che - come si vedrà - può condizionare non poco l'applicazione del federalismo fiscale (17). Quest'ultimo risulta ad ogni modo avere copertura costituzionale con le norme dell'art. 119 che garantiscono l'autonomia finanziaria (autonomia di entrata e di spesa) agli enti territoriali (Regioni, province, città metropolitane e comuni), cioè la potestà di stabilire e gestire in modo autonomo le risorse finanziarie di cui necessitano per la realizzazione delle funzioni loro affidate; e prevedono un fondo perequativo come strumento volto a compensare eventuali squilibri fra le entrate tributarie delle Regioni, consentendo a queste ultime di erogare i servizi di loro competenza a livelli uniformi su tutto il territorio nazionale.

Evoluzione del finanziamento del servizio sanitario nazionale: un federalismo già adottato sulla carta?

Il finanziamento delle prestazioni sanitarie è tema correlato sia alla qualificazione del diritto alla salute sia al funzionamento dei sistemi sanitari. In altri termini non vi è aspetto nella sanità pubblica moderna che non possa non dirsi legato all'esame dei profili finanziari e dunque all'individuazione delle risorse necessarie (18). In Italia il sistema di finanziamento del Ssn ha subito un cambiamento di notevole portata alla fine degli anni Novanta. L'evoluzione di questo meccanismo rivela una *tendenza federalistica*: si attribuiscono progressivamente alle Regioni tributi propri per il finanziamento dei servizi, in sostituzione del vecchio sistema - disegnato dalla legge 833 del 1978 prima e in qualche modo mantenuto dal d.lgs. 502/1992 poi - che faceva procedere il finanziamento secondo uno schema a cascata dal livello statale a quello regionale e locale.

Si possono distinguere quattro fasi nelle modalità di finanziamento del

(17) Cfr. Corte Cost. sent. 13 marzo 2003, n. 88. La Corte ha precisato che tale competenza esclusiva statale non può essere lesiva della riconosciuta autonomia costituzionale delle Regioni in materia sanitaria, in quanto è chiaramente finalizzata a garantire uniformità del trattamento dei diritti civili e sociali su tutto il territorio nazionale, in considerazione della diversità delle condizioni di "ricchezza" nei diversi ambiti territoriali regionali, sì da favorire la massima efficienza possibile per i sistemi organizzativi devoluti. Si tratta in altre parole di bilanciare il rapporto tra autonomie e uguaglianza, quale fondamentale principio costituzionale. In tal modo il principio di uguaglianza assume altresì una connotazione più congrua rispetto allo spirito della *riforma federale* in quanto si traduce nel principio di adeguatezza ed essenzialità.

(18) Cfr. GIAMPIERO CILIONE, *Diritto sanitario*, Rimini, Maggioli, 2005, pag. 266 e ss.

Ssn. La prima fase (1982-1992) è caratterizzata dalla quasi totale copertura della spesa tramite il Fsn. Una seconda fase (1993-1997) in cui il meccanismo di finanziamento diventa misto, e l'Fsn diviene "integrativo" del gettito garantito dai contributi sanitari che gravano sul lavoro dipendente. La terza fase (1998-2001) è contraddistinta dalla sostituzione dei contributi sanitari con un finanziamento tramite imposte regionali. Ed una quarta fase ancora in atto (2001- oggi) in cui si ha l'introduzione con legge ordinaria del federalismo fiscale e successivamente la sua costituzionalizzazione: si rafforza in senso federalista l'*organizzazione devoluta* del Ssn con l'obiettivo di concretizzare una forte autonomia finanziaria delle Regioni in materia di sanità.

Più precisamente, il sistema di finanziamento precedente alle riforme degli anni Novanta, si è basato pressoché esclusivamente su un fondo nazionale, il Fsn appunto: tale Fondo, il cui importo veniva stabilito annualmente dalla legge finanziaria, era alimentato dai contributi sanitari (regionalizzati a partire dal 1992) e da entrate proprie, ma integrato, per un importo significativo, dai finanziamenti dello Stato. A partire dal 1997 si procede prima con la sostituzione dei contributi sanitari dei lavoratori con l'Imposta regionale sulle attività produttive (IRAP) (19) e con la possibilità in capo alle Regioni di applicare ulteriori aliquote sul reddito delle persone fisiche (*addizionale IRPEF*); poi il sistema viene completamente ridisegnato: per effetto della legge n. 133/1999 (20) e del conseguente decreto delegato n. 56/2000 (21) si prevede l'abolizione del Fsn e la sua sostituzione con una pluralità di fonti di finanziamento rappresentate dalla stessa IRAP, dall'*addizionale*, dall'aumento della compartecipazione delle Regioni al gettito dell'Iva, da entrate proprie e da integrazioni – per importi tuttavia residuali – a carico dello Stato. Inoltre cade il vincolo di destinazione delle risorse per il finanziamento della sanità e per allineare le differenze fra le Regioni è prevista l'istituzione di un *fondo di perequazione*, che tiene conto delle diverse capacità fiscali per abitante e dei fabbisogni sanitari presenti nelle varie realtà territoriali: dunque agisce in favore delle Regioni che risulterebbero finanziariamente non autosufficienti in base

(19) D.lgs. n. 446 del 15 dicembre 1997 "Istituzione dell'imposta regionale sulle attività produttive, revisione degli scaglioni, delle aliquote e delle detrazioni dell'Irpef e istituzione di una addizionale regionale a tale imposta, nonché riordino della disciplina dei tributi locali". L'IRAP è un'imposta sul valore della produzione netta derivante dall'esercizio abituale di un'attività diretta alla produzione o allo scambio di beni o servizi.

(20) Legge n. 133 del 13 maggio 1999 rubricata "Disposizioni in materia di perequazione, razionalizzazione e federalismo fiscale".

(21) Fino al 2000 il legislatore non è entrato propriamente nel merito del *finanziamento* del servizio, essendosi occupato fundamentalmente di razionalizzazione dell'*organizzazione* e del funzionamento. Il primo vero e proprio nuovo meccanismo di finanziamento del Ssn è contenuto infatti nel d.lgs. 56/2000 di attuazione del "federalismo fiscale" che, nell'ambito degli interventi di razionalizzazione del sistema fiscale, introduce una serie di importanti innovazioni nella finanza delle Regioni a statuto ordinario.

alla propria capacità fiscale. Tali norme avrebbero dovuto entrare in vigore l'anno successivo. Tuttavia la loro applicazione ha subito una serie di slittamenti, compatibili, peraltro, con la stessa fase di transizione prevista dal decreto e nella quale è contemplata la coesistenza dei diversi regimi. Solo dal 2004, fermo restando l'obbligo delle prestazioni sanitarie previste dai livelli essenziali ed uniformi di assistenza, ogni miglioramento o peggioramento dell'efficienza del sistema fa capo alle Regioni medesime. Nella sostanza il d.lgs. n. 56/2000 sembra essere stato per lo più rimandato (una specie di letargo giuridico) ed è stato sostituito, di fatto, dalla contrattazione Stato-Regione riguardante sia l'importo complessivo del finanziamento da destinare ai servizi sanitari, sia la sua ripartizione tra Regioni, esattamente come avveniva con il vecchio Fsn. I nuovi meccanismi, solo parzialmente a regime, non hanno impedito così il verificarsi di costanti tensioni fra gli enti territoriali regionali - che gestiscono e spendono ormai pressoché autonomamente - e lo Stato, il quale mantiene ancora la capacità concreta di determinare le entrate e l'ammontare complessivo dei fondi destinati al Ssn. Un ruolo decisivo nelle manovre di finanziamento del Ssn è stato quindi giocato di volta in volta dalle misure di carattere organizzativo-sostanziale o di stampo più prettamente finanziario contenute nelle leggi finanziarie annuali e nei provvedimenti ad essa collegati. Pertanto pur se il Fsn è stato abolito, il sistema della finanza sanitaria regionale continua ad essere gestito - per molti versi - a livello centrale, anche per ragioni dovute al rispetto del patto di stabilità comunitario: nella realtà spetta allo Stato la stima delle risorse necessarie al funzionamento del Ssn, così come la determinazione normativa delle sue fonti di finanziamento e delle connesse misure legate al livello primario delle prestazioni.

Al momento attuale, dunque, le Regioni non sembrano godere in alcun modo di una apprezzabile autonomia di entrata, intesa quale capacità di reperire e programmare le risorse necessarie ad alimentare le proprie spese. Sebbene, infatti, a partire dal d.lgs. 56/2000, le Regioni siano state dotate di un ammontare di risorse proprie molto rilevante, le entrate non ricadono sotto il loro diretto controllo, ma vengono gestite, accertate rimosse e successivamente loro erogate da parte dell'Amministrazione statale. Le Regioni godono dunque della sola autonomia di spesa, nel senso che una volta destinate loro le somme, esse possono decidere di investirle come credono nell'ambito dei servizi sanitari, privilegiando politiche sanitarie ed interventi piuttosto che altri, senza vincolo di destinazione. Occorre peraltro rilevare che si tratta di una autonomia di spesa comunque limitata (*autonomia vincolata*), poiché la somma che giunge alle Regioni per effetto dei meccanismi finanziari attualmente in vigore non confluisce indistintamente nel loro bilancio, ma deve essere prioritariamente e necessariamente utilizzata per l'assistenza sanitaria e la copertura dei livelli essenziali di assistenza. Si può parlare, inoltre, di una sorta di *responsabilizzazione finanziaria parziale* delle Regioni, se si considera che da un

lato è sì stabilita l'impossibilità di attribuire gli oneri di finanziamento dei disavanzi delle As allo Stato (22) ma, dall'altro, rimane in capo allo Stato la fiscalizzazione delle modalità per il ripiano dei disavanzi delle As. La situazione è complicata dal fatto che i disavanzi delle Aziende, a causa della costante sottostima delle risorse finanziarie e del ritardo con il quale vengono trasferite le quote statali alle Regioni, si presentano come una condizione normale: da qui l'avvio di una serie di misure tampone a livello regionale per garantire la fluidità di cassa necessarie al proprio funzionamento come le consistenti operazioni di dismissione del patrimonio immobiliare o le operazioni di cartolarizzazione dei crediti vantati verso lo Stato; operazioni che, se effettuate in maniera errata o non congrua, potrebbero determinare ulteriori aggravii della situazione finanziaria.

Federalismo fiscale e sanità: nuove regole e vecchi problemi

Dopo un lungo *iter* parlamentare, le norme sul federalismo fiscale in attuazione dell'art. 119 della riformata Costituzione sono entrate in vigore. Si tratta di una legge delega, i cui principi fondamentali sono, da una parte, il coordinamento dei centri di spesa con quelli di prelievo, in modo da comportare quasi "automaticamente" maggiore responsabilità nel gestire le risorse da parte di tutti gli enti coinvolti; dall'altra, la sostituzione della spesa storica, basata sulla continuità dei livelli di spesa raggiunti l'anno precedente, con la spesa standard (23). In altre parole, si mira a responsabilizzare il più possibile i centri di spesa, ad accrescere la trasparenza dei meccanismi finanziari e ad aumentare il controllo democratico dei cittadini nei confronti degli eletti, superando il sistema di finanza regionale e locale improntato a meccanismi di trasferimento a cascata (24). A favore delle Regioni con minore capacità fiscale - proprio come prevede il dettato dell'art. 119 - interverrà un fondo perequativo, assegnato senza vincolo di destinazione. Il federalismo fiscale così disegnato punta ad introdurre un *sistema premiante* nei confronti degli enti che assicurano (a parità di offerta) elevata qualità dei servizi e livello di pressione fiscale inferiore alla media degli altri enti dello stesso livello di governo. Viceversa, nei

(22) Così come previsto dalla l. 405 del 2001, di conversione del d.l. 347/2001: i disavanzi vanno necessariamente ripianati a cura delle Regioni che vi provvedono con ticket aggiuntivi, ulteriore tassazione od altre azioni di contenimento della spesa.

(23) Legge n. 42 del 5 ottobre 2009 "Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione", in G.U. del 6 maggio 2009. Il federalismo fiscale per diventare concretamente operativo necessita di una serie di provvedimenti che vedranno la luce nell'arco di 7 anni: 2 anni per l'attuazione e 5 di regime transitorio.

(24) Conseguentemente il finanziamento delle funzioni trasferite alle Regioni comporterà la cancellazione dei relativi stanziamenti di spesa (comprensivi dei costi del personale e di funzionamento) nel bilancio dello Stato.

confronti degli enti meno virtuosi è previsto un *sistema sanzionatorio* che consiste nel divieto di fare assunzioni e di procedere a spese per attività discrezionalmente individuate. Questi enti, poi, dovranno risanare il proprio bilancio anche attraverso l'alienazione di parte del patrimonio mobiliare ed immobiliare nonché con l'attivazione dell'autonomia impositiva nella misura massima. Sono previsti altresì meccanismi automatici sanzionatori degli organi di governo e amministrativi nel caso di mancato rispetto degli equilibri e degli obiettivi economico-finanziari assegnati alle Regioni e agli enti locali, con individuazione dei casi di ineleggibilità nei confronti (ma questo varrebbe solo per gli enti locali esponenziali di comunità territoriali) degli amministratori responsabili degli enti locali per i quali sia stato dichiarato lo stato di dissesto finanziario. L'attuazione del federalismo fiscale dovrà essere, infine, compatibile con gli impegni finanziari assunti nel patto di stabilità e crescita e deve confermare l'impianto delle funzioni fondamentali assegnate alle Regioni (25). Per quel che riguarda specificamente la sanità, si rileva che i Livelli essenziali delle prestazioni (Lep) vanno finanziati e perequati al 100%, sulla base di "costi standard" e sulla base - e questa è una novità - di "obiettivi di servizio" (26). Oggi, come visto, i trasferimenti statali alle Regioni per finanziare la sanità (ma anche l'assistenza e l'istruzione) avvengono ancora, nella sostanza, sulla base dei vecchi meccanismi (spesa storica con criteri incrementali), i quali possono aver comportato forti sperequazioni a favore delle Regioni meno virtuose. Con l'applicazione delle norme di cui al d.lgs. n. 42, i trasferimenti statali verranno cancellati: al loro posto le Regioni dovrebbero godere di un *mix* di tributi propri e compartecipazioni con cui finanziare interamente i livelli essenziali delle prestazioni, a costi standard appunto. Si dovrebbe pervenire ad una piena responsabilizzazione delle Regioni sul finanziamento della sanità pubblica e dunque si andranno ad aprire prospettive ancora completamente da

(25) Rispetto al settore sanità si noti che oggi sono ancora poche le Regioni che hanno portato avanti il difficile lavoro di contenimento della spesa collegato all'entrata in vigore del Patto di Stabilità nel gennaio del 2006 e non sono rari i casi in cui si è continuato a spendere senza riguardi, con il risultato che alcune Regioni sfiorano anche di molto il Patto ed hanno personale in esubero, mentre altre si trovano ad avere un deficit notevole di medici e infermieri. L'elasticità nella gestione dei fondi sanitari regionali - introdotta dalla legge in parola - potrebbe consentire più facilmente di investire il necessario sul personale senza sfiorare il Patto di Stabilità.

(26) Il riferimento è nell'art. 2, lettera f) determinazione del costo e del fabbisogno standard quale costo e fabbisogno che, valorizzando l'efficienza e l'efficacia, costituisce l'indicatore rispetto al quale comparare e valutare l'azione pubblica; definizione degli obiettivi di servizio cui devono tendere le amministrazioni regionali e locali nell'esercizio delle funzioni riconducibili ai livelli essenziali delle prestazioni o alle funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettere m) e p), della Costituzione". Per "costi standard" si dovrebbero/potrebbero intendere i "costi efficienti" a cui presta i servizi la Regione più virtuosa. E nell'art. 2, lettera m), punto 1: "superamento graduale, per tutti i livelli istituzionali, del criterio della spesa storica a favore del fabbisogno standard per il finanziamento dei livelli essenziali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, e delle funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione".

esplorare.

Ora, va evidenziato che per molti aspetti non si tratta di novità, almeno per il settore sanitario, il quale peraltro - e indipendentemente dalla riforma di cui alla legge in analisi - il servizio sanitario è già organizzato in senso 'quasi federale': si è visto infatti, nelle pagine precedenti, come concretamente le Regioni dispongano da tempo di una notevole autonomia in campo organizzativo e amministrativo. Le norme del decreto sul federalismo fiscale possono essere considerate, dunque, come parte conclusiva di un processo messo in atto dallo scorso decennio e che ha trovato un primo sostanziale tavolo di verifica con il d.lgs n. 56/2000. In effetti, il settore sanitario - come è accaduto in altre occasioni - ha fatto da apripista sul tema della devoluzione e di una differente distribuzione delle funzioni prima e del federalismo fiscale poi: da innumerevoli anni, infatti, si è avuto il trasferimento delle responsabilità a livelli sub centrali di governo e la progressiva espansione del ruolo delle Regioni; l'organizzazione e la gestione del servizio è appannaggio esclusivo del livello regionale; le prestazioni sono in larga parte finanziate con una imposta regionale sulla quale si hanno ampi margini di autonomia. Peraltro il settore sanitario è stato il primo, fra i settori pubblici importanti, ad introdurre elementi tesi a riconoscere il valore della diversità, superando i limiti tipici di meccanismi fondati sull'uniformità. Nel calcolo del fabbisogno finanziario delle Regioni, non a caso, vige un sistema di ponderazione che tiene conto delle caratteristiche demografiche, epidemiologiche, socioeconomiche delle diverse realtà territoriali (27). E nel prevedere il fondo perequativo (*costituzionalizzato* nel 2001), il citato d.lgs n. 56/2000 se da un lato mira a ridurre le differenze per la diversa capacità fiscale delle Regioni, dall'altro nello stabilire che questa riduzione agisce solo per il 90%, con la restante percentuale si vanno ad incentivare le Regioni meno virtuose al miglioramento della base imponibile: in altre parole già il suddetto decreto innesca quel meccanismo di competitività che è tipico del federalismo e va ad aggiungersi alle altre misure di stimolo della competitività fra erogatori sanitari che sin dagli inizi degli anni Novanta erano state introdotte nel sistema. L'impianto federalistico del 2000, dunque, ben poteva costituire un volano per quelle Regioni che "ritenevano di possedere al loro interno le condizioni necessarie [...] per procedere, almeno in prospettiva, a un contenimento dell'intervento pubblico nel settore sanitario e, di conseguenza, a una riduzione della pressione fiscale" (28). Nella sostanza, invece, il federalismo fiscale previsto dal d.lgs. n. 56 del 2000 sembra essere stato per lo più rimandato (una specie di *letargo giuridico*) ed è

(27) Cfr. NERINA DIRINDIN, *Federalismo fiscale e tutela della salute. Un percorso di responsabilizzazione delle regioni o il presupposto per cambiamenti strutturali?*, in *Governare il federalismo*, a cura di N. DIRINDIN, E. PAGANO, PSE, 2001, pag. 4, pag. 8.

(28) Così N. DIRINDIN, *cit.*, pag. 10.

stato sostituito di fatto dalla contrattazione Stato-Regione riguardante sia l'importo complessivo del finanziamento da destinare ai servizi sanitari, sia la sua ripartizione tra le Regioni, esattamente come avveniva con il vecchio Fsn. Il nuovo meccanismo, solo parzialmente a regime, non ha impedito così il verificarsi di costanti tensioni fra le Regioni, che gestiscono e spendono ormai pressoché autonomamente, e lo Stato, il quale ancora mantiene la capacità concreta di determinare le entrate e l'ammontare complessivo dei fondi destinati al Ssn. Per la finanza sanitaria regionale, si può allora, a ragione, parlare ancora nel 2009 come di un sistema a finanza derivata, sia per effetto dei meccanismi di prelievo fiscale con i quali viene alimentata, sia per le limitazioni e il condizionamento che nel merito subisce la capacità decisionale impositiva delle Regioni (29).

Le norme della l. n. 42/2009 potrebbero sbloccare l'*empasse* in cui il sistema ora si trova, tuttavia le stesse rischiano di creare ulteriore disaggregazione e differenziazione (rispetto a quelle oggi registrate) nel tipo e nella qualità dei servizi erogati se lo Stato non dovesse mantenere la possibilità di controbilanciare questa tendenza, tutelando e promuovendo al massimo il principio di solidarietà, proprio attraverso la leva finanziaria (30). Perché questa leva sia efficace e possa essere utilizzata dallo Stato come strumento per promuovere gli standard sanitari nazionali, è fondamentale che esista per lo Stato la concreta possibilità di scegliere se erogare o meno i finanziamenti; possibilità che, a sua volta, può dirsi concreta solo se le Regioni diventano davvero capaci di coprire con le proprie risorse una parte considerevole delle spese necessarie a garantire l'assistenza sanitaria: pertanto non si può nascondere la difficoltà che presenta il garantire la compatibilità del decentramento con l'ideale di un Ssn, ovvero la conciliazione del massimo decentramento del sistema di governo della sanità con il principio universalistico sancito nella legge n. 833/1978. Non stupirebbe quindi se nell'emanazione e attuazione dei decreti attuativi, la Corte Costituzionale fosse chiamata a specificare in termini più concreti cosa si intende per interesse nazionale ed universalità nel settore della salute. Considerando, poi, gli ostacoli applicativi che fino ad oggi ha già vissuto il d.lgs. 56/2000, non si può non invitare a porre una particolare attenzione al c.d. *dualismo amministrativo*: ovvero non dovrà continuare a sottovalutarsi

(29) G. CILIONE, *op. cit.*, pag. 266. Per esempio le Regioni detengono solo una marginale capacità di manovra su altri aspetti connessi al finanziamento del servizio, vedendosi sovente bloccata la possibilità di imporre aliquote aggiuntive e non potendo effettuare mutui se non per spese di investimento, con ciò evidenziandosi in definitiva che la complessiva responsabilità istituzionale in ordine al finanziamento del Ssn è da ritenersi del tutto riconducibile ai poteri dello Stato.

(30) Cfr. IVAN CAVICCHI, *Il pensiero debole della sanità*, Bari, 2008, *passim*. Secondo l'autore nonostante tutte le riforme degli ultimi due decenni, si riscontra la crescita costante negli anni delle disuguaglianze a tutti i livelli, in tutte le forme e soprattutto in tutte le Regioni. Con la fine del Ssn, voluta dalla riforma del Titolo V della Costituzione, entra in crisi quell'idea di universalismo che avrebbe dovuto rendere i cittadini tutti uguali di fronte alle possibilità di salute.

l'esistenza di una forte differenziazione interregionale nelle capacità di *policy making* e tecnico/amministrative. In altre parole, sarebbe quanto mai opportuno associare all'applicazione del federalismo fiscale concrete misure volte a migliorare gli strumenti amministrativi per la sua implementazione, pena il mantenimento dell'*empasse* vigente.

Scenari per il futuro: diritto alla salute rispettato?

La disamina presentata nelle pagine precedenti aveva lo scopo di tracciare la cornice entro cui le nuove norme della legge n. 42 del 2009 si muoveranno. Sia consentito ora proporre alcune ulteriori riflessioni a margine di tale analisi.

1. La legge c.d. sul federalismo fiscale è una legge delega, contiene, cioè, nella maggior parte delle sue disposizioni, principi e criteri direttivi entro i quali occorrerà operare, dunque concede al governo ampi margini di manovra nella fase applicativa. La costruzione dei decreti attuativi sarà quindi decisiva per la concretizzazione (ed ultimazione) del *modello federalista* in sanità. Si è visto, ad esempio, come il regime di finanziamento del servizio sanitario pubblico derivi da una pluralità di fonti: discipline nazionali e regionali, interventi finanziari dello Stato annuali e pluriennali, accordi negoziali, decretazioni d'urgenza o amministrative, a tutto discapito della stabilità e della chiarezza del sistema. La prima cosa dunque che si auspica avvenga con l'emanazione dei suddetti decreti è l'individuazione di un modello comunque coerente e compatibile, tenendo conto che i mali che affliggono il finanziamento del Ssn sembrano fundamentalmente determinati da un lato da una spesa sanitaria pubblica che, nonostante rappresenti la voce più importante dei bilanci nazionale e regionali e sia continuamente in aumento – per ragioni demografiche ed a causa dei crescenti bisogni della collettività – continua ad essere inferiore, in percentuale al PIL italiano, rispetto a quanto destinato, nei medesimi termini, in altri paesi europei (31); dall'altro da una spesa sanitaria fortemente inefficiente e differenziata (32): studi assai recenti dimostrano come ancora continui ad emergere il 'classico' dualismo italiano, con le Regioni del Centro-Nord attestate su livelli di efficienza e di qualità della spesa che appaiono significativamente più elevati rispetto alle Regioni del Mezzogiorno. Peraltro le Regioni che più sono lontane dalla frontiera efficiente risultano anche quelle che erogano prestazioni di qualità inferiore: sembra quasi che spesa elevata e bassa qualità vadano di pari passo.

L'introduzione del federalismo fiscale (e del conseguente completo fede-

(31) Fonte OCSE. Cfr. <http://www.oecd.org/dataoecd/55/33/35635683.pdf>.

(32) FABIO PAMMOLLI, GIANLUCA PAPA, NICOLA C. SALERNO, *La spesa sanitaria pubblica in Italia: dentro la 'scatola nera' delle differenze regionali*, Quaderno CERM 2/2009 in http://www.astrid-online.it/Politiche-/Documenti/CERM_Sanit-_26_10_09.pdf.

ralismo sanitario) potrebbe allora aprire con una adeguata analisi di impatto delle norme da parte del legislatore, una nuova stagione di sanità, più attenta ai territori e più premiante per le Regioni virtuose, quelle che sanno coniugare qualità assistenziale e rigore gestionale. Il Ssn in questi decenni ha sicuramente cambiato in meglio l'assistenza sanitaria degli italiani, ma il perpetuarsi di costi inaccettabili in varie zone del Paese e la leggerezza posta da molte Regioni nella gestione della salute non dovrebbe essere più ammissibile: la cura del federalismo sanitario dovrebbe comportare infatti una maggiore responsabilizzazione dei centri periferici di spesa e la diffusione delle *best practices*. Tuttavia, si noti che già il d.lgs. 56/2000 aveva lo scopo di rendere le singole Regioni maggiormente responsabili del proprio vincolo di bilancio e della bontà del loro sistema: e la sua attuazione si è rivelata quanto mai difficile.

In quello stesso articolato le risorse tributarie regionali venivano tendenzialmente collegate al reddito prodotto localmente: la dotazione finanziaria di ogni singola Regione risultava infatti necessariamente influenzata dalla distribuzione della base imponibile, che allora come ora risulta squilibrata tra Nord e Sud del Paese. Già all'indomani dell'emanazione del d.lgs n. 56/2000 era stato rilevato il rischio secondo cui le Regioni con un più elevato livello di reddito avrebbero avuto maggiori risorse per l'erogazione dei servizi pubblici aggiuntivi, inclusa l'erogazione dei servizi sanitari (33). E' vero che era ed è previsto in ogni caso un riequilibrio territoriale attraverso un fondo perequativo, ma una volta attivato il fondo (e, per il settore sanitario, usciti dall'*em-passe*) non sarà facile stabilire quali saranno le Regioni che potranno accedervi (o dovranno accedervi). Il terzo comma dell'art. 119 della Costituzione indica che il fondo perequativo è istituito "per i territori con minore capacità fiscale per abitante": orbene, stabilire i criteri per questa *minore capacità* (minore del livello di capacità fiscale nella Regione più ricca; minore del livello medio nazionale di capacità fiscale; minore del livello di capacità fiscale medio delle 3,5 o 7 Regioni più ricche) diventa una discriminante per le effettive possibilità redistributive del meccanismo di finanziamento (34).

2. E' cosa nota che le Costituzioni non sono sicuramente trattati di finanza pubblica e difficilmente indicano la lista completa degli strumenti necessari per realizzare gli obiettivi propri di un sistema di federalismo fiscale. La Costituzione italiana riformata nel 2001 non fa eccezione a questa regola: avendo indicato una pluralità di obiettivi non raggiungibili con un unico strumento, si deve ritenere che essa verrà interpretata con il tradizionale e legittimo metodo del bilanciamento dei diritti e delle tutele. Dunque potrebbe essere ignorato

(33) Cfr. FRANCESCO SPANDONARO, ANDREA RAFANIELLO, *Le frontiere della sanità tra decentramento istituzionale e sperimentazioni gestionali*, Convegno AIES, 2002.

(34) PIERO GIARDA, *Competenze regionali e regole di finanziamento: qualche riflessione sul federalismo fiscale in Italia*, Relazione presentata al Convegno ISAE-SIEP, Roma, 14 dicembre 2005.

qualche obiettivo e sarà necessaria l'integrazione della lista dei criteri attuativi e dei corrispondenti strumenti. Se si deve ritenere che il rispetto della lettera m) dell'art. 117 Cost. (individuazione dei Lep a livello statale) e le indicazioni di cui al comma 5 dell'art. 119 Cost. (risorse aggiuntive e interventi speciali) sono obiettivi forti che non possono essere cancellati, si deve altresì ammettere che questi sono anche obiettivi che non possono essere perseguiti solo con gli strumenti previsti dai commi 2 e 3 dell'art. 119 (fondo perequativo; tributi ed entrate proprie e compartecipazioni ai tributi erariali) e richiamati dalla legge n. 42: tuttavia bisogna aggiungere che l'indicazione in essa di criteri di finanziamento basati su indicatori di fabbisogno sono utili integrazioni alla lista degli strumenti proposta dalla Costituzione. Ancora una volta si vuole sottolineare, allora, l'importanza capitale che avranno le disposizioni dei decreti attuativi, i quali dovranno non solo lavorare sulla riduzione della (elevata ed eccessiva) segmentazione delle fonti di finanziamento, ma potranno anche operare affinché sia data finalmente attuazione a quella delega inavuta dal 1997 relativa all'emanazione di un testo unico sulla sanità: questo metterebbe chiarezza nella miriade di norme e meccanismi che riguardano il sistema e migliorerebbe l'efficacia di ogni tipo di intervento.

3. *Le norme federalistiche* della riformata Costituzione vanno comunque a determinare differenziazioni nei caratteri dell'offerta pubblica, nel trattamento dei cittadini ed anche nei livelli di spesa per abitante nelle varie Regioni, ma tale carattere è un requisito fondamentale di un sistema di federalismo fiscale, il quale deve prevedere necessariamente l'esistenza di qualche differenziazione: senza differenziazione, infatti, non c'è sistema di federalismo fiscale; diversamente non si dovrebbe usare la parola federalismo. Ora, occorre considerare che la regionalizzazione del sistema sanitario ha già introdotto una notevole situazione di variabilità con differenze, oltre che sul piano organizzativo, sulla redazione dei conti consuntivi; sulla predisposizione dei sistemi di contabilità regionali, sull'applicazione dei meccanismi di compensazione (effettuati a posteriori e tardivamente), etc. Queste situazioni hanno generato e continuano a generare disuguaglianze nell'erogazione delle prestazioni, ripercuotendosi sull'efficacia dei servizi sanitari: infatti, nella pratica, i livelli di assistenza vengono erogati fondamentalmente in funzione delle capacità organizzative delle singole regioni, anche a parità di finanziamento. La legge n. 42/2009 va ad incidere solo sul finanziamento del servizio e non tocca, se non indirettamente, l'assetto organizzativo e gestionale; ma se mancano buona organizzazione e buona gestione ovvero una amministrazione efficiente, difficilmente può avere buoni effetti il federalismo: la riprova sta in ciò che è accaduto all'indomani dell'emanazione del d.lgs 56/2000. E' pur vero comunque che se si hanno più risorse l'organizzazione ne trae giovamento e viceversa (con una organizzazione più efficiente, infatti, si liberano risorse). Tuttavia il rinnovamento del Ssn non potrà derivare soltanto dalla necessità di sanare i

bilanci regionali, ma dovrà essere giocoforza associato ad una riorganizzazione e riprogrammazione del servizio stesso: sono la buona programmazione e la buona organizzazione, infatti, ad incidere sul buono stato dei bilanci e soprattutto della spesa.

4. E' cosa nota che in un sistema di federalismo fiscale sono necessarie regole volte a limitare la possibilità di continue e ripetute ingerenze dello Stato nelle materie assegnate alla competenza legislativa regionale. Più precisamente, la teoria sul federalismo fiscale insegna che una appropriata struttura di finanziamento deve essere definita in relazione al diverso potere di ingerenza del governo centrale nell'attività degli organi decentrati. Quindi l'ingerenza potrà essere massima per le attività che devono sottostare al principio della uniformità delle prestazioni e per gli interventi di cui al comma 5 dell'art. 119 (*risorse aggiuntive ed interventi speciali per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona*) e sarà corrispondentemente minore per quelle attività rientranti nella competenza concorrente e per quelle governate dal regime della competenza esclusiva delle Regioni. Di conseguenza laddove è minore il grado di ingerenza ammissibile, sarà maggiore il ricorso a fonti di entrata propria e all'esercizio dell'autonomia impositiva e sarà minore l'intensità della perequazione della capacità fiscale. Laddove il grado di ingerenza è più elevato saranno meno cogenti le ragioni per l'utilizzo di tributi propri e per l'esercizio dell'autonomia tributaria: non si può escludere il ricorso a tributi propri o a compartecipazioni, ma essi non svolgerebbero alcuna utile funzione, visto che lo Stato dovrebbe comunque finanziare le differenze fino al pieno pagamento dei costi delle prestazioni uniformi su tutto il territorio nazionale. E dunque non si può escludere in queste circostanze, nonostante l'apparente impedimento del comma 3 dell'art. 119 (l'espressione "senza vincoli di destinazione"), l'apposizione di vincoli di destinazione sulle risorse trasferite. Il punto è che, al momento, i tributi propri (lo strumento ritenuto capace di generare comportamenti virtuosi negli amministratori regionali) hanno comunque un ruolo assai limitato in relazione ai molti vincoli posti sulla autonomia finanziaria (si pensi al patto di stabilità): ciò di cui si sente la necessità e su cui si dovrà operare in futuro è la previsione di concreti incentivi a trovare innovazioni significative in campo tributario.

5. Merita sottolineare, da ultimo, che bisognerebbe limitare il rischio dell'anteposizione dei vincoli interni gestionali e finanziari all'interesse dei cittadini: si pensi al sistema con il quale le Regioni attuano il governo della mobilità passiva (che sarebbe il movimento in denaro in uscita da una Asl verso l'altra o da una regione verso l'altra) a compensazione di prestazioni sanitarie erogate. In un Paese come il nostro dove i confini regionali sono solo amministrativi è facile trovare situazioni di attrazione o di fuga dei pazienti in funzione dell'offerta di servizi: e ciò accade soprattutto nelle zone di confine. Le Regioni più efficienti e con maggiore risorse possono infatti stimolare le

Asl frontaliere ad organizzare i servizi in modo da favorire la mobilità attiva. Da un lato ciò incoraggia meccanismi di concorrenza tra Asl delle Regioni efficienti, ma dall'altro ciò può comportare una offerta di servizi mediocre da parte di altre Regioni (limitrofe o meno) meno efficienti, le quali a fronte di una offerta più vantaggiosa presente altrove (magari non molto lontano da casa) vanno ad ignorare l'interesse dei pazienti che pur hanno contribuito con la fiscalità a sostenere i servizi sanitari della loro regione. Si noti, allora, che talune situazioni negative oggi registrabili non potranno cambiare con l'introduzione del federalismo fiscale perché le norme del d.lgs n. 42/2009 non potranno incidere su quelle Regioni incapaci di modificare strutturalmente i propri servizi, quelle che si limitano ad attuare meccanismi di compensazione in denaro, ovvero scelgono una soluzione di basso profilo, omettendo di formulare una vera politica sanitaria (35) e minando l'effettivo esercizio del diritto alla salute.

(35) In alcuni sistemi federali si è cercato di contemperare l'esigenza di assicurare l'assistenza sanitaria con quella di contenere e programmare la spesa, attuando le c.d. economie di scopo. Al fine di arginare la variabilità della spesa si prevedono limiti alla libertà di scelta del cittadino in quanto si collega la gratuità del servizio solo ad alcune aree geografiche, mentre si disincentiva il ricorso a cure sanitarie al di fuori delle medesime aree geografiche. La positività di tale misure risiede nella determinazione delle prestazioni in base alla popolazione di riferimento, nelle economie di scala, nella concentrazione delle conoscenze mediche, tecniche ed amministrative nelle strutture, nel dare maggiore certezza agli investimenti, etc. Cfr. PIETRO MANZI, *Federalismo diseguale: la via italiana ad un servizio sanitario federale*, in *Care*, I, 2009, pag. 24.

Il dottorato di ricerca al servizio della pubblica amministrazione

Prospettive alla luce della riforma Brunetta

*Ennio La Placa**

Col decreto legislativo emanato il 27 ottobre 2009, n. 150, il Governo ha dato attuazione alla legge delega n. 15/2009, concernente disposizioni in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

Il decreto rappresenta un ulteriore passo a completamento della riforma della pubblica amministrazione, meglio nota come riforma Brunetta, dal nome del Ministro che l'ha voluta.

Il tema che si vuole trattare ed analizzare attiene alla modifica, disposta dal recente decreto (d.lgs. 150/2009), dell'art. 28 del d.lgs. n. 165/2001 (c.d. Testo unico sul pubblico impiego), che ha introdotto il dottorato di ricerca, come requisito alternativo, per l'accesso alla dirigenza pubblica di seconda fascia (1) e, in generale, sul ruolo che il dottorato di ricerca può svolgere nell'ambito delle pubbliche amministrazioni.

Com'è noto, il dottorato di ricerca, titolo accademico *post lauream*, rappresenta il più alto grado di istruzione universitaria, più esattamente il terzo ciclo di istruzione universitaria secondo il Bologna Process del 1999 (2).

Esso venne introdotto nell'ordinamento universitario italiano con la legge n. 28 del 1980, che delegava al Governo il riordinamento della docenza universitaria e la relativa fascia di formazione nonché la sperimentazione organizzativa e didattica.

La legge prevedeva la valutabilità del dottorato di ricerca "*soltanto*" nell'ambito della ricerca scientifica (3).

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

(1) Così dispone il secondo comma del nuovo art. 28 del d.lgs. n. 165/2001, derubricato "*Accesso alla qualifica di dirigente della seconda fascia*": "Al concorso per esami possono essere ammessi i dipendenti di ruolo delle pubbliche amministrazioni, muniti di laurea, che abbiano compiuto almeno cinque anni di servizio o, se in possesso del *dottorato di ricerca* o del diploma di specializzazione conseguito presso le scuole di specializzazione individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, almeno tre anni di servizio, svolti in posizioni funzionali per l'accesso alle quali è richiesto il possesso del diploma di laurea".

(2) Il Processo di Bologna è un processo di riforma a carattere europeo che si propone di realizzare entro il 2010 uno Spazio Europeo dell'Istruzione Superiore. Il 19 giugno 1999 ventinove Ministri dell'Istruzione del Consiglio d'Europa hanno sottoscritto a Bologna un accordo, noto come la Dichiarazione di Bologna.

(3) Art. 8 legge n. 28/1980.

Questa disposizione veniva ribadita e rafforzata nel D.P.R. n. 382 del 1980, sul riordino della docenza universitaria: il predetto D.P.R., derubricando l'art. 68 "*Istituzione del dottorato di ricerca*", consacrava il titolo nell'ordinamento universitario italiano e lo riteneva valutabile "*unicamente*", così espressamente veniva detto, nell'ambito della ricerca scientifica.

Pertanto, lo svolgimento di programmi di ricerca, da parte del dottorando, doveva essere riconosciuto solamente in ambito universitario, segno questo di un'interpretazione, per certi versi restrittiva, del concetto di ricerca scientifica, esclusivamente legata al mondo universitario.

E' necessario dire che l'accesso al corso di dottorato è consentito senza limitazioni di età o cittadinanza per coloro che sono in possesso di laurea o di analogo titolo accademico conseguito all'estero, preventivamente riconosciuto dalle autorità accademiche, anche nell'ambito di accordi interuniversitari di cooperazione e di mobilità (4).

Per laurea si intende quella quadriennale o quinquennale (magistrale o specialistica), se del nuovo ordinamento (5).

Nel 1984, con la legge n. 476, il legislatore modificò alcuni articoli del D.P.R. n. 382/1980 (6) e sancì la possibilità, per il dipendente pubblico ammesso ai corsi di dottorato di ricerca, di essere collocato, a domanda, in congedo straordinario per motivi di studio, senza assegni o con borsa di studio nel caso in cui si trovasse nelle condizioni di poterne usufruire.

Con tale legge, i dipendenti pubblici ammessi ai corsi di dottorato, videro affermato il loro diritto al mantenimento del posto di lavoro ed anche la progressione di carriera, il trattamento di quiescenza e di previdenza, ma non la retribuzione economica.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 201 del 1995, aveva interpretato le finalità della disposizione del 1984 nel senso di rendere effettiva la ricerca scientifica, interesse costituzionalmente rilevante (art. 9 Cost.).

Il legislatore del 1998, con la legge n. 210 recante "*Norme per il reclutamento dei ricercatori e dei professori universitari di ruolo*", ha dettato una nuova disciplina per il dottorato di ricerca che sembra ampliare gli ambiti di esercizio dell'attività di dottorato (7). Innanzitutto, si prevede che il corso per il conseguimento del dottorato di ricerca può essere svolto presso università, enti pubblici o soggetti privati e che "*le università possono attivare corsi di*

(4) Così dispone l'art. 5 del decreto ministeriale 30 aprile 1999 del Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica (Regolamento in materia di dottorato di ricerca).

(5) Per nuovo ordinamento universitario si intende quello introdotto nell'anno accademico 2001/2002 (laurea triennale di primo livello e laurea specialistica di due anni), emanato a seguito del Processo di Bologna.

(6) Più esattamente sono stati modificati gli artt. 71, 73 e 75 del D.P.R. 11 luglio 1980, n. 382.

(7) Viene prevista espressamente (art. 6 l. 210/1998) l'abrogazione dell'art. 68 del D.P.R. n. 382/1980 (Istituzione del Dottorato di ricerca).

dottorato mediante convenzione con soggetti pubblici e privati in possesso di requisiti di elevata qualificazione culturale e scientifica e di personale, strutture ed attrezzature idonee”, ma viene ribadito a chiare lettere il fine che si prefiggono i corsi per il conseguimento del dottorato di ricerca: *“forniscono le competenze necessarie per esercitare attività di ricerca di alta qualificazione”*.

La collocazione della suddetta disposizione nella legge che disciplina il reclutamento dei ricercatori e dei professori universitari di ruolo, indubbiamente, configura un dottorato di ricerca incardinato e valorizzato per lo più in ambito universitario (l'Università è il luogo titolato, per eccellenza, all'esercizio dell'attività di ricerca di alta qualificazione), ma la possibilità di svolgere la ricerca, durante il corso, presso altri enti pubblici o, addirittura, per la prima volta, presso soggetti privati, apre indubbiamente le frontiere di un ricerca scientifica proiettata ed applicata anche in altri campi, non solo quello universitario (8).

Viene previsto, inoltre (questo è senza dubbio l'aspetto più importante della legge del 1998 con riguardo alla questione che stiamo trattando), che: *“la valutabilità dei titoli di dottorato di ricerca, ai fini dell'ammissione a concorsi pubblici per attività di ricerca non universitaria, è determinata con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro, di concerto con gli altri Ministri interessati”*.

Il legislatore nazionale amplia il panorama entro cui può esercitarsi la ricerca scientifica e prevede la possibilità di valutare il dottorato di ricerca, seppure attraverso un preciso procedimento, per attività di ricerca non universitaria.

Se da un lato viene chiarito l'obiettivo e la funzione del dottorato di ricerca, dall'altro si dà la possibilità di valutarlo per altri fini.

Siamo in presenza di un cambio di rotta, quindi, rispetto a ciò che prevedeva la legge n. 28 del 1980, istitutiva del dottorato di ricerca nel nostro Paese.

Il decreto ministeriale n. 224 del 1999, adottando i criteri generali ed i requisiti di idoneità delle sedi ai fini dell'istituzione dei corsi di dottorato di ricerca, conferma quanto detto dal legislatore nel 1998 e cioè che: *“la formazione del dottore di ricerca, comprensiva di eventuali periodi di studio all'estero e stage presso soggetti pubblici e privati, è finalizzata all'acquisizione delle competenze necessarie per esercitare attività di ricerca di alta qualificazione”*.

Un significativo cambiamento è avvenuto nel 2001, quando con la legge

(8) “Il titolo di Dottore di ricerca dà accesso al mondo della ricerca scientifica prevalentemente in ambito accademico ma, secondo una tendenza che va sempre più rafforzandosi, anche nelle strutture produttive e in centri di ricerca autonomi” (Università degli Studi di Milano); “Il Dottorato intende formare studiosi ed esperti che possano svolgere un'attività altamente qualificata in strutture di ricerca e all'interno di enti pubblici e privati” (Sp.i.s.a. – Università degli Studi di Bologna).

n. 448, integrando l'art. 1 comma 2 della l. 476/1984 si stabilì che: *“in caso di ammissione a corsi di dottorato di ricerca senza borsa di studio o di rinuncia a questa, l'interessato in aspettativa conserva il trattamento economico, previdenziale e di quiescenza in godimento da parte dell'amministrazione pubblica presso la quale è instaurato il rapporto di lavoro. Qualora, dopo il conseguimento del dottorato di ricerca, il rapporto di lavoro con l'amministrazione pubblica cessi per volontà del dipendente nei due anni successivi, è dovuta la ripetizione degli importi corrisposti ai sensi del secondo periodo”*.

L'attività di ricerca svolta dal dipendente pubblico ammesso ai corsi di dottorato viene considerata attività lavorativa - tranne nel caso in cui è richiesta la valutazione del servizio c.d. “effettivo” (9) - e, senza dubbio, il legislatore ha inteso così dare un valore diverso al dottorato di ricerca, non più inteso unicamente per conseguire attività di ricerca di alta qualificazione e titolo essenziale per l'accesso alla docenza universitaria, ma considerato anche una risorsa importante conseguita dal dipendente pubblico e messa al servizio della pubblica amministrazione; dalla ricerca scientifica - “solo universitaria” - svolta nel corso del triennio, si passa così alla ricerca applicata, all'azione diretta per il soddisfacimento degli interessi pubblici.

La giurisprudenza ha anche negato l'esercizio di poteri discrezionali da parte della p.a. nella concessione del congedo straordinario o dell'aspettativa retribuita, valutando come interesse preminente, nella comparazione degli interessi pubblici, quello della ricerca scientifica (10).

E' stato anche affermato che, nel caso in cui il dipendente pubblico cessasse l'attività di dottorato prima del suo completamento, non grava nei confronti dello stesso l'obbligo di ripetere le somme percepite (11), semmai il dovere di riassumere immediatamente servizio presso la sede di titolarità (12).

La prima sezione del Consiglio di Stato nel 2002 ha, inoltre, detto che: *“L'art. 52, 57° comma, l. 28 dicembre 2001 n. 448, volto ad agevolare la frequenza ai corsi di dottorato di ricerca da parte di dipendenti pubblici mediante la previsione di forme di congedo straordinario, deve essere interpretato nel modo più estensivo, così da trovare applicazione anche nei confronti dei lavoratori a tempo determinato ai sensi dell'art. 2, 30° comma, l. 14 novembre*

(9) *“Nei casi in cui una norma o un bando di concorso preveda – quale requisito di partecipazione ad un concorso – un determinato periodo di servizio effettivo presso una p.a., non può essere ad esso equiparata l'attività svolta presso un'altra amministrazione con una qualifica diversa, né l'attività svolta per la partecipazione ai corsi di dottorato di ricerca; infatti, lo svolgimento dell'attività di dottorato non è assimilabile al servizio effettivo, che si caratterizza per lo svolgimento di funzioni inerenti allo status”*, Consiglio di Stato, sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7590.

(10) Consiglio di Stato, sez. I, 30 ottobre 2002, n. 3250.

(11) Consiglio di Stato, sez. VI, 27 gennaio 1997, n. 108.

(12) Circolare MIUR 4 novembre 2002, n. 120, in tema di congedo straordinario per dottorato di ricerca ex art. 2 legge 476/1984.

1995 n. 481”.

L’art. 9 *bis* del d.lgs. n. 303 del 1999 - introdotto dal d.lgs. n. 343 del 2003 - ha istituito il personale dirigenziale della Presidenza del Consiglio dei Ministri. L’ottavo comma, lett. b), del suddetto articolo, ha previsto che al concorso riservato ai dipendenti pubblici possono partecipare anche coloro che sono in possesso del dottorato di ricerca, purché abbiano ricoperto funzioni dirigenziali, o equiparate, presso la presidenza, in un determinato periodo di tempo indicato dalla legge.

Non vi è dubbio che si tratta di una fattispecie particolare e, per certi aspetti, marginale; la disposizione si applica ai dipendenti pubblici anche in possesso di dottorato di ricerca, ma che abbiano ricoperto funzioni dirigenziali presso la presidenza in un preciso e limitato periodo di tempo. Tuttavia, risulta evidente come il legislatore abbia voluto valorizzare il dottorato di ricerca ai fini dell’ammissione a concorsi pubblici per attività di ricerca non universitaria.

Il Consiglio di Stato nel 2006 (13) ha affermato in merito che: *“L’art. 9 bis, 8° comma, lett. b) d. lgs. n. 303/1999, non individua due distinte categorie di candidati al concorso riservato ai dipendenti pubblici per l’inquadramento nel ruolo del Consiglio dei Ministri, potendo partecipare, a tale concorso, esclusivamente coloro che siano stati incaricati di funzioni dirigenziali, o equiparate, presso la presidenza, nel periodo compreso tra la data di entrata in vigore della l. n. 137/2002 ed il 1° gennaio 2003 e, inoltre, siano muniti di laurea e hanno un’anzianità di almeno cinque anni di servizio in posizioni funzionali per l’accesso alle quali è richiesto il diploma di laurea o, in alternativa, alla suddetta anzianità possiedano sia il diploma di laurea sia il diploma di specializzazione o il dottorato di ricerca o altro titolo post-universitario rilasciato da istituti universitari italiani o stranieri”*.

E’ stato, inoltre, detto che: *“Nelle procedure concorsuali o selettive pubbliche, ai sensi dell’art. 5 d.m. 30 aprile 1999 n. 224 e dell’art. 3 d.m. 3 novembre 1999 n. 509 il dottorato di ricerca è un titolo differenziato e superiore alla laurea; pertanto è illegittima la valutazione della commissione giudicatrice che non consideri questo titolo”* (14).

La promozione della ricerca scientifica, come dello sviluppo della cultura, è uno dei principi fondamentali della Costituzione, che impegna lo Stato democratico al fine di favorire la crescita civile della comunità nazionale; può considerarsi un diritto-dovere, attribuito alla Repubblica, anche per realizzare – in coerenza con quanto affermato all’art. 3 – l’esigenza fondamentale di rimuovere gli ostacoli che limitano la libertà e l’uguaglianza dei cittadini.

Il rango costituzionale della ricerca non ne indica, però, il perimetro di

(13) Consiglio di Stato, sez. I, 01 febbraio 2006, n. 3101/05.

(14) Consiglio di Stato, sez. II, 22 febbraio 2006, n. 2505/04.

esercizio e gli ambiti di destinazione, pur nel generale riconoscimento di protagonisti e fruitori che l'Università è – come si è detto – la sede prima e più naturale.

L'evoluzione legislativa sopra descritta, riguardante il dottorato di ricerca, segue un percorso culturale e di elaborazione propositiva in linea con le istanze e gli impulsi degli apparati produttivi ed organizzativi della società contemporanea.

Già il Consiglio Europeo straordinario di Lisbona del marzo 2000 (15) aveva individuato la ricerca come elemento generatore di sviluppo economico, occupazione e coesione sociale chiedendo, tra l'altro, di promuovere la mobilità dei ricercatori e ponendo ai vari Stati la questione della valorizzazione della conoscenza a fini economici e sociali.

La riforma della pubblica amministrazione non può non considerare le esigenze di modernizzazione del Paese e, ponendo al centro della propria azione, i cittadini da soddisfare nelle loro richieste di servizi essenziali e di buon governo, prefigura un esigente supplemento di qualità e di efficienza.

La promozione e la valorizzazione del personale delle pubbliche amministrazioni diventano momenti di particolare valore e significato al fine di conseguire gli attesi risultati di miglioramento del funzionamento e delle realizzazioni dell'apparato burocratico.

L'Università, che ha un ruolo decisivo nel formare e selezionare il capitale umano più qualificato, può e deve avere un ruolo strategico per garantire alle pubbliche amministrazioni un accesso di personale qualificato e motivato con la possibilità di configurarsi come centro di formazione permanente per la dirigenza pubblica.

Pare possibile ipotizzare, in conclusione, a un rapporto sinergico tra Università e Pubblica Amministrazione e i dottori di ricerca potrebbero essere un gancio di collegamento, figure di raccordo mentre la ricerca non correrebbe alcun rischio di impoverimento uscendo dalla propria sede accademica perché andrebbe incontro all'azione, alla traduzione nel concreto, a un più visibile servizio alla comunità civile.

La strada sembrerebbe tracciata, ed è opportuno percorrerla con la dovuta gradualità e con le necessarie innovazioni legislative, ma anche oltre il dottorato di ricerca.

(15) Il Consiglio europeo straordinario tenutosi a Lisbona il 23 ed il 24 marzo 2000 ha stabilito per l'Unione Europea un obiettivo strategico che prevede, tra l'altro, una politica attiva dell'occupazione che attribuisca una più elevata priorità all'attività di apprendimento lungo tutto l'arco della vita.

RECENSIONI

AA.VV., a cura di F. GIAMPIETRO (*), Commento alla direttiva 2008/98/CE sui rifiuti. Quali modifiche al Codice dell'ambiente?

(IPSOA, 2009, pp. V-XXI-288)

Non è sfuggito ai primi commentatori della direttiva 2008/98/CE “relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive” - pubblicata sulla GUUE n. L 312 del 22 novembre 2008 - che tale atto normativo, in vigore in sede comunitaria a partire dal 12 dicembre 2008 (art. 42), rappresenta il nuovo “scenario” nella disciplina europea (e di quella futura) sulla produzione e gestione dei rifiuti, da prendere in considerazione nei 27 Paesi dell’Unione. Composta di 43 articoli e di 5 Allegati, si qualifica quale “punto di arrivo” (ma *provvisorio*) di un processo di elaborazione *pluriennale* - a partire dal 2002 - dell’originaria direttiva 75/442/CEE e della sua codificazione, definita con la (vigente) direttiva 2006/12/CE sui rifiuti, di cui dispone l’abrogazione a partire dalla data del 12 dicembre 2010 (art. 41, par. 1), unitamente alle direttive 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 75/439/CEE sugli oli usati, in essa riassorbite. Entro quella stessa data, gli Stati membri sono tenuti a dare ad essa attuazione (art. 40, par. 1).

Più precisamente, la nuova disciplina ha aperto, *contemporaneamente*, due “cantieri” legislativi, uno *comunitario*, per le tante previsioni di interventi *integrativi* ed *esecutivi* delle sue molteplici prescrizioni (un vero e proprio *work in progress* anche per la Commissione) ed uno *interno*, cui dovrà attendere il legislatore nazionale dei Paesi membri (e quindi il nostro Legislatore, già alle prese con precedenti interventi “correttivi” del T.U.A., vigente dal 29 aprile 2006 ..., cfr., da ultimo, la legge-delega n. 69/2009).

(*) Franco Giampietro, titolare di Studio Legale Ambientale in Roma, già Magistrato ordinario (sino al 1994); Fondatore e condirettore Rivista Consulenza Ambientale (ora Ambiente & Sviluppo) dell’IPSOA. Presidente Associazione Giuristi ambientali (www.giuristiambientali.it). Autore di volumi e pubblicazioni in materia ambientale. Docente universitario a contratto.

Indiscussa l'opportunità di un contributo interpretativo "parallelo" di natura *giuridica e tecnica* per consentire al lettore di *riesaminare* le problematiche giuridiche (cui sono dedicati otto degli undici capitoli del volume) alla stregua di puntualizzazioni integrative di *concetti o criteri di valenza tecnico-scientifica*, gli Autori del volume (F. GIAMPIETRO, D. RÖTTGEN, G. GARZIA, F. BENEDETTI, M. MEDUGNO, A. BORZÌ, A. MURATORI, V. GIAMPIETRO, A.L. VERGINE) hanno concordato di suffragare l'esame dei possibili significati delle nuove regole, tenendo in considerazione:

a) la *fase preparatoria pluriennale* (2002 - 2007) del testo della direttiva, quale scaturisce da una serie di documenti, provenienti per lo più dalla Commissione, predisposti a partire dal Sesto Programma comunitario d'azione in materia di ambiente, adottato il 22 luglio 2002 dal Parlamento e dal Consiglio, con decisione n. 1600/2002/CEE;

b) il *dibattito* e, a volte, la *contrapposizione* delle proposte, tra Commissione, Consiglio e Parlamento europeo, nel corso dei lavori preparatori, sviluppatasi nell'arco di quasi tre anni e che hanno condotto alla *versione definitiva* della direttiva, sottoponendo a vaglio l'originaria proposta della Commissione COM 2005 (667);

c) gli *orientamenti* "fondativi" della Corte di Giustizia, formati sui nodi essenziali della direttiva 75/442/CE e succ. modifiche (per es., su ciò che è rifiuto e ciò che non lo è perché sottoprodotto; sulle definizioni di recupero e riciclaggio; sulla distinzione tra smaltimento e recupero ecc.) per verificare *se ed in che misura* siano stati "convalidati" ovvero risultino "superati" dai nuovi precetti.

d) Né, infine, poteva mancare un'analisi fondata sul *confronto testuale* tra il *dettato* della nuova direttiva (e delle specifiche direttive in essa assorbite) e quello della direttiva 2006/12/CE, mirato a cogliere, accanto alle *varianti letterali*, illuminate da 49 premesse (...), nonché *obiettivi, scadenze ed istituti* nuovi, che evidenziano una più *penetrante attuazione* dei principi di tutela ambientale del Trattato, troppe volte invocati in *termini generali* e, soprattutto, *generici*.

In sintesi, la direttiva in commento è apparsa caratterizzata dalle seguenti "linee di tendenza":

1) Si coglie la realizzazione di un'*effettiva semplificazione legislativa* del quadro comunitario vigente in materia di produzione e gestione di rifiuti, pur tenendo conto delle disposizioni transitorie sulla sua data di entrata in vigore. E' sufficiente qui richiamare le *nuove definizioni* (di *recupero, smaltimento, riciclaggio* ecc.), contenute nell'art. 3; la più duttile *nozione di rifiuto*, ove comparata con quelle del *sottoprodotto* e della *materia prima secondaria*, a valle del recupero (e del riciclaggio) ex artt. 5 e 6.

2) Si rileva, inoltre, l'accentuazione della *tutela preventiva* nella *produzione* oltre che nella *gestione* dei rifiuti, *sia* con disposizioni vincolanti (come

quelle sul *riutilizzo dei prodotti* ovvero sulla *preparazione per il riutilizzo*, nonché sui *programmi di prevenzione*, ex artt. 29-33), sia con disposizioni *programmatiche*, che, in applicazione del principio della valutazione del *ciclo integrale della vita di un prodotto* (il c.d. “*life cycle analysis*”), e quindi del suo processo produttivo), ne considera i *carichi energetici e ambientali*, nelle varie fasi di vita.

3) Va, infine, sottolineato un *approccio metodologico più duttile* (oltre che più articolato) del nuovo regime rispetto a quello codificato con prescrizioni rigide ed astratte dalla direttiva 2006/12/CE, citata. Nello stesso senso, si consideri che l'*entrata a regime* della nuova disciplina si radica sulla (prevista) *continuativa collaborazione* tra gli Stati membri e la Commissione, necessaria per “integrare” alcuni *precetti e regole tecniche*.

Si tratta di un regime che, pur con le sue luci (e le sue ombre ...) si caratterizza come un *work in progress*, nel quale gli Stati membri sono (forse con un tasso maggiore che nel passato ...) *corresponsabili* del suo *successo* o del suo *fallimento*, soprattutto rispetto all'obiettivo di un'*effettiva armonizzazione* delle regole nel mercato unico ...

Le ultime osservazioni giustificano la necessità, avvertita dai Coautori del presente volume di esaminare i *possibili effetti* della direttiva commentata (e di quella sulla tutela penale dell'ambiente: 2008/99/CE) sulla *vigente* disciplina del *D.Lgs. n. 152/2006* (Parte IV) e su quelle *connesse* in materia di flussi specifici di rifiuti.

Una volta raggiunta una *determinata* interpretazione delle nuove prescrizioni comunitarie, le si sono messe a *confronto* con la corrispondente normativa “interna” al fine di verificarne “l'impatto”...

Così da offrire al Legislatore nazionale (essendo i lavori in corso ... tramite apposita Commissione) una prima *proposta di modifica-integrazione* delle disposizioni vigenti del T.U.A. per *adeguarle* alla direttiva 2008/98/CE, tenendo in considerazione anche i *profili penalistici*, di cui alla direttiva 2008/99/CE sulla protezione penale dell'ambiente, che investe i profili sanzionatori, configurando ipotesi di delitti ambientali e la responsabilità degli enti.

D O T T R I N A

L'azione risarcitoria nel processo amministrativo dopo la legge n. 69/09

*Andrea Carbone**

SOMMARIO: 1. L'art. 44 L. 69/09 e l'oggetto del processo amministrativo - 2. Lo stato dell'azione risarcitoria - 3. Pregiudiziale e processo amministrativo - 4. La L. 69/09 e la possibile evoluzione della tutela risarcitoria.

1. L'art. 44 L. 69/09 e l'oggetto del processo amministrativo

L'art. 44 della Legge 18 giugno 2009 n. 69 ha previsto una delega al Governo per il riassetto della disciplina sul processo amministrativo: la lett. b) del 2° co. del citato articolo 44 sancisce infatti che i decreti legislativi emanati in base alla delega devono “*disciplinare le azioni e le funzioni del giudice: 1) riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni; 2) riordinando i casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l'ordinamento vigente; 3) disciplinando, ed eventualmente riducendo, i termini di decadenza o prescrizione delle azioni esperibili e la tipologia dei provvedimenti del giudice; 4) prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*”.

La portata della norma è tale da far ritenere che il legislatore delegato possa attuare una riforma determinante per il nostro ordinamento processuale. Il numero 4) della lettera b), infatti, disciplinando tutte le tipologie di azione,

(*) Dottorando in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

pone le basi per il superamento della tradizionale articolazione dell'oggetto giudizio amministrativo sull'impugnazione di un provvedimento, un'impostazione risalente alla stessa istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato.

E' noto infatti che con la legge Crispi del 1889 il legislatore non aveva ben chiaro di aver creato una vera e propria giurisdizione amministrativa, che si affiancava a quella ordinaria: nella Relazione dell'Ufficio centrale del Senato, difatti, si evidenziava che "il nuovo istituto non è un tribunale giudiziario speciale o eccezionale, ma rimane nella sfera del potere esecutivo (...). E' lo stesso potere esecutivo ordinato in modo da tutelare maggiormente gli interessi dei cittadini". D'altro canto "fu la fortuna che così si riguardasse la cosa perché, in caso diverso, la riforma tanto fondamentale per il nostro ordinamento giuridico molto probabilmente sarebbe stata irrimediabilmente condannata (...): un sindacato di carattere giurisdizionale, con il potere di sospendere prima e di annullare o revocare atti dell'amministrazione, sarebbe parso contrastante con i concetti [allora] dominanti sulla divisione e l'indipendenza dei poteri, quale insopportabile ingerenza giurisdizionale sulla pubblica amministrazione, capace di paralizzarne l'attività (1)".

Solo con l'istituzione della V sezione nel 1907 la dottrina iniziò a prendere coscienza del carattere giurisdizionale di questo tipo di controversie. Di conseguenza, si iniziò lentamente a considerare quale oggetto del giudizio non già l'atto impugnato, quanto il rapporto sottostante; processo, invero, non ancora del tutto concluso, anche se proprio nell'ultimo decennio si è assistito ad una considerevole spinta in tal senso, come si vedrà.

I limiti infatti di un processo incentrato sull'azione di annullamento emergono soprattutto quando si tratta di valutare l'ammissibilità di azioni diverse da quella impugnatoria.

La stessa elaborazione dell'interesse legittimo quale situazione giuridica di carattere sostanziale (2), pienamente tutelata, secondo l'art. 24 Cost. al

(1) SCIALOIA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. Dir. Pubbl.* 1931, I, p. 410.

(2) In tal senso si noti come in Francia, dove lo sviluppo della giustizia amministrativa è stato molto simile a quello intervenuto nel nostro Paese, il giudizio si conserva come strettamente oggettivo proprio in ragione della mancata elaborazione di una situazione giuridica sostanziale che legittimi il privato a ricorrere: infatti, per adire il *juge administratif* occorre la mera sussistenza di un interesse (processuale).

Secondo G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, in *Corso di diritto amministrativo*, IV, diretto da S. CASSESE Milano, 2007, p. 294, "il sistema francese si connota da sempre per l'impronta oggettiva del suo *contentieux administratif*. (...) L'ampiezza della legittimazione al *recours pour excès de pouvoir*, la sua indisponibilità da parte del ricorrente una volta promosso, l'informalità che dovrebbe caratterizzarlo, la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice di alcuni motivi di illegittimità (*le moyen d'ordre public*), sono tutti caratteri che esprimono la valenza di un controllo oggettivo 'del diritto' di questo tipo di rimedio".

pari del diritto soggettivo, solo a fatica è riuscita a scalfire l'originaria concezione del processo amministrativo, trovando peraltro ostacoli anche nelle espressioni utilizzate dalle poche norme in materia, quali l'art. 26 ("decidere sui ricorsi (...) contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa") e l'art. 45 ("se accoglie il ricorso (...) annulla l'atto") del T.U. Cons. St, nonché l'art. 26 della L. 1034/71 ("il Tribunale amministrativo regionale (...) se accoglie il ricorso (...) annulla l'atto"). Come giustamente si è rilevato (3), "si tratta ora di verificare se questa origine della giurisdizione amministrativa sia tale da escludere che una volta che quel potere di annullamento è confluito nella giurisdizione detta di legittimità, questa non possa atteggiarsi altrimenti per sua intima essenza che come giurisdizione di annullamento, oppure se il sindacato interno sul modo di esercizio del potere possa essere invocato anche attraverso una domanda diversa da quella dell'annullamento di un atto amministrativo che si assuma viziato".

Per quanto concerne in particolare le azioni di condanna, un primo timido accenno in tal senso nel giudizio amministrativo si trova nell'art. 26 della L. 1034/71, secondo cui il g.a. "nelle materie relative ai diritti attribuiti alla sua competenza esclusiva e (*rectius* o) di merito può condannare l'amministrazione al pagamento delle somme di cui risulti debitrice". Le altre pretese, invece, potevano trovare soddisfazione solo davanti al giudice ordinario, previo, se del caso, annullamento dell'atto lesivo (4).

Recentemente l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 31 marzo 1998 aveva previsto, nelle materie dei servizi pubblici, dell'edilizia e dell'urbanistica, devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a., la possibilità di disporre "anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto". Tale norma è stata poi modificata dalla L. 205/00, che ha esteso il riferimento a tutte le materie oggetto di giurisdizione esclusiva, per questa parte non censurata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204/04.

La stessa legge, inoltre, seguendo l'indirizzo giurisprudenziale della Cass., Sez. Un., n. 500 del 22 luglio 1999, ha riformato il 3° co. dell'art. 7 della L. 1034/71, stabilendo che il T.A.R., nell'ambito della sua giurisdizione [dunque anche di legittimità], conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in

Anche A. MASUCCI, *Il processo amministrativo in Francia*, Milano, 1995, p. 32, rileva che "nel ricorso per eccesso di potere il ricorrente non invoca un suo diritto (*son droit*), ma difende il Diritto (*le Droit*); ed ancora, il processo per eccesso di potere non è un processo tra le parti, ma un processo fatto all'atto; al giudice non viene chiesta la condanna di qualcuno, ma l'annullamento di qualcosa. Al giudice, cioè, viene richiesto (solo) di riconoscere l'illegittimità di un atto amministrativo e di pronunciare, conseguentemente, il suo annullamento.

(3) CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980, p. 854.

(4) In tal senso cfr. R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, 99.

forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali. E' stata così introdotta in definitiva l'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi.

Inoltre, tra le azioni di condanna ad un *facere* specifico, è stata introdotta la condanna all'accesso ai documenti della P.A. (art. 24 L. 241/90) nonché l'azione avverso il silenzio inadempimento (art. 21 *bis* L. 1034/71 come modificata dalla L. 205/00).

L'ampliamento delle azioni proponibili davanti al g.a., aveva già portato la dottrina più attenta (5) a ritenere maturi i tempi per il superamento dell'impostazione tradizionale, mediante la concezione di una pluralità di oggetti del giudizio diversi a seconda della pretesa richiesta. "Ciò non significa che accanto all'oggetto principale, ci possa poi essere un oggetto ulteriore, possiamo dire eventuale, connesso alla diversa pretesa, quella risarcitoria, fissata dal terzo comma dell'art. 7 della legge istitutiva del TAR (...). L'esigenza di assicurare l'effettività della tutela viene pesantemente mortificata da una ricostruzione dell'oggetto del giudizio amministrativo della giurisdizione generale, nei termini che si sono appena prospettati" (6).

Nel tentativo poi di unificare le differenti pretese oggettive, questa teorizzazione si richiama all'antica ricostruzione dell'oggetto del giudizio amministrativo quale l'interesse legittimo fatto valere (7), nonché alla più recente concezione che ravvisa nel rapporto amministrativo l'oggetto del giudizio (8), per concludere che l'oggetto della giurisdizione di legittimità è la

(5) Si veda in tal senso A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001.

(6) A. POLICE, *La pluralità delle pretese, unicità dell'azione e oggetto del processo amministrativo*, in *Giudice amministrativo e tutela in forma specifica* a cura di A. ZITO e D. DE CAROLIS, Milano, 2003, pp. 18-19.

(7) O. RANELETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 161 e pp. 391 ss.; U. BOSSO, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1941, pp. 204 ss.; U. FORTI *Diritto amministrativo*, vol. III, Napoli, 1945, pp. 551 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, vol. I, pp. 186 ss., vol. II, pp. 178 e 201 ss.

(8) M.S. GIANNINI, A. PIRA, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei rapporti nei confronti della pubblica Amministrazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 225; M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1959, p. 184, secondo cui "l'oggetto del processo amministrativo non differisce dall'oggetto del giudizio civile, ed è la pretesa o affermazione o domanda o come altro la si voglia qualificare (a seconda dell'ordine concettuale di teoria generale che si voglia seguire) dell'amministrato. E' costui che determina il contenuto della domanda giudiziale, e quindi il contenuto del processo e della correlativa pronuncia. Questo non significa che il processo amministrativo sia identico al processo civile; significa solo che non differisce in quanto all'oggetto. Se differenze vi sono, esse provengono da altri fattori, dei quali principali sono due: che il *petitum* (l'oggetto della domanda giudiziale) è obbligato e consiste solo nella richiesta di annullamento dell'atto impugnato, e che questo è un provvedimento amministrativo, ossia un atto dotato di imperatività".

Anche L. TARANTINO, *L'azione di condanna nel processo amministrativo*, Milano, 2003, p. 104, ritiene che "la materia del contendere dinanzi al giudice amministrativo riguardi il più ampio rapporto esistente tra cittadino ed amministrazione. Infatti, se un posto di primaria importanza spetta alla posizione sostanziale del privato, che agendo reclama l'intervento del giudice, non per questo può essere obliterato l'interesse pubblico".

pretesa fatta valere del ricorrente. “La mutata ampiezza e consistenza dei poteri decisori del giudice (...) , infatti, arricchisce inevitabilmente il contenuto della domanda giudiziale il cui oggetto diventa la riparazione della lesione di una situazione giuridica del ricorrente che arrechi a quest’ultimo un danno ingiusto” (9), tanto da far parlare di una rinnovata giurisdizione di legittimità che prenderebbe il nome di giurisdizione di “spettanza”.

A questi progressi della dottrina si è però finora contrapposta la prevalente giurisdizione, ferma nel ribadire la tradizionale impostazione impugnatoria del giudizio amministrativo (10).

2. Lo stato dell’azione risarcitoria

L’elaborazione di un’azione risarcitoria per lesione di un interesse legittimo ha avuto un *iter* lungo e travagliato, in parte legato all’evoluzione della struttura stessa del processo amministrativo.

E’ noto infatti come negli anni ’20 del secolo ormai trascorso, la giurisprudenza discusse su quale dovesse essere il criterio da adottare per il riparto della giurisdizione tra g.o. e g.a., se il *petitum* ovvero la *causa petendi*. La definitiva opzione per quest’ultima comportò l’impossibilità di esperire la c.d. doppia tutela, cioè di poter adire, anche cumulativamente, il g.a. per l’annullamento dell’atto e il g.o. per il risarcimento dei danni, a prescindere dalla situazione giuridica dedotta in giudizio. Tale impostazione gettò le basi per un diniego della tutela risarcitoria del caso di lesione di interesse legittimo, poiché da un lato il g.o. non poteva conoscere tali situazioni giuridiche soggettive, e peraltro, riteneva sussistere il “danno ingiusto” ai sensi dell’art. 2043 solo laddove fosse stato leso un diritto soggettivo; dall’altro canto il g.a. non aveva la competenza a pronunciare una sentenza di condanna nei confronti della P.A., salva l’ipotesi del pagamento di somme di denaro di cui l’amministrazione risultasse debitrice (art. 26, co. 3, L. 1034/71).

L’unico caso in cui il risarcimento del danno poteva essere accordato si verificava quando, a seguito dell’annullamento di un atto da parte del g.a. (appunto *pregiudiziale*), la situazione giuridica di interesse legittimo (neces-

(9) A.POLICE, *Pluralità delle pretese*, cit., p. 28.

(10) Cons. St., Ad. Plen., n. 12 del 22 ottobre 2007, ove si afferma che “il legislatore è, infine, pervenuto a stabilire, con formula che privilegia le ritenute esigenze di concentrazione dei giudizi, il criterio della consequenzialità - evidentemente inteso a confermare la priorità del processo impugnatorio e in vista della prevalenza dell’interesse collettivo al pronto e risolutivo sindacato dell’agire pubblico e in vista della convenienza, per la collettività, dell’esercizio del sindacato stesso secondo criteri e modalità che, essendo positivamente propri del giudizio di annullamento, da esso non consentono di prescindere - ed il criterio della “eventualità” del risarcimento del danno arrecato all’interesse legittimo, criterio rafforzato dalla diversa prescrizione in tema di giurisdizione esclusiva e che, perciò, non solo esclude automatismi ma impone i predetti apprezzamenti specifici, possibili soltanto allorché sia in causa, siccome suo oggetto principale e diretto, il provvedimento, con le sue ragioni ed i suoi effetti”.

sariamente oppositivo), riacquisiva la consistenza di diritto soggettivo – secondo la nota teoria della *degradazione* dei diritti a interessi per effetto dell'esercizio del potere – legittimando il privato ad esperire l'azione *ex art.* 2043 davanti al g.o; nelle limitatissime ipotesi, inoltre di cui il legislatore aveva previsto la tutela aquiliana per gli interessi legittimi (11), la relativa azione andava proposta al g.o. solo previo annullamento dell'atto amministrativo invalido di fronte al g.a.

Tale situazione – che in definitiva comportava per la P.A. una sostanziale irresponsabilità nei confronti dei danni arrecati per lesione di interesse legittimo pretensivo (12) – fu superata, dopo i ripetuti richiami della dottrina, dalla giurisprudenza della Suprema Corte con la nota sentenza a Sezioni unite n. 500 del 22 luglio 1999: questa decisione, sulla base della constatazione che ormai per “danno ingiusto” *ex art.* 2043 non si intendeva più quello derivante da una lesione di un diritto soggettivo, ma anche di interessi (legittima aspettativa, perdita di *chance*) non qualificabili nemmeno come situazioni giuridiche soggettive, reputò irragionevole continuare a negare la tutela risarcitoria per l'interesse legittimo (che invece è una situazione giuridica vera e propria, tutelata, peraltro, dalla stessa Costituzione); a rafforzare tale conclusione si aggiungeva anche l'introduzione, da parte dell'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, dell'attribuzione al g.a. del potere di condanna al risarcimento del danno, anche in forma specifica, in sede di giurisdizione esclusiva (sebbene in un primo momento solo in relazione alle materie dei servizi pubblici, urbanistica ed edilizia), che rendeva ingiustificato il diniego di tutela laddove vi fosse, invece, la giurisdizione di legittimità. Conseguentemente, l'azione risarcitoria è stata assoggettata alle strette maglie del processo amministrativo.

L'introduzione di una siffatta azione, come si è già peraltro accennato, ha rimesso in discussione i principi tradizionali del giudizio di legittimità, modulato sull'interesse pubblico, in quanto essa si basa sull'interesse del cittadino e su logiche di “spettanza” (13).

La positiva soluzione della risarcibilità degli interessi legittimi, però, lungi dal comporre definitivamente la questione, comportò invece una serie di problemi in merito principalmente legati alla determinazione del giudice competente in materia. La sentenza della Cassazione, nell'ammettere la tutela

(11) L. n. 142 del 19 febbraio 1992.

(12) Così F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006, pp. 78 ss. Cui si rinvia per la tematica dell'evoluzione giurisprudenziale e legislativa del risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo.

(13) Così F.F. TUCCARI, *Annullamento dell'atto e processo amministrativo risarcitorio*, Napoli, 2004, p. 9; G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giudizio di spettanza*, in *La tutela dell'interesse al provvedimento* a cura di ID (Atti del Convegno di Trento, 9-10 novembre 2000), Trento, 2001.

risarcitoria, si espresse in favore del g.o., salvi i casi di giurisdizione esclusiva, sul presupposto della concezione della pretesa risarcitoria come diritto soggettivo autonomo. Sancì, inoltre, l'esclusione della subordinazione di tale azione al previo esperimento dell'azione di annullamento davanti al g.a, potendo il g.o. comunque disapplicare l'atto amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 5 all. E della L. 2248/1865.

Tale assetto, peraltro, non era destinato a durare a lungo, in quanto il legislatore del 2000 (14) mutò il quadro di riferimento, non solo estendendo a tutti i casi di giurisdizione esclusiva la previsione dell'art. 35 del d.lgs. 80/98, ma anche stabilendo, al 3° co. dell'art. 7 della L. 1034/71, che il T.A.R., "nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica", in tal modo attribuendo in ogni caso al g.a. la giurisdizione in materia. Conseguentemente, l'azione risarcitoria veniva assoggettata alle strette maglie del processo amministrativo tradizionalmente strutturato sull'azione impugnatoria.

Il Consiglio di Stato in sede di Adunanza plenaria (15) affermò che, in forza della nuova situazione configurata dal legislatore del 2000, l'esercizio dell'azione risarcitoria, sia in sede di giurisdizione di legittimità che esclusiva, doveva subordinarsi al previo esperimento dell'azione demolitoria del provvedimento fonte del danno ingiusto, come peraltro già sostenuto dalle Sezioni semplici.

Successivamente la giurisprudenza amministrativa ebbe modo di precisare che il risarcimento ben poteva essere chiesto in separato processo, entro il termine di prescrizione quinquennale decorrente dal passaggio in giudicato della sentenza che annulla l'atto illegittimo (16), ma resta comunque ferma la necessaria pregiudizialità dell'azione impugnatoria (17).

In un primo tentativo di sottrarre l'azione risarcitoria alla necessità della

(14) Ci si riferisce alla l. 205 del 21 luglio 2000. Per un'analisi più approfondita si rimanda a V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000, pp. 33 ss.; R. CARANTA *Attività amministrativa e illecito aquiliano. La responsabilità della P.A. dopo la L. 21 luglio 2000*, n. 205, Milano, 2001, pp. 51 ss.

(15) Cons. St., Ad. Plen., n. 4 del 26 marzo 2003.

(16) Cons. St., Ad. Plen., n. 9 del 16 novembre 2005; Cons. St., Ad. Plen. n. 2 del 9 febbraio 2006, secondo cui "la regola della concentrazione, davanti al giudice dell'impugnazione, anche della cognizione della pretesa riparatoria, non conduce ad una diversa soluzione, quando la controversia sul risarcimento sia prospettata con autonomo, e successive ricorso, ossia dopo che il giudizio sul provvedimento si sia concluso e la relativa decisione sia passata in giudicato. Ed, invero, il nesso fra illegittimità dell'atto e responsabilità dell'autorità amministrativa che lo ha posto in essere, non ha diversa natura, né è meno stretto o di diversa intensità se le due questioni dibattute – quella di non conformità a legge della misura autoritaria e quella di responsabilità per i danni che ne sono derivati – sono esaminate e risolte in unico o in separati giudizi". Dello stesso avviso Cons. St., Ad. Plen., n. 10 del 18 ottobre 2004.

(17) Cons. St., Ad. Plen., n. 4 del 26 marzo 2003; Cons., St, sez. VI, n. 5995 del 16 settembre 2004.

pregiudiziale amministrativa, le Sezioni Unite (18), proponendo un'interpretazione restrittiva dell'inciso "nell'ambito della sua giurisdizione", escludono che la giurisdizione spettasse al g.a. laddove la domanda risarcitoria non fosse proposta contestualmente a quella di annullamento del provvedimento. In qual caso, competente a conoscere del risarcimento dei danni sarebbe stato il g.o., così come, a maggior ragione, nel caso di questioni risarcitorie conseguenti all'esercizio di attività autoritative ma svincolate dalla necessità di impugnare un provvedimento,

Non sfuggivano i limiti di tale teorizzazione; in tal modo, in sostanza si concepiva uno spostamento della giurisdizione per ragioni di connessione, istituto affatto sconosciuto nel nostro ordinamento, che lasciava al ricorrente la scelta del giudice da adire (19).

Già la Corte costituzionale aveva però avuto modo di precisare, con la fondamentale sentenza n. 204 del 6 luglio 2004, come il risarcimento del danno ingiusto, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, non costituiva sotto alcun profilo una nuova materia attribuita alla giurisdizione del g.a., bensì uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico demolitorio.

Tale posizione fu rafforzata e ulteriormente specificata con l'altrettanto nota sentenza n. 191 dell'11 maggio 2006, con la quale la Corte, pur non volendo esprimersi in merito alla natura della situazione giuridica sottesa alla pretesa risarcitoria, ovvero sulla natura (di norma primaria o secondaria) dell'art. 2043 c.c., riconosceva al solo g.a. la competenza a conoscere del risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo.

Conseguentemente, l'Adunanza plenaria ribadì la necessità della pregiudiziale amministrativa, sia per ipotesi di interessi pretensivi, sia che si tratti di pretese risarcitorie concernenti diritti soggettivi 'affievoliti' restituiti alla loro originaria consistenza (20).

La Corte di cassazione, immediatamente intervenuta con le c.dd. 'tre ordinanze' del 2006 (21), fece proprio l'orientamento della Consulta, ribadendo che "nel sistema normativo conseguente alla L. 205/00, in tema di tutela giu-

(18) Così Cass., Sez. Un., n. 1207 del 23 gennaio 2006, secondo cui "la connessione legale tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria è subordinata all'iniziativa del ricorrente, il quale resta libero di esercitare in un unico contesto entrambe le azioni passando attraverso il giudizio di ottemperanza per ottenere il risarcimento del danno, ovvero di riservarsi l'esercizio separato dell'azione risarcitoria dopo aver ottenuto l'annullamento dell'atto o del provvedimento illegittimo, proponendo la sua domanda al g.o., cui compete in via generale la cognizione sulle posizioni di diritto soggettivo". *Contra* Cons. St., Ad. Plen., n. 10/04 e 2/06.

(19) Rilevano il problema MALINCONICO, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 4, p. 1050, e R. CONTI, *Commento alla decisione n. 1207 del 2006*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 419.

(20) Cons. St., Ad. Plen., n. 2/06.

(21) Cass., Sez. Un., ord. n. 13659 del 13 giugno 2006, la quale, superando la sua precedente im-

risdizionale intesa a far valere la responsabilità della p.a. da attività provvedimento illegittima, la giurisdizione sulla tutela dell'interesse legittimo spetta, in linea di principio, al g.a., sia quando il privato invochi la tutela di annullamento, sia quando insista per la tutela risarcitoria in forma specifica o per equivalente, non potendo tali tecniche essere oggetto di separata e distinta considerazione ai fini della giurisdizione". Solo laddove l'azione della P.A. non fosse riconducibile all'esercizio di un potere ovvero si fosse in presenza di diritti c.d. incompressibili la giurisdizione sarebbe stata del g.o.

Questo assunto non comportava, però, anche la necessità della pregiudiziale, in quanto "deve escludersi la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, [cosicché] al g.a. può essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria completa, ma anche la sola tutela risarcitoria, senza che la parte debba in tal caso osservare il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento".

Come rimedio per il ricorrente laddove i giudici di Palazzo Spada non si fossero uniformati a tale orientamento, la Cassazione configurò il diniego di risarcimento per mancanza della previa impugnazione dell'atto come questione di giurisdizione (come tale, ricorribile *ex artt.* 111, u. co., Cost. e 362 c.p.c.), perché il g.a. rifiutava di esercitare la giurisdizione che gli apparteneva.

Il Consiglio di Stato, nonostante questa posizione delle Sezioni Unite, non mutò, però, la propria giurisprudenza (22).

Non può non registrarsi, invero, come da tale indirizzo si siano discostate alcune pronunce del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana che, assecondando l'orientamento degli ermellini, hanno negato la necessità della pregiudiziale, pur sostenendo, come del resto aveva suggerito la stessa Cassazione, che la mancanza della previa impugnazione possa essere

postazione (ord. 1270/06) in merito alla giurisdizione del g.a., afferma che "nel sistema normativo conseguente alla L. 205/00, in tema di tutela giurisdizionale intesa a far valere la responsabilità della P.A. da attività provvedimento illegittima, la giurisdizione sulla tutela dell'interesse legittimo spetta, in linea di principio, al g.a., sia quando il privato invochi la tutela di annullamento, sia quando insista per la tutela risarcitoria in forma specifica o per equivalente, non potendo tali tecniche essere oggetto di separata e distinta considerazione ai fini della giurisdizione. E siccome deve escludersi la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, al g.a. non può essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria completa, ma anche la sola tutela risarcitoria, senza che la parte debba in tal caso osservare il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento". Analogamente Cass., Sez. Un., ord. n. 13660 del 13 giugno 2006 e Cass., Sez. Un., n. 13911 del 15 giugno 2006.

(22) Anche dopo le ordinanze delle Sezioni Unite, ritenevano ancora sussistente la regola della pregiudizialità: TAR Puglia, sez. Lecce, n. 3710 del 4 luglio 2006; Cons. St., sez. V, n. 5063 del 30 agosto 2006; Cons. St., sez. V, n. 4645 del luglio 2006; Cons. St., sez. IV, n. 2136 dell'8 maggio 2007. *Contra*, però, Cons. St., sez. IV, n. 2822 del 31 maggio 2007; TAR Puglia, sez. Bari, n. 3786 del 24 ottobre 2006; TRGA, sez. Trento, n. 94 del 24 aprile 2008.

valutata come comportamento negligente del danneggiato, rilevante ai fini del combinato disposto degli artt. 2056 e 1227, 2° co., c.c. per l'esclusione parziale o totale del risarcimento (23).

Questa soluzione, giustamente ritenuta compromissoria dalla dottrina (24), non appare però completamente convincente: non si può infatti fare a meno di rilevare come più volte la giurisprudenza civile abbia precisato che il dovere di ordinaria diligenza non implica l'obbligo di iniziare un'azione giudiziaria (25); sembra inoltre sfuggire ai giudici siciliani che, anche ragionando nei termini del 2° co. dell'art. 1227, l'onere della prova in merito alla riconducibilità del danno alla negligenza spetterebbe al danneggiante, cioè alla P.A., mentre nelle pronunce richiamate il Consiglio ha in sostanza fatto applicazione di una sorta di presunzione al fine di escludere la risarcibilità del danno.

Tale interpretazione comunque sembra essere stata disattesa da una successiva Adunanza plenaria (26), che, valorizzando il dato letterale dell'art. 7 TAR (nonché dell'art. 35 d.lgs. 80/98) sulla natura consequenziale dell'azione risarcitoria, ha nuovamente escluso la possibilità di accordare la tutela risarcitoria in mancanza della previa impugnazione dell'atto.

L'ultima parola, in questo dibattito fin ora senza risultato, è stata della Suprema Corte che, con la più recente sentenza n. 30254 del 23 dicembre 2008, ha ribadito, in un lungo *obiter dicta*, le posizioni già espresse nelle tre

(23) Così Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., n. 386 del 18 maggio 2007, secondo cui “in tutti i casi in cui la diligente proposizione e coltivazione di tale impugnazione avrebbe potuto evitare il danno o eluderne l'entità – la negligenza del danneggiato possa avere significativa rilevanza sulla definizione della domanda risarcitoria, che in tali casi potrà essere in tutto o in parte disattesa alla stregua degli ordinari criteri civilistici in liquidazione del danno risarcibile ed in particolare del combinato disposto degli artt. 2056 e 1227, 2° co., c.c.”; analogamente si veda la più recente Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. n. 780 del 23 settembre 2008.

Rileva giustamente R. VILLATA *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ritorna, confermandola, sulla c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 1, p. 302, come la questione andrebbe affrontata senza dar peso a profili di opportunità, in particolare di evitare costi per la p.a., mentre l'atteggiamento dei giudici siciliani sembra proprio di questo tenore.

(24) Così R. VILLATA, *La Corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della P.A. attribuendo la veste di questione di giurisdizione ad un profilo squisitamente di merito*, nota a sentenza Cass., Sez. Un., n. 30254/08 in www.giustamm.it, p. 2.

(25) *Ex multis*, Cass. n. 11364/02.

(26) Cons. St., Ad. Plen., n. 12/07, dove si sostiene che sussiste il vincolo della c.d. pregiudiziale amministrativa, che richiede il previo annullamento dell'atto amministrativo al fine dell'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno dinanzi allo stesso Giudice amministrativo, perché: 1) il provvedimento amministrativo lesivo di un interesse sostanziale può essere aggredito in via impugnatoria, per la sua demolizione, e “conseguenzialmente” in via risarcitoria, per i suoi effetti lesivi, ponendosi, nell'uno e nell'altro caso, la questione della sua legittimità; 2) non c'è traccia, nella pronuncia della Corte Costituzionale, di alcun sospetto di illegittimità costituzionale, di siffatto disegno ed, anzi, sembra agevole inferire il contrario; 3) diritto ed interesse, benché molto spesso partecipi di una assimilabile pretesa ad un c.d. bene della vita, sono situazioni soggettive fortemente differenziate; il secondo origina da un compromesso.

ordinanze del 2006.

Non è però passato molto tempo che il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 578 del 3 febbraio 2009, ha nuovamente ribadito la sua linea affermando la necessità della regola della pregiudiziale (27).

3. Pregiudiziale e processo amministrativo

L'assunto dal quale muovono la maggior parte delle pronunce dei giudici amministrativi per affermare la sussistenza della regola della pregiudizialità è quello relativo alla natura del processo amministrativo come giudizio di carattere impugnatorio, strutturato cioè sulla base dell'azione di annullamento di un atto amministrativo. Tale posizione suscitava però non poche riserve già prima della L. 69/09, alla luce dell'introduzione del ricorso avverso il silenzio, dell'azione di nullità, del principio di atipicità delle misure cautelari, di nuovi mezzi di prova compresa la CTU, nonché, appunto, dell'azione risarcitoria.

Pur non potendosi negare, pertanto, che l'azione impugnatoria esaurisca tuttora la stragrande maggioranza del contenzioso davanti al g.a., è necessario tuttavia non sottovalutare la portata di queste innovazioni, volte a configurare un processo amministrativo avente ad oggetto, piuttosto che l'atto, il rapporto dedotto in giudizio.

La giurisprudenza del g.a., invero, nell'affermare la regola della pregiudizialità, ha sempre posto l'accento sulla sussidiarietà dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento, tale che "i commendevoli contributi acquisiti, in sede dottrinale e giurisprudenziale, in tema di "giudizio sul rapporto", non sembrano condivisibili ove approdino al disconoscimento della natura principalmente impugnatoria delle azioni innanzi al g.a., cui spetta non solo di tutelare l'interesse privato ma di considerare e valutare gli interessi collettivi che con esso si confrontano e, non solo di annullare, bensì di "conformare" l'azione amministrativa affinché si realizzi un soddisfacente e legittimo equilibrio tra l'uno e gli altri interessi. Queste essenziali circostanze (...) sembrano spiegare e giustificare e la proprietà dell'azione impugnatoria, nel cui ambito soltanto è possibile e doveroso esercitare computamente l'anzidetto vaglio di legittimità nonché misurare spessore e valenza così della dedotta situazione soggettiva come della denunciata lesione, e la posta consequenzialità rispetto a essa, dell'azione risarcitoria (...). Non si trascuri che il risarcimento del danno, oltre che "conseguenziale" è previsto, nell'ambito della processualmente qualificante giurisdizione di legittimità, anche come "eventuale", con un attributo, cioè, che mentre è di regola oggetto di ingiusta pretermissione, riassume e sottopone alla consapevolezza del giudice i travagli che le relative

(27) Ai cui si è ora aggiunta l'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria del Cons. St., sez. VI, n. 2436 del 21 aprile 2009.

norme hanno inteso risolvere e che, in dottrina, hanno persino indotto a configurare come “speciale” la figura in discorso”(28).

Anche parte della dottrina, inoltre, ha condiviso questo tipo di assetto (29).

Sembra a chi scrive, invece, che la regola della pregiudizialità trovi le sue basi piuttosto che su un particolare atteggiarsi del processo amministrativo, sulla circostanza – peraltro già oggetto di un’attenta analisi da parte della giurisprudenza (30) – che il g.a. non ha il potere di disapplicare un atto amministrativo illegittimo, a differenza di quanto è previsto per il g.o. dall’art. 5 All. E L. 2248/1865, secondo cui “*le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti (...) in quanto siano conformi alle leggi*”.

A questo riguardo si consideri, infatti, come i giudici amministrativi abbiano affermato non solo la possibilità di proporre l’azione risarcitoria successivamente a quella di annullamento, ma anche a prescindere da quest’ultima, nel caso in cui non sia necessaria al fine di conoscere dell’illegittimità del provvedimento: “è chiaro infatti che nessun onere di previa impugnazione del provvedimento dannoso può addossarsi al suo destinatario ove l’atto sia stato rimosso in sede amministrativa, in autotutela (31) o su ricorso di parte, oppure se il danno non è prodotto dalle statuizioni costitutive nell’atto ma è materialmente causato dalle particolari modalità di sua esecu-

(28) Così Cons. St., Ad. Plen., n. 12/07. Dello stesso avviso Tar Piemonte, n. 4130 del 13 novembre 2006.

(29) Secondo R. DE NICTOLIS, *In difesa della “pregiudizialità”*, in *Foro it.*, 2007, pp. 3186 “è insito nel sistema costituzionale che l’atto illegittimo debba essere annullato, essendo lasciato alla legge ordinaria non già il compito di stabilire forme di tutela che prescindano dall’annullamento dell’atto, ma solo di stabilire la tipologia di vizi che consentono l’annullamento, e gli effetti dell’annullamento medesimo. Sicchè il risarcimento può venire considerato come effetto dell’annullamento, e può essere previsto dalla legge ordinaria, e non come rimedio autonomo che prescinde dall’annullamento (...). Il potere del giudice amministrativo di conoscere del risarcimento del danno non è un’autonoma giurisdizione, in quanto rientra nei casi che sono già di sua giurisdizione; il risarcimento del danno è pertanto (...) un’azione “ulteriore” ed “eventuale”, in quanto il giudice, nell’ambito della sua giurisdizione, conosce “anche” dell’eventuale risarcimento; sicchè l’azione risarcitoria non può essere esercitata come azione unica, prescindendo da quella impugnatoria (salvo i casi in cui non vi sia un atto da impugnare, o l’atto sia già stato annullato in altra sede)”.

(30) Così la stessa Ad. plen. n. 4/03, secondo cui “l’azione di risarcimento del danno può essere proposta sia unitamente all’azione di annullamento che in via autonoma, ma (...) è ammissibile solo a condizione che si sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successivo il relativo giudizio di annullamento, in quanto la g.a. non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari”. Così come Cons. St., sez. VI, n. 3338 del 18 giugno 2002, secondo cui “l’assenza di un potere di disapplicazione in capo al g.a., che può solo conoscere in via principale atti amministrativi di natura non regolamentare e non anche disapplicarli, non costituisce argomento di carattere meramente processuale, ma assume una valenza sostanziale, in quanto è strettamente collegato con il principio della certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, al cui presidio è posto il breve termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti amministrativi”.

(31) Cfr. anche Cons. St., n. 3338 del 18 giugno 2002 e TAR Campania, Napoli, sez. III, n. 10256 del 15 luglio 2004.

zione” (32), ovvero nel caso in cui il danno derivi da responsabilità precontrattuale (33); nonché nell’ipotesi che il provvedimento sia già stato annullato a seguito di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica o addirittura di ricorso giurisdizionale posto in essere da un soggetto diverso da colui che chiede il risarcimento.

Ancora, e a maggior ragione, nel caso in cui il danno sia causato da un atto nullo secondo quanto prevede l’art. 21 *septies*, stante l’imprescrittibilità della relativa azione, come da ultimo sostenuto dalla giurisprudenza (34). Infatti, se nel rapporto tra azione di annullamento e risarcimento del danno è quest’ultimo ad essere sottoposto a limiti meno ristretti (in quanto la relativa azione si prescrive in cinque anni, mentre quella impugnatoria è sottoposta al termine decadenziale di sessanta giorni), nel caso del rapporto atto nullo/risarcimento del danno vale la regola opposta; il problema non sarebbe, cioè, quello di poter esperire l’azione risarcitoria quando non si può più far valere la nullità dell’atto: è vero invece il contrario, giacché la nullità potrebbe essere dichiarata anche quando non può più essere richiesto il risarcimento.

Da quanto precisato si evince come l’ostacolo insormontabile per accordare al privato la tutela risarcitoria non sia rappresentato dall’impossibilità di un’autonoma impugnativa, quanto piuttosto dall’impossibilità per il g.a. di conoscere dell’illegittimità dell’atto in via incidentale; ché, qualora questa non sia necessaria, nessun problema sussiste per l’esperimento della sola azione risarcitoria. Laddove, però, il danno sia diretta conseguenza di un atto e l’illegittimità di questo non sia stata acclarata precedentemente in sede giurisdizionale ovvero in altra sede, allora il g.a. si trova sprovvisto del potere necessario per conoscere di tale illegittimità (35), che rappresenta un elemento costitutivo dell’illecito, in mancanza del quale la domanda non potrà

(32) Così Cons. St., ad. plen., n. 9 del 30 luglio 2007, ove si precisa che “nella controversia in esame, l’omessa contestazione nel termine di decadenza da parte dei proprietari della dichiarazione di P.U. non spiega alcun rilievo giuridicamente apprezzabile, poiché il danno giuridicamente rilevante in capo ad essi deriva dall’irreversibile trasformazione e dalla mancata pronuncia del provvedimento traslativo”.

(33) Cons. St., sez. V, n. 7194 del 6 dicembre 2006.

(34) Cons. St. sez. V, n. 2872 del 9 giugno 2008.

(35) Cfr. L. GAROFALO, *Eventualità del risarcimento del danno e pregiudizialità amministrativa*, in www.giustamm.it, p. 7, secondo cui “il risarcimento del danno, qualunque sia l’opinione che si abbia a proposito della pregiudiziale amministrativa, dipende esclusivamente dall’accertamento dell’invalidità del provvedimento, essendo in esso implicito il riconoscimento della violazione di una situazione giuridica soggettiva protetta nella forma dell’interesse legittimo e dunque della riparabilità delle conseguenze pregiudizievoli al patrimonio e alla persona derivanti da siffatta violazione. Solo che quell’accertamento, in quanto necessariamente immanente all’annullamento, per giunta capace di azzerare o restringere le conseguenze pregiudizievoli testè indicate, si può conseguire, in virtù di una scelta del legislatore che non pecca di incoerenza, unicamente passando attraverso l’annullamento del provvedimento invalido: che il più delle volte sarà quello giudiziale, ma potrebbe comunque essere quello derivante dalla fruttuosa instaurazione di un ricorso straordinario o amministrativo o dall’esercizio della facoltà di autotutela da parte dell’amministrazione”.

che essere rigettata (si badi, non dichiarata inammissibile).

Infatti il Consiglio di Stato ha ritenuto preclusa per il g.a. in sede di giurisdizione di legittimità la possibilità di disapplicare il provvedimento laddove invalido (36), non sussistendo alcuna disposizione normativa in tal senso, a differenza della pur simile situazione nella materia dell'invalidità delle delibere assembleari delle società di capitali, dove l'art. 2749 *ter*, 3° co., c.c. prescrive espressamente la salvezza del risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci e ai terzi nei casi in cui l'invalidità non può più essere pronunciata a norma dei due commi precedenti.

Né sembra potersi accogliere quanto prospettato da parte della giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'autonomia dell'azione "non si pone in contraddizione con la preclusa possibilità di disapplicazione del provvedimento, in quanto disporre il rimedio risarcitorio per gli effetti prodotti dal provvedimento vuol dire proprio postulare la sua efficacia e non già quindi la sua disapplicazione; né contraddice il dovere della P.A. e degli attori dell'ordinamento di agire nel rispetto di atti amministrativi efficaci, posto che il presupposto dell'efficacia dell'atto illegittimo è esclusivamente il fatto che la P.A. lo abbia emesso e che non lo abbia ritirato" (37).

Tale assunto non sembra cogliere nel segno: infatti non vi è alcun dubbio che l'eventuale danno sia stato determinato proprio dagli effetti prodotti dall'atto; danno che, però, per essere risarcibile deve anche essere ingiusto, chè altrimenti sarebbe giuridicamente irrilevante. Appunto per l'integrazione di tale requisito e conseguentemente di tutta la fattispecie risarcitoria è necessario accertare l'illegittimità dell'atto.

In conclusione, l'impossibilità di accordare il risarcimento è determinata non dall'inammissibilità della domanda, bensì dalla mancata integrazione della fattispecie dannosa, con la conseguenza che la pretesa dovrà essere rigettata in quanto non può essere provata l'ingiustizia del danno.

(36) Secondo la nota sentenza Cons. St., sez. V, n. 154 del 26 febbraio 1992, secondo cui il potere di applicazione del g.a. deve limitarsi agli atti regolamentari illegittimi, nonché agli atti non normativi solo laddove lesivi di diritti soggettivi (conseguentemente soltanto in sede di giurisdizione esclusiva).

(37) Cons. St., sez. IV, n. 2822/07. Della stessa opinione R. GAROFOLI, *La pregiudizialità: per un superamento regolato*, in *www.giustamm.it*, n. 11/09, p. 5, secondo cui "l'evidenziazione del difetto di un generale potere di disapplicazione in capo al giudice amministrativo non pare di per se sola decisiva, sol che si consideri l'ontologica diversità delle operazioni logiche compiute dal giudice che disapplica e da quello, invece, il quale, adito con un'autonoma azione di risarcimento del danno, procede alla valutazione dell'illegittimità dell'atto reputato lesivo dall'istante: quest'ultimo, infatti, acclarata, sia pure *incidenter* e non *principaliter*, l'illegittimità della determinazione provvedimentale, non la considera *tamquam non esset* ai fini della decisione, ma al contrario pone la stessa determinazione, nella sua riscontrata contrarietà all'ordinamento, a fondamento, non certo esclusivo, della decisione di condanna. L'atto, quindi, lungi dall'essere disapplicato, accantonato pertanto ai fini della decisione, concorre nella costruzione di quel quadro di elementi, oggettivi e soggettivi, necessari perché possa reputarsi integrata la fattispecie di responsabilità dell'amministrazione".

4. La L. 69/09 e la possibile evoluzione della tutela risarcitoria

In questo quadro si inserisce la legge n. 69/09. Occorre allora valutare come possa trovare attuazione la delega in merito all'azione risarcitoria.

La necessità che il legislatore preveda espressamente un'azione autonoma, non subordinata al previo annullamento dell'atto illegittimo, è un'esigenza che non può essere più disattesa se si vuole accordare al privato vittorioso il sostanziale soddisfacimento dei propri interessi, anche in considerazione della piena attuazione dell'art. 24 Cost.

Pur tuttavia non bisogna sottovalutare i possibili problemi che deriverebbero da una siffatta soluzione. Più volte si è infatti ripetuto che la possibilità per il privato di chiedere unicamente la tutela risarcitoria e, per l'effetto, il mancato annullamento del provvedimento comporterebbe di fatto un duplice danno per la P.A. (38), in quanto da un lato sarebbe costretta a risarcire il danno, senza che però sia avvenuto, per contro, il ripristino della legalità dell'azione amministrativa.

La dottrina ha avuto modo di precisare come in realtà in molte ipotesi il costo dell'annullamento possa risultare molto più ingente rispetto a quello del mero risarcimento: "si pensi al caso della ripetizione di un concorso pubblico. A quello dell'annullamento di un piano regolatore già approvato, o a quello di un appalto pubblico, quando le prestazioni siano già in tutto o in parte eseguite: in questi casi (...) non si può negare che sarebbe decisamente più conveniente, per la finanza pubblica, risarcire i singoli (pochi) privati e mantenere in vita i provvedimenti adottati"(39). Senza considerare che la scarsità di risorse pubbliche non dovrebbero in alcun modo andare a detrimento delle tutela giurisdizionale (40).

Più difficile superare l'obiezione, sollevata da attenta dottrina, che con l'ammissibilità del risarcimento anche a prescindere dall'annullamento del-

(38) Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 603 dell'8 febbraio 2001, secondo cui vi sarebbe "un duplice danno per la collettività (...) di un'azione amministrativa scorretta ormai acquisita e di una sia pur parziale duplicazione dei relativi oneri".

(39) Così M. ALLENA, *La pregiudiziale amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1 p. 132.

Dello stesso avviso C. VARRONE *La pregiudizialità amministrativa; un mito in frantumi*, in *www.giustamm.it*, p. 2, secondo cui "può accadere che un sano pragmatismo è talvolta in grado di tutelare meglio la stessa amministrazione. Basta pensare gli effetti devastanti, sul piano finanziario, che derivano dall'azzeramento delle procedure pubblicistiche per la realizzazione di fondamentali opere infrastrutturali, che sarebbe possibile in qualche caso evitare con un modesto risarcimento a favore del contrinteressato, il cui terreno ad esempio, è stato interessato dal provvedimento ritenuto illecito e che, frattanto, è stato sospeso dal giudice amministrativo. In una recente indagine del Sole24ore era detto che il costo per la realizzazione delle opere pubbliche subisce un aumento medio del 30% a causa del contenzioso giudiziario e dei ritardi che in tal modo si accumulano".

(40) Come correttamente rileva A. ZITO, *Il danno da esercitare illegittimo della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, p.15.

l'atto si rimette "in sostanza all'interessato la possibilità di "scegliere" tra chiedere al giudice di assicurare un'effettiva giustizia nell'amministrazione e quella di lasciare in vita una situazione di ingiustizia sostanziale, purché (41) il proprio interesse economico venga soddisfatto". E' chiaro, infatti che il privato valuterà esclusivamente il proprio interesse nell'effettuare tale scelta; né sembra venire in aiuto il combinato disposto degli artt. 2056 e 1227, 2° co., c.c., perchè come sopra si è detto l'onere della prova dell'evitabilità del danno sarebbe alla P.A..

In considerazione di tali obiezioni sembra che l'eventuale previsione di un'azione risarcitoria autonoma debba essere subordinata all'inserimento di tre disposizioni, volte ad evitare che la tutela degli interessi privati si risolva in un pregiudizio eccessivo per la P.A. sarà pertanto necessario:

- un termine non eccessivamente lungo entro il quale l'azione possa essere esperita, di modo da non minare la certezza dell'azione amministrativa (42).

- una deroga espressa per tutte quelle situazioni la cui particolare delicatezza richieda necessariamente il previo esperimento dell'azione di annullamento (43).

- la limitazione al risarcimento per equivalente, non essendo possibile accordare la reintegrazione in forma specifica laddove l'atto sia rimasto efficace.

Solo in tal modo la tutela degli interessi privati trova un effettivo contemperamento dell'interesse pubblico.

(41) M.A. SANDULLI, *Finalmente definitiva certezza sul riparto di giurisdizione in tema di "comportamenti" e sulla c.d "pregiudiziale" amministrativa?*, in www.giustamm.it, p.4.

Così anche V. CESARONI, *Le ragioni (anche) dell'interesse pubblico per un diritto sempre ragionevole*, su *Rass. Adv. Stato*, n. 3/09, p. 1.

(42) Si veda Cons. St., sez. VI, n. 2436/09, che nel rimettere, come si è detto, all'adunanza plenaria la questione della pregiudizialità, ha evidenziato una possibile incompatibilità con "l'art. 81 ult. co., poiché un'azione risarcitoria svincolata dal termine di decadenza dell'azione impugnatoria determina, insieme alla riapertura di un consistente contenzioso da tempo definito, un aggravio ed una imprevedibilità di costi, impedendo una corretta programmazione della spesa pubblica".

(43) Si pensi ad es., in materia di pubblici appalti, al rischio di comportamenti collusivi tra il primo ed il secondo classificato della procedura selettiva, laddove si accordino per la non impugnazione dell'aggiudicazione e per la richiesta di risarcimento danni, determinando una grave lesione dell'interesse pubblico. Rileva il problema anche V. CESARONI, *Le ragioni (anche) dell'interesse pubblico*, cit., p. 1.

La tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo

*In attesa dell'attuazione della direttiva ricorsi n. 2007/66
e del nuovo Codice del processo amministrativo*

Alfonso Mezzotero*

PREMESSA GENERALE - L'art. 245 del Codice dei contratti pubblici ha introdotto (nei commi da 3 a 8) la tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo, indipendente dalla previa introduzione del giudizio di merito (in tal senso, appunto, *ante causam*, ossia "preventiva" o "pura", che non accede al ricorso introduttivo, né è formulata con atto separato e successivo, ma è destinata ad essere deliberata dal giudice nell'ambito di un processo incentrato esclusivamente sulla valutazione della sussistenza o meno dei presupposti per la concessione della misura richiesta).

Nel lavoro che segue vengono illustrate le ragioni della introduzione del nuovo strumento processuale nel nostro ordinamento processuale amministrativo, decisamente determinata (*rectius*: imposta) dall'influenza della giurisprudenza comunitaria nella definizione di un sistema cautelare capace di tutelare adeguatamente le posizioni soggettive di derivazione comunitaria anche innanzi ai giudici nazionali, che, peraltro, si erano già mostrati sensibili a quest'opera di tendenziale ampliamento delle cautele giurisdizionali apprestate al ricorrente privato nei confronti dell'agire (e del non agire) amministrativo.

La disciplina del nuovo rimedio di tutela preventiva se, per taluni aspetti, appare modellata sulle corrispondenti norme dettate dal codice di procedura civile, per altri se ne differenzia notevolmente in ragione delle peculiarità del processo amministrativo (è il caso, ad esempio, del procedimento *inaudita altera parte*, della non impugnabilità del provvedimento negativo e dei rimedi, azionabili anche d'ufficio, avverso il provvedimento di interinale e provvisorio di accoglimento). Il che suggerisce di esaminare i profili comuni e differenziali tra i due procedimenti, quale necessaria premessa della successiva analisi della

(*) Avvocato dello Stato.

Il presente scritto, presentato al Convegno "*Le novità del processo amministrativo*", tenutosi a Castrovillari il 31 gennaio 2009, costituisce una rielaborazione ed aggiornamento del saggio redatto dall'A. dal titolo *Il riparto di giurisdizione e gli strumenti di tutela nel codice degli appalti*, cap. XXXIX del volume *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico* (a cura di F. SAITTA), Cedam, 2008.

In un successivo scritto, di prossima pubblicazione su questa *Rassegna*, l'A. tratterà il tema della tutela cautelare secondo la legge di delega per la codificazione del processo amministrativo ed alla luce delle disposizioni della bozza di Codice del processo amministrativo.

disciplina codicistica, della quale vengono evidenziati i diversi nodi problematici, che la prassi applicativa sarà chiamata a sciogliere, proprio al fine di rendere coerente il nuovo strumento a quelle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale che ne hanno imposto l'introduzione nel nostro ordinamento processuale amministrativo. L'accento cade sulla immediatezza e rapidità della tutela, che comporta *in primis* la garanzia di una tutela cautelare immediata, con l'attribuzione al giudice della cautela del potere di adottare ogni misura necessaria ad impedire che il giudizio di merito sia *inutiliter datum*. Principio che deve, in ogni caso, necessariamente armonizzarsi con quello di garanzia del contraddittorio e di ontologica specialità del processo amministrativo, il quale verte pur sempre sulla tutela del primario interesse pubblico, che impone di evitare che il giudice amministrativo possa adottare una qualsiasi misura (anche provvisoria ed interinale) sulla base di un accertamento sommario e senza che almeno un contraddittore (P.A. o controinteressato) sia stato avvisato o messo in condizione di costituirsi. In altri termini, le ragioni del ricorrente abbisognevole di tutela cautelare non possono comportare l'azzeramento del diritto di difesa in nome dell'esigenza del principio di immediatezza della risposta giudiziale alle istanze giurisdizionali.

In questa direzione si analizzano gli esiti del dibattito sulla tutela cautelare nel processo amministrativo e sulla sua (irrinunciabile) interinalità e strumentalità rispetto all'azione di merito, opportunamente confermata dal legislatore delegato, a fronte di tendenze legislative (si vedano le recenti riforme del processo cautelare civile e del processo societario) che sembrano configurare una tutela cautelare non proprio rigorosamente interinale.

Particolare attenzione, in questo contesto, verrà dedicata all'esame dei limiti sistematici del processo in atto di "civilizzazione" del giudizio amministrativo e delle difficoltà di una sua armonizzazione con le norme del codice di procedura civile, spesso chiamate in soccorso, ma che rispondono a logiche del tutto diverse, il che è fonte di ulteriori incertezze che investono il ruolo stesso del giudice amministrativo. Del resto, il processo amministrativo, diversamente dal processo civile, diretto solo a dirimere una controversia, deve essenzialmente mirare ad assicurare che, anche nella sua azione futura, l'Amministrazione conformi il proprio operato alle regole di diritto e di buona amministrazione enunciate dalla sentenza. Detto altrimenti, il giudice amministrativo non è chiamato solo alla definizione del rapporto controverso, ma ad assicurare la "*giustizia nell'amministrazione*", in specie attraverso la tutela caducatoria e l'indicazione alla P.A. delle regole per il futuro *modus agendi*: si tratta dei noti compiti conformativi dell'azione amministrativa affidati al giudice amministrativo e che non possono essere demandati alla pronuncia cautelare, la quale deve mantenere la sua non autosufficienza rispetto al giudizio di merito, nonostante le recenti novità

intervenute prima nel diritto societario (d.lgs. n. 5/2003) e poi, in generale, nella disciplina processualciviltistica (l. n. 80/2005).

All'esito di tale indagine non poche perplessità emergono sull'effettività utilità del nuovo strumento, non foss'altro per la sua sostanziale sovrapposizione agli altri strumenti cautelari ordinari (ossia *intra litem*), che continuano ad essere privilegiati dai ricorrenti (ad oggi, le richieste di concessione di misure cautelari *ante causam* risultano davvero piuttosto limitate). In particolare, il rimedio introdotto dal Codice non sembra divergere effettivamente dall'istituto della tutela presidenziale delineata dall'art. 21, comma 9, l. TAR, che presenta caratteristiche affini a quelle della tutela cautelare *ante causam* e che meglio si cala nei meccanismi tipici del processo amministrativo.

In chiave critica, viene posta in discussione l'opinione di chi ritiene che la nuova tutela cautelare, segnata da un alto tasso di celerità, informalità e snellezza, sia destinata ad accrescere il livello di effettività della tutela, rappresentando la delibazione dell'istanza *ante causam* un momento di filtro del contenzioso amministrativo utile a deflazionare i ricorsi alla giustizia amministrativa, perché l'adozione di un provvedimento di diniego adeguatamente motivato dissuaderebbe i privati dalla proposizione di ricorsi meramente dilatori e defatiganti. Se ciò in linea teorica può avere un fondamento, tuttavia, in senso contrario occorre considerare l'onere, che grava sull'istante, di rappresentazione, sia pur sintetica, delle ragioni poste a fondamento della richiesta; sicchè, con ogni probabilità, il giudice, che dovrà giudicare *iuxta probata et alligata*, non sarà in grado, data anche la ristrettezza dei tempi, di offrire una motivazione particolarmente ampia, specie sul *fumus* (ove lo si ritenga costituire presupposto per la concessione della misura, ad onta della formulazione normativa di cui al comma 3 dell'art. 245). Dal che consegue, per un verso, che quella particolare funzione di indirizzo dell'attività amministrativa - propria della tutela cautelare "ordinaria" - può, dirsi, riguardo alla tutela cautelare *ante causam*, decisamente abbandonata; per altro verso che l'istituto non svolgerà nella pratica alcuna effettiva funzione deflattiva e di filtro; è ovvio intendere che una misura negativa non adeguatamente motivata, non dissuaderà il ricorrente dal riproporre l'istanza cautelare nelle forme ordinarie.

Quale considerazione conclusiva si rileva che l'istituto, più che rispondere ad un'effettiva esigenza di giustizia, è il portato di un obbligo di adeguamento dello Stato ai rilievi formulati in sede comunitaria e, alla prova dei fatti, potrebbe risultare di scarso impatto pratico, poiché le forme di tutela anticipata - seppur non *ante causam* - appaiono costituire sufficiente garanzia. Rispetto alla tutela cautelare monocratica di cui all'art. 21, comma 9, l. TAR, il nuovo rimedio nulla effettivamente aggiunge, limitandosi il legislatore ad esasperare i presupposti per la concessione della misura, fissando

dei requisiti di accesso alla tutela difficilmente riscontrabili in concreto. Sarà, quindi, compito dell'elaborazione giurisprudenziale disegnare i confini tra l'estrema gravità ed urgenza e l'eccezionale gravità ed urgenza, facendo oscillare il pendolo della tutela cautelare sull'uno o sull'altro polo, ma, considerato il ristretto spazio concettuale tra l'estremo e l'eccezionale, si può fondatamente prevedere la schiacciante prevalenza di uno dei due strumenti a discapito dell'altro.

Per di più, sull'utilità del nuovo strumento cautelare sembra destinata profondamente ad incidere la nuova Direttiva ricorsi 11 dicembre 2007, n. 66, che avrebbe dovuto essere attuata entro il 20 dicembre 2009, termine prorogato di novanta giorni per effetto della trasmissione dello schema di decreto legislativo attuativo al parere delle Commissioni parlamentari, ai sensi dell'art. 1, comma 3, l. 7 luglio 2009, n. 88; infatti, la previsione dello *standstill period* per portare ad esecuzione il provvedimento di aggiudicazione e, soprattutto, l'effetto sospensivo automatico del ricorso, contemplati dalla nuova direttiva, renderanno pressochè superfluo l'intervento cautelare monocratico *ante causam* e *inaudita altera parte*, il cui abbandono non dovrebbe essere rimpianto da nessuno.

In attesa che il decreto di recepimento della direttiva 2007/66 e, più in generale, il nuovo codice del processo amministrativo chiariscano il ruolo dello strumento cautelare *ante causam*, l'auspicio è che, in sede di revisione dell'art. 245 - necessaria anche in attuazione della delega di cui all'art. 44 della legge comunitaria n. 88/2009 - l'istituto possa assolvere alla medesima funzione di effettiva strumentalità ed interinalità tipica ed irrinunciabile nel nostro sistema processuale amministrativo. Ma la questione, considerata la mancata indicazione nella legge delega dei principi e criteri direttivi in ordine ai presupposti di proponibilità dell'istanza cautelare *ante causam*, non mancherà di suscitare ulteriori dibattiti, fermo restando il prevedibile non utilizzo del rimedio, neppure a fronte della sua generalizzazione con la prossima entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo.

** *** **

SOMMARIO: 1. Introduzione ed ambito dell'indagine. 2. Il quadro normativo di riferimento e le ragioni del superamento della sospensiva. 3. Il principio di effettività della tutela e della necessaria pienezza dell'intervento cautelare nella giurisprudenza evolutiva della Corte costituzionale. 4. Lo standard minimo di tutela cautelare nel processo amministrativo degli Stati membri imposto dalla Corte di Giustizia. 5. La legge n. 205/2000 di riforma del processo amministrativo positivizza la tutela cautelare atipica e propulsiva. Le tecniche del remand e le misure positive-sostitutive ed il loro vincolo conformativo sulla successiva azione amministrativa. 6. Il decreto presidenziale: la tutela cautelare provvisoria (intra litem). 7. Il decreto monocratico non costituisce uno strumento di tutela cautelare ante causam. 8. La nuova frontiera del giudizio cautelare: la tutela ante causam. Analisi dell'evoluzione giuri-

sprudenziiale interna. 9. Il modello di tutela cautelare comunitaria imposto dalla Corte di Giustizia: l'obbligo di introdurre lo strumento della tutela cautelare ante causam da assicurare anche nel processo amministrativo e le critiche della dottrina. 10. L'art. 245 del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, introduce la tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo. 11. La strumentalità della tutela cautelare quale postulato inabdicabile e non sacrificabile in nome della rapidità della risposta giurisdizionale. 12. I profili comuni e differenziali della tutela cautelare ante causam disciplinata dall'art. 245 del Codice rispetto alla tutela cautelare ante causam civile. 13. Analisi della disciplina codicistica della tutela cautelare ante causam: i presupposti dell'istanza. 14. La rilevanza d'ufficio dell'incompetenza territoriale: dalla migrazione cautelare alla tutela cautelare errante? 15. Il regime delle impugnazioni. L'efficacia ad tempus del provvedimento cautelare di accoglimento. 16. Il potere di revisione della misura cautelare. Profili problematici. 17. Contributo unificato e tutela cautelare ante causam. 18. Riflessioni conclusive sulla tutela cautelare ante causam in attesa del nuovo codice del processo amministrativo anche alla luce delle novità introdotte dalla recente direttiva 11 dicembre 2007, n. 2007/66/CE.

1. Introduzione ed ambito dell'indagine

Le riforme che nell'ultimo decennio (l. n. 205 del 2000 e l. n. 80 del 2005) hanno investito il processo amministrativo, non solo hanno contribuito ad alterarne profondamente l'originaria struttura, ma hanno operato, altresì, una incisiva trasformazione della funzione assunta dal giudice nelle liti tra privato e pubblica amministrazione. In questo rinnovato contesto il giudice amministrativo ha assunto una centralità sempre più marcata nell'assetto istituzionale se solo si considerano i nuovi delicatissimi settori economici rimessi alla sua giurisdizione esclusiva (dalla materia dei contratti pubblici ai giudizi contro gli atti delle Autorità indipendenti), che gli hanno valso l'appellativo di "*giudice naturale dell'economia*"⁽¹⁾: si tratta, ormai, di un giudice deputato non più alla sola valutazione di interessi che trascendono quelli specifici dell'amministrazione, ma anche a garantire, nell'interesse generale della società, il rispetto delle regole del mercato. Un giudice che, conseguentemente, deve assicurare una tutela certa, rapida ed effettiva, contribuendo così a garantire anche la competitività del Paese.

A partire dalla fine degli anni novanta, infatti, il legislatore ha introdotto significative novità che, superando le tradizionali restrizioni di un sistema di tutela in origine costruito come giudizio di pura demolizione giuridica, hanno determinato un clamoroso cambiamento di prospettiva, spostando il baricentro

(1) In questi termini, da ultimo, M.A. SANDULLI, *Fonti e principi*. Relazione al Convegno su "*La Codificazione del processo amministrativo nel terzo millennio*" - Roma, 20 maggio 2008. Palazzo Spada, in www.giustizia-amministrativa.it.

del momento processuale dall'atto al rapporto.

Proprio per tale ragione si pone oggi, ancor più che in passato, il problema di definire quale sia l'oggetto del giudizio amministrativo, la cui soluzione appare particolarmente rilevante, in quanto, a seconda della tesi che si preferisca adottare, differenti conseguenze discendono, sia in ordine al rapporto che intercorre tra procedimento e processo, sia in merito al ruolo assunto dal giudice in quest'ultima sede, variando profondamente, non solo i relativi poteri di cognizione e di decisione, ma anche i vincoli imposti sulla successiva attività esercitata dalla pubblica amministrazione. Com'è noto, i termini della questione sono tradizionalmente riassunti dalle formule "giudizio sull'atto" - "giudizio sul rapporto", espressioni alla base di una "*avventurosa partita giocata con la storia sul terreno dei massimi principi*"(2) tra gli assertori della concezione c.d. oggettiva della giurisdizione amministrativa ed i sostenitori di quella c.d. soggettiva: gli uni, difensori della tradizionale visione impugnatoria del momento processuale; gli altri, sostenitori della più evoluta concezione che identifica nel processo il luogo in cui deve essere operato un più ampio sindacato sul potere esercitato dalla pubblica amministrazione, al fine di risolvere il conflitto di interessi generato in tale sede dalla crisi di cooperazione nei rapporti tra quest'ultima ed il privato. Più precisamente, mentre per i teorici del giudizio sull'atto il processo decisionale amministrativo (ossia, il procedimento) assume un ruolo irrilevante per il diritto, il termine di attacco giudiziale è individuato nel solo atto amministrativo (unico parametro di riferimento per l'esame dei processi decisionali) ed il giudice assume il ruolo di "*mero controllore*" della legalità formale (c.d. legittimità-legalità) dell'azione amministrativa, non potendo fare altro che limitarsi a pronunciare una sentenza costitutiva di annullamento del provvedimento impugnato, per quella parte della dottrina che adotta la differente soluzione del giudizio sul rapporto, posto che procedimento e processo non vivono come mondi separati, ma coesistono ed assicurano entrambi una piena soddisfazione degli interessi vantati dal privato nei confronti della pubblica amministrazione, il momento procedimentale non solo configura lo schema organizzativo su cui si costruisce il rapporto tra il privato e l'amministrazione (sempre meno) domina del procedimento, ma finisce altresì per servire il processo, in quanto, rendendo trasparenti e conoscibili tutte le operazioni che precedono la formazione della decisione amministrativa finale (*id est*, il provvedimento), assicura al contempo la possibilità di operare un controllo sostanziale delle scelte che dalla pubblica amministrazione sono adottate. Ne consegue, secondo tale impostazione, che: il termine di attacco giudiziale è identificato nell'azione amministrativa (globalmente intesa) che si svolge nel procedimento; il giudice amministrativo estende la propria cognizione sull'intera attività decisionale (ossia su tutti i momenti che precedono l'emanazione del-

(2) GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 251.

l'atto finale); la sentenza, dovendo garantire la formazione di un giusto assetto degli interessi coinvolti, non può limitarsi a disporre l'annullamento dell'atto, ma deve, nei limiti della domanda fatta valere in giudizio, accertare, altresì, l'obbligo che incombe sulla pubblica amministrazione di comportarsi in un determinato senso, vuoi con una statuizione contenente un c.d. accertamento costitutivo, vuoi con una pronunzia di condanna ad un *facere* specifico (3).

Come detto, l'evoluzione legislativa (4), non solo nazionale (come si dirà), che canonizza l'evoluzione di una quasi trentennale giurisprudenza amministrativa, sembrano decisamente traguardare verso la configurazione del processo amministrativo come giudizio sul rapporto (di spettanza): l'atto amministrativo non identifica più l'esclusivo termine di attacco giudiziale ed il processo non è più finalizzato alla sola emanazione di una sentenza costitutiva di annullamento, dovendo invece aprirsi (5) alla verifica "*di ciò che nella vicenda sarebbe comunque successo se pure le dedotte illegittimità non si fossero verificate*"(6).

Le direttrici principali su cui è stata incentrata questa trasformazione sono duplici: tale evoluzione, in primo luogo è stata condotta al fine di incrementare il livello di pienezza (7) ed effettività (8) della tutela giurisdizionale assicurato

(3) Per una panoramica sulla teoria generale dell'oggetto del giudizio amministrativo, cfr. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, II, 2001, 773 ss.; *id.*, Annullabilità e annullamento (voce), in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 49 ss.

(4) Per una chiara rassegna delle novità normative che negli ultimi anni hanno contribuito alla trasformazione del processo amministrativo, allo scopo di assicurare effettività, pienezza ed immediatezza della tutela giurisdizionale, si rinvia a GAROFOLI, *La giustizia amministrativa: la strada già percorsa e gli ulteriori traguardi da raggiungere*, in www.giustamm.it; sulla pluralità delle tecniche rimediali (caducatoria, risarcitoria, di accertamento, di nullità) e sull'ammissibilità di azioni atipiche di accertamento innanzi al G.A. il rinvio è d'obbligo a CLARICH, *Tipicità delle azioni e azioni di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 557.

(5) Sul rapporto tra procedimento e processo si veda, per tutti, NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema generale di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 252 ss. In proposito, si veda, inoltre, CAIANIELLO, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 241 ss.; SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge n. 241*, *ivi*, 2006, 572 ss.

(6) In questi termini, GAROFOLI, *La giustizia amministrativa: la strada già percorsa e gli ulteriori traguardi da raggiungere*, cit.; in senso conforme, POLICE, *Amministrazione di risultati e processo amministrativo*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, secondo cui "*il giudizio amministrativo, anche quello generale di legittimità, non si limita (o non si dovrebbe più limitare) al sindacato di un singolo atto, ma dovrebbe investire l'attività complessiva dell'Amministrazione in relazione ad un determinato assetto di interessi*".

(7) In proposito, DE LISE, *La pienezza della tutela del cittadino come obiettivo "condiviso" delle magistrature supreme, Relazione al Convegno "Il ruolo del giudice: le Magistrature supreme"*, Università degli Studi Roma Tre, 18 e 19 maggio 2007, in www.giustamm.it, secondo cui effettività e pienezza di tutela costituiscono due valori distinti: mentre l'effettività è sinonimo di satisfattività, la pienezza si identifica con la completezza dei rimedi a protezione del cittadino.

(8) Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale nella teoria del processo amministrativo, si veda FIGORILLI, *La giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002; ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 653 ss.

dinnanzi al giudice amministrativo; in secondo luogo, è stata ispirata dall'esigenza di garantire una maggiore immediatezza/concentrazione/rapidità di tutela, onde consentire un giudizio più veloce ed idoneo a definire la lite tra il privato e la pubblica amministrazione entro un termine ragionevole (9).

Più precisamente, in primo luogo, l'intervento di riforma è stato operato incrementando gli originari poteri di cognizione e di decisione del giudice, con il definitivo riconoscimento in capo a quest'ultimo della possibilità di verificare la validità sostanziale dell'azione amministrativa (*id est*, la correttezza dell'assetto di interessi coinvolti nel rapporto amministrativo) e di tutelare l'interesse legittimo condannando la pubblica amministrazione al risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, ai sensi dell'art. 35, d.lgs. n. 80/1998. Ferma restando la consapevolezza della necessità di evitare una ingerenza del giudice nella sfera esclusiva dell'amministrazione (quella afferente al merito amministrativo ed alle valutazioni di pura opportunità e convenienza alla stessa spettanti, nella prospettiva dell'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico), nei diversi casi in cui l'esercizio del potere sia correlato ad attività vincolata o sia tutto al più connotato di discrezionalità tecnica, se da un lato, il giudice amministrativo, al fine di verificare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata dal ricorrente, potrebbe (*rectius*, dovrebbe) esercitare i suoi poteri cognitori operando un sindacato "diretto, pieno e sostitutivo" sugli accertamenti e sulle valutazioni preventivamente operate dalla amministrazione resistente, dall'altro, nel decidere sul ricorso questo potrebbe (*rectius*, dovrebbe) assicurare al ricorrente tutto quello e proprio tutto quello ch'egli ha diritto di conseguire condannando l'amministrazione ad un *facere specifico*. In questa direzione, il legislatore ha assicurato le condizioni per una precisa coincidenza tra oggetto dell'accertamento giudiziale pieno, specifica missione del giudice amministrativo, effettiva integrazione del momento procedimentale e di quello processuale, facendo perdere al potere di

(9) Nell'ottica dell'accelerazione dei tempi del processo amministrativo si muove anche il recente intervento legislativo di cui all'art. 54, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (in G.U. n. 147 del 25 giugno 2008 - Suppl. Ord. n. 152 - in vigore dal 25 giugno 2008), recante *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133 (in G.U. n. 195 del 21 agosto 2008 - Suppl. Ord. n. 196 - in vigore dal 22 agosto 2008), che all'art. 54 ha, tra l'altro, ridotto da dieci a cinque anni il lasso di tempo necessario per la perenzione straordinaria dei ricorsi amministrativi. La disposizione è stata accolta in modo molto critico dalla dottrina: si veda, D'ALESSANDRO, *Una norma barbara 2*, in www.lexitalia.it; *id.*, *L'efficienza del processo amministrativo tra soluzioni attuali e prospettive di riforme*, *ivi*; ILACQUA, *Brevi note sul d.l. n. 112 del 25 giugno 2008*, in www.giustamm.it; PAOLANTONIO, *Accelerazione del processo amministrativo?*, *ivi*. Da ultimo, nella stessa direzione, si muove l'art. 20, d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (in G.U. n. 280 del 29 novembre 2008 - Suppl. Ord. n. 263), recante *Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale* (su cui si veda il relativo Osservatorio in www.giustamm.it), che, all'art. 20, introduce un rito speciale per l'impugnazione dei provvedimenti previsti dallo stesso articolo, relativi a progetti facenti parte del quadro strategico nazionale.

annullamento la sua originaria ed inadeguata connotazione di rimedio esclusivo a disposizione del privato. Atteso che l'atto amministrativo identifica il momento conclusivo dell'esercizio di un potere che dopo l'annullamento giurisdizionale potrebbe (e/o dovrebbe) essere nuovamente esercitato, è allora evidente che *“la misura dell'annullamento - per quanto efficace possa apparire - non è in alcun caso sufficiente a garantire la soddisfazione dell'esigenza di tutela fatta valere con l'azione”*(10), in quanto, da un lato, qualora siano azionati interessi legittimi “pretensivi”, l'annullamento pronunciato dal giudice costituisce solo il punto di partenza che pone le premesse per la successiva riedizione del potere, unico mezzo da cui il privato potrebbe “sperare” di conseguire la piena soddisfazione della propria pretesa sostanziale; dall'altro, nel caso in cui si facciano valere interessi legittimi “oppositivi”, nulla esclude che la pubblica amministrazione dopo l'eliminazione dell'atto possa emanare un successivo provvedimento che incida per una seconda volta in senso negativo sulla posizione di vantaggio dedotta in giudizio dal ricorrente.

Secondariamente, tale evoluzione è stata realizzata introducendo e potenziando gli strumenti preordinati ad evitare i danni che potrebbero conseguire dal tempo necessario per definire l'ordinario giudizio a cognizione piena, sia mediante l'introduzione di tecniche di tutela differenziate e semplificate (artt. 23 *bis*, 26, l. TAR), sia valorizzando il sistema di tutela cautelare (art. 3, l. n. 205 del 2000), che, sebbene in origine fosse stato concepito quale *“rimedio asfittico”*(11), invocabile ad esclusiva protezione degli interessi legittimi oppositivi, è stato nel tempo modellato sui principi di atipicità e tempestività di tutela, consentendo di ottenere provvedimenti provvisori a contenuto positivo e/o propulsivo anche nei confronti degli atti cc.dd. negativi e dei comportamenti inerti della pubblica amministrazione. Ipotesi, quest'ultima, nella quale non si chiede al giudice della cautela di neutralizzare il provvedimento impugnato e di assicurare, quindi, la conservazione, in attesa della definizione del giudizio, della situazione in atto, quanto, al contrario, di intervenire con pronunce interinali a contenuto c.d. positivo o quanto meno propulsivo. L'adesione legislativa, a far data dall'entrata in vigore dell'art. 3, l. n. 205/2000, ad una concezione atipica delle tecniche di intervento cautelare, non costituisce il frutto del caso, ma rappresenta il prodotto di un graduale processo evolutivo che è partito da lontano ed è stato generato da una pluralità di causali. Se già prima che intervenissero le recenti riforme legislative la giurisprudenza nazionale, in conformità degli auspici provenienti dalla prevalente dottrina interna, aveva potenziato in via pretoria (per come appresso si illustrerà) le forme della tutela cautelare del privato nei confronti del potere amministrativo, esten-

(10) GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa* (voce), cit., 254-255.

(11) In questi termini, ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2491 ss.

dendo l'ambito di applicazione del riduttivo quadro normativo previgente a fattispecie che da questo in origine non erano contemplate, dall'altro una spinta decisiva in favore della codificazione di più incisive forme di tutela anticipatoria è, inoltre, dipesa dall'influenza prodotta ad opera della normativa e della giurisprudenza comunitaria, le quali non soltanto hanno determinato una progressiva uniformazione del diritto sostanziale, ma hanno, altresì, operato quali principali fattori di una sempre più evidente armonizzazione delle regole processuali interne.

La valorizzazione della tutela cautelare ha assunto un ruolo determinante per la trasformazione dell'oggetto del giudizio amministrativo (12): mentre l'assenza di forme di tutela sommaria e/o urgente avrebbe in passato potuto avvalorare la tradizionale concezione che qualificava il processo amministrativo come "giudizio sull'atto", dal momento che il nostro ordinamento conosceva solamente meccanismi di protezione volti ad eliminare il provvedimento illegittimo (o, quanto meno a paralizzarne temporaneamente l'operatività), a seguito delle innovazioni apportate, dapprima dalla l. n. 205/2000 e, successivamente, dal d.lgs. n. 163/2006, si potrebbe sostenere che il legislatore, dilatando (*rectius*, anticipando) le forme di protezione degli interessi legittimi, abbia contribuito ad accorciare le distanze tra amministrazione e giudice (13), aprendo così le porte ad un sempre più evidente passaggio verso un sindacato incentrato sul rapporto. Nella fase cautelare, infatti, il giudice non si limita ad un sommario sindacato della mera legittimità "estrinseca" dell'atto impugnato, ma "*entra [integrandosi]...nell'amministrazione attiva*"(14), operando una piena valutazione degli interessi sostanziali in conflitto al fine di assicurarne una provvisoria definizione, il tutto in un momento anteriore rispetto a quello in cui verrà successivamente definita la controversia nel merito.

Ciò premesso, è ora possibile circoscrivere l'ambito di questa indagine.

Nelle pagine che seguono, dopo aver analizzato l'evoluzione della tutela cautelare nel processo amministrativo, si esamineranno le ricadute prodotte

(12) Le recenti statistiche presentate in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2008 hanno rilevato che le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, nel corso dell'anno 2007, hanno emesso circa 8.000 provvedimenti cautelari; i Tribunali amministrativi regionali oltre 34.000.

(13) Così, SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 324; in senso conforme, ROMEO, *Effettività della giustizia amministrativa: mito o realtà?*, cit., secondo cui con l'emanazione della legge n. 205/2000 il Legislatore ha operato "*una saldatura tra amministrazione e giustizia amministrativa*". Del resto, il Presidente del Consiglio di Stato, Paolo Salvatore, nel discorso tenuto per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2008, ha riconosciuto che "*il giudice amministrativo, intendendo la sua missione come quella di dare giustizia definitiva alle istanze del cittadino anche al fine di conformare l'azione amministrativa, soffre nel provvedere alla tutela cautelare, ma è, tuttavia, ben consapevole che si tratta dell'unico strumento che l'ordinamento mette a disposizione per assicurare pronta ed efficace risposta agli interessi lesi*".

(14) SATTA, *op. cit.*, 324.

dall'ordinamento comunitario sul sistema di tutela cautelare nel processo amministrativo interno; successivamente, si tenterà di appurare se il livello di protezione garantito dal giudice amministrativo sia conforme allo standard minimo di tutela imposto dalla Corte di Giustizia. Questa operazione ci consentirà di verificare se l'istituto della tutela cautelare *ante causam*, introdotto dall'art. 245 del Codice dei contratti pubblici, della quale s'illustrerà la relativa disciplina, costituisca effettivamente uno strumento di tutela indispensabile ed utile per gli operatori economici, del quale il nostro sistema di giustizia amministrativa non poteva fare a meno.

2. Il quadro normativo di riferimento e le ragioni del superamento della sospensiva

Il fine cui è preordinato lo strumento cautelare in seno al processo amministrativo è quello di porre impedimento a possibili danni non riparabili, derivanti dal tempo occorrente per la definizione del giudizio, di fronte all'immediata produzione di effetti del provvedimento o del comportamento dell'Amministrazione (15). Atteso che l'impugnazione di un provvedimento amministrativo non ne sospende automaticamente l'esecutività, è fortemente sentita l'esigenza di garantire che il privato ricorrente, il quale possa vantare una pretesa fondata, quantomeno in termini probabilistici, non abbia a soffrire del tempo necessario per addivenire ad una pronuncia soddisfacente, in omaggio al principio della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale *ex artt. 24 e 113 Cost.*, nonché al principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., mutuato dall'ordinamento comunitario, in base al quale, tra l'altro, occorre assicurare ai cittadini una durata ragionevole dei giudizi (16). Ne consegue una particolare rilevanza del processo cautelare che diviene il momento centrale della causa, perché in tale sede si riesce ad avere quell'*anticipo di giustizia* che poi diventerà definitiva quando vi sarà la sentenza sul merito.

Per delineare un quadro delle più importanti tappe evolutive della tutela cautelare nel processo amministrativo occorre compiere un breve *excursus* storico che consentirà di comprendere le ragioni della radicale trasformazione

(15) In tal senso, *ex pluribus*, Cons. St., sez. V, 27 settembre 2004, n. 6301, in *Foro amm. CdS*, 2004, 2608.

(16) Sull'applicazione al processo amministrativo del principio di ragionevole durata, si veda AU-LETTA, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 4, 959; M.A. SANDULLI, *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm. Tar, Osservatorio di giustizia amministrativa*, 7-8, 2009 e in www.federalismi.it. In giurisprudenza, si segnala: Cass. civ., sez. I, 23 gennaio 2009, n. 1732, in *Foro amm. CdS*, 2009, 1, 35 ss., con nota di MARI, *La durata ragionevole del processo amministrativo: giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza come fasi distinte o congiuntamente valutabili? Considerazioni alla luce delle peculiarità del giudizio di ottemperanza rispetto all'esecuzione civile*.

di tale strumento dalla sua originaria configurazione sino alle più recenti novità disciplinatorie (l. n. 205/2000 e d.lgs. n. 163/2006) (17).

Originariamente, la tutela cautelare era disciplinata dall'art. 12 della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (l. 31 marzo 1889, n. 5992), ove si prevedeva che la proposizione del ricorso avverso l'atto amministrativo lesivo non spiegasse effetto sospensivo, salva la ricorrenza di "gravi ragioni".

La sospensione dell'efficacia del provvedimento amministrativo, all'epoca unico strumento di tutela di tipo cautelare avverso gli atti della pubblica amministrazione, nelle more della pronuncia definitiva di merito, era considerata una eccezione al principio della imperatività del provvedimento amministrativo.

Tale impianto rimase fermo con il varo del T.U. sul Consiglio di Stato (t.u. 26 giugno 1924, n. 1054), il cui art. 39 ribadiva l'esclusione dell'effetto automaticamente sospensione del ricorso e circoscriveva le ipotesi di sospensione alla sola ricorrenza di gravi ragioni.

Meramente confermativo della impostazione tradizionale risultò, poi, l'assetto normativo diviso dalla legge TAR (art. 21, comma 7, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 - *Istituzione dei tribunali amministrativi regionali*), il quale si limitava a sostituire le gravi ragioni richieste dall'art. 39, t.u. n. 1054/1924 ai fini della sospensione del provvedimento, con l'espressione "danni gravi e irreparabili", prevedendo, inoltre, l'obbligo di motivare l'ordinanza di sospensiva.

Com'è evidente, tale previsione normativa costituiva espressione di una

(17) Per una compiuta disamina di tale evoluzione storica si rinvia a RUSCICA, *Le novità in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2008, 1 ss.; in argomento, sempre in chiave ricostruttiva, DE NICOLIS, *La tutela cautelare*, in *Manuale di giustizia amministrativa* (a cura di Caringella, De Nicolis, Giovagnoli, Poli), tomo II, Roma, 2008, 55 ss., 111 ss.; ROSSI SANCHINI, *La tutela cautelare*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di Cassese), 2^a edizione, Milano, 2003, V, 4520; M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in www.federalismi.it e in corso di pubblicazione in *Foro amm. - TAR*, Osservatorio di giustizia amministrativa.

In materia di tutela cautelare nel processo amministrativo, quali opere di carattere generale, si segnalano, senza alcuna pretesa di completezza, AMMANATI, *Esperienze e prospettive del giudizio cautelare amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 865 ss.; CACCIAVILLANI, *La sospensione dell'atto amministrativo impugnato in sede giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1974, 719 ss.; CANNADA BARTOLI, *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, in *Noviss. dig. it.*, app., vol. VII, Torino, 1987, 459 ss.; FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, 1989, 646 ss.; NIGRO, *Sulla natura giuridica della sospensione da parte del Consiglio di Stato degli atti amministrativi impugnati*, in *Foro amm.*, 1941, 2 ss.; PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, 1971, 241 ss.; RAIMONDI, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 609 ss.; RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 276 ss.; ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2491 ss.; SATTA, *I presupposti della tutela cautelare. Il danno grave ed irreparabile ed il fumus boni iuris*, in *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 369 ss.; TRAVI, *Sospensione dell'atto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIV, Torino, 1999, 363 ss.; *id.*, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 329 ss.. Per una aggiornata rassegna giurisprudenziale in materia ci si permette di rinviare a MEZZOTERO, *Tutela cautelare: questioni controverse*, in CHIEPPA - LOPILATO, *Giurisprudenza amministrativa 2009*, Milano, 719 ss.

concezione squisitamente ed esclusivamente conservativa della tutela cautelare, allora coerente con il modello solo demolitorio del processo amministrativo: non vi è dubbio, infatti, che in un modello processuale nel quale la tutela invocata consiste nella mera caducazione di un atto amministrativo lesivo di preesistenti situazioni di vantaggio di cui il ricorrente è già titolare, la finalità tradizionalmente ed ontologicamente propria dello strumento cautelare - per sua natura volto ad impedire, secondo l'insegnamento chiovendiano, che la durata del processo possa risolversi in danno di chi ha ragione (18) mediante l'anticipazione provvisoria dei possibili effetti di un'eventuale decisione definitiva favorevole per il ricorrente - si realizza con la temporanea neutralizzazione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, destinata a stabilizzarsi per effetto della possibile sentenza di annullamento.

Può, quindi, affermarsi che l'ordinanza di sospensiva, come tradizionalmente intesa, cioè finalizzata a paralizzare gli effetti dell'atto amministrativo, è riconducibile al principio romanistico del *mittite ambo rem*: aspettiamo la sentenza di merito e, nel frattempo, congediamo (e congeliamo) la controversia.

L'evidente inadeguatezza di tale sistema chiuso (monistico) di tutela cautelare, originariamente concepita per la protezione delle situazioni soggettive che si traducono nell'opposizione alla disposta modificazione dell'assetto degli interessi (interessi oppositivi o statici)(19), ha imposto una profonda rivisitazione del strumento cautelare nel processo amministrativo, che si è nel tempo manifestata in conseguenza delle profonde e radicali trasformazioni che hanno attraversato la giustizia amministrativa in senso lato. L'opera di metamorfosi della classica sospensiva è stata ispirata dall'intento di renderla almeno in parte idonea ad assicurare la salvaguardia interinale di quella vasta gamma di posizioni protese alla modificazione della sfera giuridica o di azione esistente (interessi pretensivi o dinamici), suscettibili di essere vulnerate, quindi, da provvedimenti amministrativi che negano al soggetto l'innovazione a lui favorevole (*provvedimenti negativi*).

Due fundamentalmente i grandi pilastri di questo poderoso percorso evolutivo dell'intero sistema di giustizia amministrativa e, quindi, anche, quale

(18) CHIOVENDA, *Sulla "perpetuatio iurisdictionis"*, in *Foro it.*, 1923, I, 362. Il passo è citato da CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 20.

(19) Si pensi al classico esempio della espropriazione di un fondo per ragioni di pubblica utilità. Riguardo agli interessi legittimi oppositivi, il cui contenuto consiste nel trovare tutela nel mantenimento dello *status quo* antecedente all'emanazione del provvedimento amministrativo che su di esso incide, la giurisprudenza ha da sempre affermato il principio per cui l'accoglimento della domanda di sospensione cautelare da parte del giudice amministrativo, relativamente alla tutela di interessi legittimi di natura oppositiva (nella specie, a seguito dell'impugnazione di una sospensione cautelare dell'impiegato dal servizio), implica, con decorrenza di regola dalla pubblicazione della relativa ordinanza, l'automatico venir meno dell'efficacia dell'atto impugnato senza necessità dell'ulteriore attività della p.a. soccombente (Cons. St., sez. V, 14 novembre 1996, n. 1367, in *Foro amm.*, 1996, 3270).

immane corollario, della fase propriamente cautelare del processo.

Su un primo versante, il notevole incremento delle occasioni di interferenza della pubblica amministrazione nei rapporti economici, nella regolazione delle tipiche attività del c.d. “*stato del benessere*” ha contribuito mutare radicalmente la prospettiva tradizionale. I provvedimenti impugnati innanzi al giudice amministrativo sono non più esclusivamente quelli incidenti in senso sacrificativo su preesistenti situazioni di vantaggio dei privati, ma anche, e sempre più frequentemente, quelli lesivi di situazioni di aspettativa vantate dal privato a fronte della potestà amministrativa di adottare atti potenzialmente favorevoli, quali autorizzazioni, concessioni, ammissioni, approvazioni: muta, quindi, la consistenza della posizione soggettiva di cui si invoca la tutela innanzi al giudice amministrativo, destinata sempre più spesso ad atteggiarsi, non più come interesse legittimo oppositivo, volto cioè alla conservazione di una preesistente posizione sostanziale dalle aggressioni provvedimenti dell’amministrazione, ma di tipo pretensivo, in quanto diretto a conseguire quell’ampliamento della sfera giuridica o di azione in prima battuta precluso per effetto dell’atto negativo adottato dall’amministrazione (20). E’ agevole comprendere, peraltro, che in relazione ad un atto negativo la mera tutela demolitoria appare priva di un’effettiva capacità soddisfattoria dell’interesse pretensivo (21), in assenza di ulteriori prescrizioni che, destinate a connotare la decisione giurisdizionale, siano utili a sortire un effetto conformativo rispetto alla successiva riedizione del potere amministrativo (22). A fronte di siffatto potenziamento del contenuto e degli effetti della decisione di merito si rendeva necessario un corrispondente adeguamento delle tipologie e dello stesso tasso di incisività delle misure cautelari, pena la perdita di effettività della stessa tutela interinale delle posizioni soggettive a caratterizzazione pretensiva.

Il secondo fattore che ha decisamente contribuito alla radicale trasformazione del volto della giustizia amministrativa è rappresentato dalla crescente importanza assunta dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

(20) ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, op. cit., 2493. Sul punto si veda ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996, 22 ss.

(21) Un classico esempio di questa categoria di interessi legittimi è costituito dal provvedimento di esclusione di un candidato dalla partecipazione ad una procedura concorsuale: ciò che soddisfa l’interesse dell’istante è solo un provvedimento positivo che gli permetta di partecipare al concorso, a nulla servendo la mera sospensione del provvedimento negativo di esclusione. Per la distinzione tra interessi oppositivi e pretensivi, destinata a sostituire quella tra interessi statici e dinamici, NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 146 ss.

(22) CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, 127; CLARICH, *La giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di Cassese), 1^a edizione, Milano, 2000, 1773, il quale pone in luce la crisi della visione tradizionale del processo amministrativo nel quale campeggia in primo piano l’atto amministrativo e l’affermarsi, quindi, di una nuova concezione del processo volto alla conformazione del modo di esercizio del potere ed alla disciplina dell’assetto degli interessi e del rapporto giuridico tra cittadino e pubblica amministrazione.

E' evidente, infatti, che in un giudizio relativo ad atti paritetici dell'amministrazione, incidenti su rapporti connotati dalla contrapposizione tra diritti ed obblighi, la protezione interinale dei diritti non poneva più un problema di paralisi del potere della p.a. e di congelamento, quindi, di un provvedimento lesivo che non esiste o non è necessario nelle controversie di tal genere, presupponendo, invece, l'adozione di misure cautelari assimilabili a quelle di cui dispone il giudice civile e capaci, quindi, di esplicitare una funzione di volta in volta anticipatoria o conservativa delle successive ed eventuali decisioni di condanna e di accertamento mero (23).

E' maturata, allora, la piena consapevolezza della necessità di arricchire uno strumentario cautelare che, nel processo amministrativo, si presentava, per effetto dell'ultracentenario immobilismo legislativo, "molto limitato e fortemente tipizzato"(24). A ciò ha provveduto una giurisprudenza sempre più attenta a garantire, già nella fase cautelare, una tutela improntata a quel principio di effettività della protezione giurisdizionale che, desumibile da chiare indicazioni costituzionali, postula la piena salvaguardia di tutte le posizioni soggettive dedotte in giudizio, senza irragionevoli ed intollerabili discriminazioni. Sullo sfondo l'assunto della non abdicabilità della tutela interinale nella prospettiva di un'effettiva e piena salvaguardia giurisdizionale e di valorizzazione della funzione conformativa dell'attività amministrativa della decisione giurisdizionale, anche di quella cautelare (25).

Già prima del varo della l. n. 205 del 2000 erano state coniate alcune fattispecie di intervento cautelare del giudice amministrativo su provvedimenti di diniego ormai tipizzate per effetto di un reiterata, ancorché non sempre consolidata e condivisa, applicazione giurisprudenziale (26).

(23) Occorre, peraltro, al riguardo, tener conto del ridimensionamento degli spazi affidati alla giurisdizione esclusiva del G.A. conseguente alla importante sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, sulla quale si vedano il commento di M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, 4, 1230; TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lgs. 80/98 dopo la sentenza della Corte cost. 204/2004*, in *Foro it.*, 2004, 10, IV, 2594 ss.

(24) NIGRO, *Giustizia amministrativa, op. cit.*, 288.

(25) Da ultimo, in proposito, T.A.R. Lazio, sez. I, 22 settembre 2009, n. 9171, in www.giustizia-amministrativa.it, relativa all'idoneità delle decisioni del g.a. ad indirizzare il riesame del rapporto controverso (fattispecie concernente l'abuso di posizione dominante da parte dei gestori aeroportuali).

(26) Sul tema, GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in www.giustizia-amministrativa.it. Per un'ampia rassegna giurisprudenziale, si veda F. SAITTA, *La tipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo tra mito e realtà, loc. ult. cit.*, nonché MEZZOTERO, *Tutela cautelare: questioni controverse*, cit. 719 ss; SAPORITO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, Napoli, 1981. In ordine all'evoluzione giurisprudenziale sull'ambito applicativo della c.d. sospensiva, si veda ANDREIS, *Tutela cautelare, diniego di provvedimento e remand*, in *Urb.e app.*, 2009, 5, 629 ss; BARBIERI, *Sulla sospensione dei dinieghi e dei silenzi della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, 3527 ss.; BERTONAZZI, *Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei*

Quanto all'ambito applicativo della tutela cautelare in relazione ai provvedimenti negativi la dottrina (27) distingue tra atti negativi in senso improprio o, meglio, negativi ma ad effetti innovativi, ed atti negativi in senso stretto, come tali del tutto incapaci di sortire un effetto di modificazione della realtà.

Quanto alle prime, la giurisprudenza ha ritenuto applicabile la misura allora tipica della sospensiva con riguardo ai provvedimenti amministrativi che, negando l'invocata conferma di situazioni di vantaggio già attribuite al ricorrente da precedenti atti amministrativi, indirettamente producono l'effetto positivo della cessazione di quella stessa situazione: si pensi, in particolare, ai *provvedimenti di diniego di rinnovo di concessione di beni*. La giurisprudenza, già dagli anni trenta, riconoscendo al diniego di rinnovo un effetto positivo passibile di sospensione e consistente, per l'appunto, nella restituzione del bene, ha ammesso la possibilità di utilizzare il provvedimento inibitorio, così paralizzando l'attività esecutiva dell'amministrazione decisa ad imporre lo sgombero del bene (28). Tale tesi, tuttavia, non si discostava dal tradizionale orientamento inteso a concepire la sospensiva come misura volta ad incidere con effetto di temporaneo congelamento sugli effetti materiali ricollegabili all'atto impugnato: al diniego di conferma del provvedimento ampliativo, infatti, si finiva per ascrivere un effetto innovativo della realtà, consistente, come rilevato, nella doverosa restituzione del bene già in possesso del ricorrente.

La seconda fattispecie riconducibile alla categoria dei provvedimenti negativi ad effetti almeno indirettamente innovativi è quella del *diniego di esonero dal servizio militare*, in specie del provvedimento di rigetto dell'istanza

confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della pubblica amministrazione, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1208 ss.; CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 91 ss.; CARUSO, *La giustizia cautelare: i provvedimenti negativi e le ordinanze "propulsive" dei Tar*, in *Giur. amm. siciliana*, 1994, III, 1, 470 ss.; DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, 2001, 79 ss.; *id.*, *Effettività della tutela cautelare degli interessi pretensivi e poteri del giudice amministrativo*, in www.lexitalia.it; FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; *id.*, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 646 ss.; FRACCHIA, *Osservazioni in tema di misure cautelari di carattere dispositivo nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, III, 308 ss.; STICCHI DAMIANI, *Sulla sospensibilità dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 413 ss. TRAINA, *La proposizione del ricorso e la tutela cautelare*, in *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di Morbidelli), Milano, 2008, 638 ss.; TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 329 ss.; *id.*, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 174 ss.; VARRONE, *Discrezionalità amministrativa e inibitoria degli atti a contenuto negativo*, in *Foro amm.*, 1996, II, 731 ss.

(27) GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, cit.

(28) Cons. St., sez. IV, 3 marzo 1934, n. 62, ove si afferma che "può ordinarsi la sospensione di un provvedimento di concessione per coltivazione di tabacchi, poiché la revoca potrebbe produrre danni gravi ed irreparabili troncando un'impresa già avviata e facendo cadere i contratti stipulati dai ricorrenti con i coltivatori".

di dispensa. Anche in questo caso, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto l'utilizzabilità del meccanismo meramente inibitorio della sospensione dell'esecuzione facendo leva sulla ritenuta idoneità del provvedimento di diniego di esonero a produrre effetti innovativi della realtà, quale, in particolare, l'obbligo di prestare il servizio materiale con relativo espletamento da parte dell'amministrazione dell'attività necessaria ad assicurare l'adeguamento della realtà al contenuto del provvedimento: nel dettaglio, la misura inibitoria paralizzerebbe la successiva attività procedimentale altrimenti svolta dall'amministrazione, consistente, come noto, nella successiva adozione del provvedimento positivo di chiamata alle armi (29).

Un deciso cambio di prospettiva inizia a maturare nella giurisprudenza amministrativa per effetto dell'indirizzo volto ad ammettere l'utilizzabilità del meccanismo della sospensiva con riguardo ai *provvedimenti di diniego di ammissione a procedure concorsuali per l'accesso all'impiego pubblico*. E' evidente, infatti, che in tal caso l'atto di diniego non produce neanche indirettamente effetti propriamente innovativi esaurendosi il contenuto della determinazione amministrativa impugnata nella decisione dell'amministrazione di non acconsentire alla produzione degli effetti invocati dal candidato e consistenti nella sua partecipazione alla procedura selettiva. L'utilizzazione della sospensiva con riferimento a siffatta tipologia di atti postula, quindi, in primo luogo, un mutamento di prospettiva, in specie il ripudio dell'assunto inteso a far coincidere la nozione di "esecuzione" di cui al precedente art. 21, l. TAR con gli effetti materiali dell'atto e l'adesione ad una differente concezione della stessa sospensiva come misura incidente sugli effetti giuridici in senso stretto (30) prodotti dall'atto: intervenendo, infatti, sull'effetto preclusivo innescato dal diniego di ammissione alla procedura concorsuale, la sospensione finisce per produrre, attraverso la c.d. ammissione con riserva, la produzione provvisoria degli stessi effetti non voluti dall'atto impugnato.

In tal modo, tuttavia, la misura cautelare perde la sua tipica fisionomia, oltre che l'originaria destinazione funzionale: non appare più diretta a conservare *adhuc integra* la *res in iudicio deducta* in attesa delle decisione di merito, ma, al contrario, finisce per divenire strumento di temporanea trasformazione della situazione esistente, così atteggiandosi a mezzo di propulsione, anziché di mera conservazione. Ed invero, la sospensione produce l'effetto dell'ammissione con riserva alla procedura operando "*sull'effetto preclusivo del provvedimento di non ammissione*"(31): sortisce così l'effetto di consentire al

(29) Sulla sospensione del diniego di esonero dalla prestazione del servizio militare: Cass. civ., sez. un., 25 ottobre 1973, n. 3732, in *Cons. Stato*, 1973, II, 1333; Cons. St., sez. IV, ord., 23 aprile 1996, n. 575 e ord., 2 aprile 1996, n. 456, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

(30) FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, op. cit., 661.

(31) Cons. St., ad. pl., 8 ottobre 1982, n. 17, in *Cons. Stato*, 1982, I, 1197 ss., sulla quale si legga il commento di POLIZZI, *La sospensiva sul diniego di ammissione all'esame di maturità*, in *Rass. avv.*

ricorrente la partecipazione alle prove, non anche tuttavia il conseguimento dei benefici derivanti dal superamento delle stesse, quale l'assunzione in esito al concorso, ovvero, allorché si tratti di non ammissione agli esami, il conseguimento del titolo di studio (32). I suddetti risultati, destinati ad assicurare la realizzazione dell'interesse sostanziale del ricorrente, sono infatti subordinati, oltre che all'esito positivo delle prove, anche all'accoglimento del ricorso: l'ammissione con riserva ad un concorso, disposta con l'ordinanza cautelare del giudice amministrativo, se consente certo la partecipazione al procedimento, così evitando i pregiudizi irrimediabili altrimenti derivanti dalla preclusione opposta dall'amministrazione, "*non comporta tuttavia anche la successiva nomina con riserva, laddove il candidato risulti vincitore*".

Intrapresa, così, la strada dell'ampliamento della sfera applicativa del meccanismo sospensivo agli atti negativi, la giurisprudenza ha progressivamente arricchito la gamma dei provvedimenti di diniego sospensibili, ricomprendendovi *gli atti negativi di controllo, i provvedimenti di esclusione dalla partecipazione a procedure concorsuali per l'affidamento di appalti, i dinieghi di iscrizione in albi professionali (33), oltre che di provvedimenti ampliativi (autorizzazioni, concessioni)*.

E' evidente che, in tal modo, si è attuata, in via pretoria, una vera e propria trasformazione della portata e della funzione della tutela cautelare amministrativa, non più volta, come nell'originaria idea del legislatore, a svolgere un ruolo di mera conservazione dello stato esistente prima dell'emanazione del provvedimento impugnato, bensì anche ad assicurare le misure di volta in volta

Stato, 1983, I, 359 ss.; tale decisione ha dato occasione alle Sezioni unite della Corte di Cassazione di pronunciarsi sulla questione della sospensibilità dei provvedimenti negativi: Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1983, n. 5063, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 413 ss.

(32) Cons. St., ad. pl., 8 ottobre 1982, n. 17, cit.; in precedenza, T.A.R. Lombardia, Milano, 4 luglio 1978, n. 603, in TAR, 1981, 177 ss., con nota di SELLERI, *La sospensione da parte del Tar del diniego di ammissione agli esami si maturità. Sull'ammissione con riserva alla sessione di esami di Stato per l'abilitazione all'esercizio di professioni*.

Sulla speciale disciplina recata dalla l. 17 agosto 2005, n. 168, che converte il d.l. 30 giugno 2005, n. 115, il cui art. 4, comma 2-bis, dispone che "*conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela*", si veda RUSCICA, *op. cit.*, 258 ss., ove ampi richiami dottrinali e giurisprudenziali, nonché DE SANTIS, *Abilitazione forense, sufficienza della valutazione numerica, ordinanze propulsive e vizi di legittimità*, in *Giur. merito*, 2009, 12, 3142 ss.. La questione di legittimità costituzionale di tale norma, sollevata dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione siciliana (ord. 5 giugno 2008, n. 508), in relazione agli artt. 3, 24, 25, 103, 111, comma 2, 113 e 125, comma 2, Cost., è stata dichiarata manifestamente infondata dalla Corte costituzionale con sent. 9 aprile 2009, n. 108, successivamente confermata dall'ord. 19 maggio 2009, n. 158 (entrambe in www.lexitalia.it).

(33) Sulla sospensione del diniego di iscrizione ad albi professionali: T.A.R. Umbria, 30 settembre 1980, n. 98, in *Foro amm.*, 1981, I, 639 ss., con nota di FOLLIERI, *La sospensione degli atti amministrativi*; Cons. St., sez. VI, ord. 8 marzo 1996, n. 274, in www.giustizia-amministrativa.it.

idonee a far fronte a ritardi che potrebbero rivelarsi irrimediabili, in specie anticipando i contenuti non solo della decisione definitiva, ma anche della successiva attività rinnovatoria della pubblica amministrazione ovvero quelli dell'eventuale giudizio di ottemperanza.

La cautelabilità degli interessi legittimi pretensivi è stata affermata anche precisandosi che la strumentalità della misura cautelare vada intesa in senso ampio (34), cioè con riferimento agli effetti derivanti dalle determinazioni della P.A. recettive della sentenza di merito, anche laddove si rendesse necessaria l'ottemperanza. La decisione finale del processo amministrativo, infatti, non produce soltanto l'eliminazione dell'atto impugnato, ma anche un effetto di ripristinazione ed un effetto conformativo, che vincola la successiva attività dell'amministrazione nell'esercizio del potere. È stata evidenziato, inoltre, che la funzione anticipatoria della sospensiva andasse riferita all'utilità finale del provvedimento conclusivo del procedimento e non a quella meramente strumentale derivante della sentenza caducatoria di merito.

3. Il principio di effettività della tutela e della necessaria pienezza dell'intervento cautelare nella giurisprudenza evolutiva della Corte costituzionale

A dare impulso all'esigenza di ampliare l'area del giudizio cautelare ha senza dubbio concorso, sul versante interno, la Corte costituzionale, la quale in più occasioni ha affermato l'essenzialità della tutela cautelare ai fini della effettività della tutela giurisdizionale.

Nel descrivere l'iter evolutivo della giurisprudenza del giudice delle leggi in materia è opportuno muovere dalla sentenza 27 dicembre 1974, n. 284 (35), con la quale la Consulta dichiarò l'illegittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 24 e 113 Cost., dell'art. 13, comma 4, l. 22 ottobre 1971, n. 865, che, in tema di edilizia residenziale pubblica, prevedeva la possibilità di sospendere i provvedimenti di dichiarazione di pubblica utilità, di occupazione d'urgenza e di espropriazione solo quando vi fosse “*errore grave ed evidente nell'individuazione degli immobili ovvero nell'individuazione delle persone dei proprietari*”.

Alla dichiarazione di incostituzionalità la Corte perviene sulla scorta di un percorso argomentativo inteso a rimarcare la stretta inerenza del potere cautelare di sospensione rispetto a quello, proprio della fase di merito, di annullamento dell'atto impugnato. Se è vero, infatti - sostiene il Giudice costituzionale - che l'art. 113 della Carta fondamentale rimette al legislatore ordinario

(34) Si parla, in proposito, di “strumentalità allargata”, secondo la definizione di TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro amm.*, 2000, 2488 ss., spec. 2526 ss.

(35) In Cons. Stato, 1974, 1329, nonché in *Giur. Cost.*, 1974, 3338 e 3349, con note di PROTO PISANI e PACE.

l'individuazione dei casi in cui gli atti amministrativi possono essere annullati dal giudice, non è altrettanto vero, tuttavia, che lo stesso legislatore possa ad libitum limitare o addirittura eliminare il potere strumentale di sospensione: quest'ultimo, infatti, si atteggia ad elemento connaturale e proprio di un sistema di giustizia amministrativa nel quale è accordato al giudice il potere di annullamento dell'atto impugnato.

Con tale pronuncia, quindi, la Corte, senza giungere all'affermazione della rilevanza ed essenzialità costituzionale dell'intervento cautelare nell'ottica del pieno dispiegarsi del principio di effettività della tutela giurisdizionale, si limita ad enunciare il principio di normale inerenza del potere di protezione interinale rispetto alla giurisdizione amministrativa di annullamento, giungendo a dichiarare illegittima la limitazione contemplata dall'art. 13, comma 4, l. 22 ottobre 1971, n. 865, in quanto irragionevolmente discriminatoria rispetto alla regola generale volta a consentire il pieno esercizio del potere interinale.

Ulteriore passaggio del percorso giurisprudenziale che si esamina è costituito dalla sentenza *1 febbraio 1982, n. 8* (36), con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5, ultimo comma, l. 3 gennaio 1978, n. 1, nella parte in cui escludeva l'appellabilità delle ordinanze cautelari adottate dai Tribunali amministrativi regionali nei giudizi concernenti opere pubbliche e impianti industriali.

Anche in questa decisione, tuttavia, il Giudice costituzionale, pur ribadendo l'assunto della naturale compenetrazione nell'ambito della giustizia amministrativa del procedimento cautelare con il processo di merito, non perviene ancora all'affermazione del rilievo e dell'indefettibilità costituzionale della tutela interinale: alla declaratoria di illegittimità costituzionale, infatti, la Corte giunge sulla scorta della riconosciuta rilevanza costituzionale del principio del doppio grado di giurisdizione desunto, con specifico riguardo al processo amministrativo, dall'art. 125 Cost., e della ritenuta applicabilità del principio stesso alla fase cautelare di quel processo.

Non si rinviene ancora, quindi, in questa fase del cammino interpretativo seguito dal Giudice delle leggi, l'affermazione del fondamento costituzionale della tutela cautelare.

L'assunto inizia a fare breccia nella giurisprudenza della Corte, ancorché in modo non ancora netto, con la sentenza *28 giugno 1985, n. 190* (37). Nell'occasione, la Corte si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dal T.A.R. Lazio con ordinanza del 10 marzo 1980 relativa all'asserito contrasto con gli artt. 113 e 3, Cost. dell'art. 21, ultimo comma, l.

(36) In *Foro it.*, 1982, I, 329, con nota di F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*.

(37) Tra le altre, in *Foro amm.*, 1986, 1675. Sul tema della tutela cautelare dei diritti patrimoniali nel pubblico impiego prima della riforma di cui al d.lgs. n. 80/1998, si rinvia, per tutti, a DI BENEDETTO, *La tutela cautelare nel pubblico impiego nel giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1989, 1625 ss.

TAR nella parte in cui, limitando l'intervento di urgenza del giudice amministrativo alla mera sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consentiva a quel giudice di intervenire in via di urgenza nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego: in specie, il Giudice remittente aveva sottolineato la condizione di inferiorità nella quale, per effetto di siffatta lacuna processuale, venivano a trovarsi i pubblici dipendenti rispetto agli altri lavoratori subordinati per i quali l'art. 423 c.p.c. riconosceva, invece, la possibilità di ottenere, in corso di causa, ordinanza di pagamento per le somme che risultassero dovute.

Nel pervenire alla declaratoria di illegittimità, per violazione degli artt. 3 e 113 Cost., dell'art. 21, ultimo comma, l. TAR il Giudice delle leggi prende le mosse dalla valorizzazione del principio chiovendiano secondo cui la durata del processo di merito non deve andare in danno dell'attore che ha ragione: principio che, destinato a rappresentare il fondamento stesso del sistema di tutela cautelare ed a provocare l'inserzione nel codice di rito civile del procedimento cautelare di urgenza di cui all'art. 700, come noto volto ad attribuire un potere cautelare residuale, ma atipico e generale, costituisce, nella ricostruzione della Corte, *“espressione di direttiva di razionalità tutelata dall'art. 3, comma 1, e, in subiecta materia, dall'art. 113 Cost.”*. In termini ancora più espliciti, la Corte enuncia il principio secondo cui *“le quante volte il diritto assistito dal fumus boni iuris è minacciato da pregiudizio grave e irreparabile provato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta al giudice il potere di emanare i provvedimenti di urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”*: in tal modo il Giudice costituzionale finisce per innestare nel giudizio amministrativo, sia pure limitatamente alle controversie in relazione alle quali la questione di costituzionalità è sorta, una tutela cautelare atipica e in-nominata della stessa ampiezza di quella riconosciuta al giudice ordinario dall'art. 700 c.p.c.

L'enunciazione del principio di essenzialità della tutela cautelare nell'ottica dell'effettività della tutela giurisdizionale si rinviene, tuttavia, per la prima volta in termini inequivoci e chiari, nella sentenza interpretativa di rigetto *16 luglio 1996, n. 249 (38)*, con la quale la Corte costituzionale ha respinto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 31 *bis*, comma. 3, l. 11 febbraio 1994, n. 109, aggiunto dall'art. 9, d.l. 3 aprile 1995, n. 101, convertito con la l. 2 giugno

(38) In *Giust. civ.*, 1997, I, 33 ss., con nota di CARANTA, *La nuova disciplina dei ricorsi giurisdizionali in materia di appalti di lavori pubblici al vaglio della Corte costituzionale*; in *Riv. trim. app.*, 1996, 285 ss., con nota di NICODEMO, *Effettività della tutela giurisdizionale nelle gare per l'affidamento delle opere pubbliche*; in *Gior. dir. amm.*, 1997, 255 ss., con nota di COSTANTINI; in *Urb. e app.*, 1997, 51 ss., con nota di DE NICTOLIS, *La Corte si pronuncia in tema di tutela cautelare nei giudizi relativi ad opere pubbliche*; in *Corr. giur.*, 1997, 29 ss., con nota di BOSCOLO, *Tutela cautelare e opere pubbliche: un nuovo intervento della Corte Costituzionale*.

1995, n. 216, a tenore del quale nei giudizi amministrativi aventi ad oggetto controversie in materia di lavori pubblici, in relazione ai quali sia stata presentata domanda di sospensione degli atti amministrativi, l'amministrazione resistente o i controinteressati possono chiedere che la questione venga decisa nel merito: orbene la Corte, cui era stata prospettata la questione di illegittimità, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 24, 97 e 113 Cost., della disposizione illustrata se interpretata in modo da reputare preclusa la possibilità di accordare tutela cautelare in presenza della domanda di trattazione del merito, ha accolto una differente opzione ermeneutica: ha sostenuto, infatti, che l'istanza dell'amministrazione resistente o dei controinteressati di sollecita decisione nel merito dei giudizi amministrativi in materia di lavori pubblici, nei quali sia stata invocata la sospensione della esecuzione dei provvedimenti impugnati, non elimina il potere cautelare del giudice il quale, in presenza delle condizioni di legge, può pur sempre disporre la domandata sospensione. A sostegno di tale conclusione il Giudice costituzionale, lungi dal limitarsi a qualificare la tutela cautelare come elemento connaturale e proprio di un sistema di giustizia amministrativa o a richiamare il principio chiovendiano inteso come espressione di una direttiva di razionalità giuridica da collegare agli artt. 3, comma 1, e 113 Cost., sostiene espressamente che *“la disponibilità delle misure cautelari è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e costituisce espressione del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, in attuazione dell'art. 24 Cost.”*.

4. Lo standard minimo di tutela cautelare nel processo amministrativo degli Stati membri imposto dalla Corte di Giustizia

Prima di procedere alla disamina del processo giurisprudenziale di superamento dei limiti frapposti dalla previgente formulazione dell'art. 21, l. TAR al pieno dispiegarsi di un'effettiva tutela cautelare e delle successive risposte fornite al riguardo dal legislatore del 2000, giova tener conto del ruolo, senz'altro decisivo, giocato al riguardo dal diritto comunitario.

Notevoli sono, infatti, gli influssi che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha sortito sul dibattito nazionale in tema di tutela cautelare e sulla relativa evoluzione normativa, poi sfociata, come si dirà in prosieguo, nell'introduzione della tutela cautelare ante causam nel settore gli appalti pubblici ad adoperare dell'art. 245 del Codice (39). Sotto tale profilo, le pronunce della Corte di Giustizia hanno contribuito nel corso degli anni a favorire la nascita di un vero e proprio *“diritto comunitario all'effettività dei diritti”*, delineando un modello di tutela giurisdizionale ispirato ai principi di effettività nella protezione delle si-

(39) In proposito, si rinvia all'ampia disamina svolta da PICOZZA, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003, 69 ss.

tuazioni giuridiche soggettive fondate sul diritto comunitario e destinato progressivamente ad imporsi nei vari Stati membri, con l'effetto, tra l'altro, di armonizzare i sistemi di garanzie previsti dai singoli ordinamenti (40). L'armonizzazione dei sistemi di tutela dei vari Stati membri rappresenta, infatti, la condizione per garantire l'applicazione uniforme e la piena tutela delle posizioni soggettive a base comunitaria. La giurisprudenza comunitaria sembra, infatti, marciare decisamente in questa direzione, affermando il principio di uniformazione delle regole di tutela, destinato a confluire nella creazione di uno *jus commune* nel campo della giustizia amministrativa.

Con specifico riferimento al giudizio amministrativo, l'influenza della giurisprudenza comunitaria si riscontra sullo stesso oggetto del processo, che, anche in relazione alle nuove forme di tutela imposte dal diritto comunitario, si va progressivamente trasformando ed allargando, e, di conseguenza, sul ruolo del giudice amministrativo, che è chiamato ad assicurarne l'attuazione in riferimento alle situazioni soggettive sottoposte al suo vaglio. Come esposto nel paragrafo introduttivo, al giudice amministrativo è ormai sempre più marcatamente affidato il ruolo di giudice dell'economia, le cui regole sono imprescindibilmente legate al diritto europeo, con la conseguenza che il giudice amministrativo deve necessariamente guardare con sempre maggiore attenzione e priorità a tale diritto, nell'ottica di un coerente adeguamento della tutela allo *jus commune* europeo.

Merita, in proposito, sin da ora segnalare l'attenzione dei giudici comunitari per la "certezza" che deve accompagnare il godimento di una tutela effettiva, che non può essere quindi rimessa alla valutazione discrezionale del singolo giudice, ma deve essere garantita da chiare e specifiche disposizioni di legge (41). La peculiarità del nostro sistema di giustizia amministrativa, fondato su una diversa tutela dell'interesse contrapposto all'esercizio del potere pubblico (c.d.

(40) A questo proposito, CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 503 ss., individua due momenti dell'influenza comunitaria sui sistemi di tutela giurisdizionale degli Stati membri. In una prima fase, l'apporto della Corte di giustizia è più sfumato e rimette ai singoli legislatori l'individuazione delle forme di tutela, seppur nel rispetto del principio di efficacia nella protezione delle posizioni che derivano dal diritto comunitario e di non discriminazione nella definizione delle relative regole procedurali. In una seconda fase, l'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia appare più decisa, con l'affermazione del principio generale dell'effettività della tutela giurisdizionale e l'elaborazione di una specifica "politica processuale" da parte della Comunità.

(41) Si veda il punto 13 della sentenza 19 ottobre 1996 in C-236/95 contro la Grecia in tema di tutela *ante causam* e le sentenze ivi richiamate; nonché, tra le altre, 12 dicembre 2002, in C-470/99, *Universale-Bau*; 27 febbraio 2003, in C-327/00, *Santex*; 14 ottobre 2004, in C-275/03, p. 33, ove la Corte ha significativamente sottolineato che: "è importante al fine di soddisfare l'esigenza di certezza giuridica, che i singoli beneficino di una situazione chiara e precisa che consenta loro di conoscere la pienezza dei loro diritti e di avvalersene, quando occorra, dinanzi ai giudici nazionali"; e ancora, da ultimo, le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Sharpston il 7 giugno 2007, in C-241/06, contro la *Libera città anseatica di Brema*.

interesse legittimo) rispetto a quella ordinaria dei diritti vantati nei confronti dei soggetti - pubblici o privati - in situazione di equiordinazione, crea invero non facili problemi di coordinamento con un ordinamento, come quello europeo, che non conosce tale distinzione e, soprattutto, è più attento al profilo sostanziale che a quello formale dei soggetti che vi operano e dei rapporti che tra essi intercorrono, guardando piuttosto all'incidenza che essi, a prescindere dalla forma e dalla natura, sono suscettibili di esplicare sul mercato.

Il primo fondamentale elemento di incidenza del diritto comunitario sulla tutela delle posizioni giuridiche soggettive rilevanti per il nostro diritto interno è, dunque, legato a tali fattori e, *in primis*, all'inesistenza, in ambito comunitario, della categoria dell'interesse legittimo, con conseguente inammissibilità, alla stregua dei relativi principi, di una "tutela minore" per le situazioni che in Italia sono ricondotte a quest'ultima categoria. La Corte di Giustizia segue un approccio sostanziale, in quanto l'ordinamento europeo non si preoccupa del relativo problema qualificatorio (di ordine interno), occupandosi, invece, dei rimedi e dei livelli di tutela da accordare alla medesima. Quest'ottica sostanziale, inevitabilmente, comporta una standardizzazione ed unificazione dei contenuti e delle forme di tutela giurisdizionale (42).

La necessità che anche gli interessi legittimi ricevano, nell'ambito del processo amministrativo, una tutela "piena" ed "effettiva" - condizione che, come vedremo, passa, tra l'altro, per la garanzia di una valida tutela cautelare - è stata, del resto, affermata anche dalla nostra Corte costituzionale nella nota sentenza n. 204 del 2004, che ha ricostruito i fondamenti e l'essenza del nostro sistema di giustizia amministrativa.

Il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno, per consolidato indirizzo giurisprudenziale concernente tutte le norme comunitarie *self executing*, implica il diritto dei singoli, non solo di chiedere l'applicazione della normativa comunitaria innanzi alle autorità nazionali, sulle quali incombe conseguentemente l'obbligo di disapplicare la norma di diritto interno con quella incompatibile, ma anche di azionare e far valere in giudizio (sia pure nei soli confronti delle autorità pubbliche, stante il mancato riconoscimento dell'efficacia "orizzontale" delle direttive) le situazioni giuridiche soggettive fondate su norme comunitarie del tipo sopra indicato. Prendendo le mosse da tale logica implicazione dell'ormai consolidata *primauté* del diritto comunitario e appellandosi al principio dell'effetto utile dello stesso, la Corte di Giustizia si è preoccupata di garantire alle posizioni giuridiche di derivazione comunitaria una effettività di tutela, inevitabilmente interferendo, con le sue pronunce e i suoi indirizzi, sulla stessa conformazione dei mezzi di protezione predisposti dagli ordinamenti interni.

(42) BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005, 235 e s.

In particolare, la Corte di giustizia, pur continuando a rimettere agli ordinamenti nazionali la concreta individuazione delle modalità e forme di tutela, in forza del principio di autonomia procedurale dei Paesi membri contemplato dall'art. 10 (ex art. 5) del Trattato CE, ha costantemente precisato che *gli stessi ordinamenti devono garantire condizioni, non solo non inferiori rispetto a quelle previste per le posizioni fondate sul diritto nazionale* (c.d. principio di non discriminazione)(43) e, comunque, tali da non renderne impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio, ma *anche e soprattutto tali da rendere completa ed adeguata la protezione delle situazioni soggettive di origine comunitaria* (cc.dd. principi dell'effetto utile e della leale cooperazione)(44): emblematici di tale evoluzione della giurisprudenza comunitaria nel garantire la conformazione (o standardizzazione) delle tecniche di tutela previste dagli ordinamenti dei singoli Stati membri a parametri di adeguatezza ed effettività, e nella individuazione, pertanto, di uno "*standard europeo di tutela giudiziaria*"(45) delle situazioni soggettive comunitarie, sono per l'appunto gli indirizzi formati in tema di tutela cautelare.

La materia dei poteri cautelari e d'urgenza è, senza dubbio, tra quelle su cui maggiormente si è avvertito il condizionamento della giurisprudenza del giudice comunitario, volta a rafforzare le concrete possibilità di intervento del giudice nazionale, sì da offrire alle situazioni soggettive fondate sul diritto europeo una più ampia tutela interinale, quasi sempre indispensabile per garantire la pienezza e l'effettività della protezione giudiziaria (46). Tra gli aspetti che

(43) La valenza del principio in questione viene enunciata in termini particolarmente evidenti nella sentenza della Corte giust. CE 16 maggio 2000, in causa C-78/98 (*Preston*).

(44) In argomento, *ex pluribus*, Corte giust. CE 14 dicembre 1995, in causa C-321/93 (*Peterbroeck*); id., 17 settembre 1997, in causa C-54/96 (*Dorsch*).

(45) Tra i tanti contributi, in proposito, a titolo esemplificativo si segnalano: ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive nazionali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Ue.*, 2001, 41 ss.; ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999; CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992; id., *Nuove questioni sul diritto comunitario e forme di tutela giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 1993, 657; DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. Ue.*, 2001, 61 ss.; GNES, *Verso la comunitarizzazione del diritto processuale nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 524 ss.; GRECO, *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 1997, 797 ss.; MORETTINI, *L'effettività del diritto comunitario ed il processo amministrativo negli Stati membri*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2007, 723 ss.; PROTTO, *Il risarcimento in forma specifica delle situazioni giuridiche di matrice comunitaria*, in *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, ZITO - DE CAROLIS (a cura di), Milano, 2003, 39 ss.; TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, 13 ss., in part. 24.

(46) Con particolare riferimento al tema dei rapporti fra tutela cautelare nel diritto interno ed influssi del diritto comunitario, si veda: CARANTA, *Tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in CHITI E GRECO (diretto da), coordinato da CARTEI e GALETTA, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, parte generale; CONSOLO, *Fondamento 'comunitario' della giurisdizione cautelare*, in *Giur. it.*, 1991, I, col. 1123 e ss.; CONTESSA, *Tutela cautelare e diritto comunitario: spunti ricostruttivi di un rapporto difficoltoso*, in www.giustizia-amministrativa.it; MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo amministrativo comunitario*, Padova, 2004; MOSCARDINI, *Potere cau-*

sono propri dello standard minimo di tutela cautelare definito dalla Corte di Giustizia, particolare rilevanza assume poi il carattere dell'atipicità, profilo che costituisce l'espressione della sempre maggiore attenzione rivolta dai giudici comunitari all'esigenza di assicurare, non solo la *primauté* del diritto comunitario, ma anche - e soprattutto - l'effettività di tutela delle situazioni giuridiche soggettive di matrice sopranazionale.

Il cammino percorso dalla giurisprudenza comunitaria nel settore dei poteri cautelari d'urgenza è scandito da importanti pronunce.

Storica, al riguardo, la decisione del caso *Factortame*, con cui è stato affermato il dovere dei giudici nazionali di *disapplicare la norma di diritto interno* che osti alla concessione di quei provvedimenti cautelari necessari per assicurare la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale avente ad oggetto l'esistenza di posizioni giuridiche invocate in forza del diritto comunitario (47).

Parimenti rilevanti i principi enucleati nella sentenza resa nel caso *Zuckerfabrik*, nella quale la Corte di giustizia si preoccupa di assicurare il medesimo *standard* di giustizia per il caso in cui il vizio dell'atto amministrativo nazionale impugnato sia da collegare all'atto comunitario (es: un regolamento o una decisione): con tale arresto, infatti, il Giudice comunitario ha riconosciuto al giudice nazionale il potere di disporre la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento nazionale basato su un regolamento comunitario la cui legittimità sia in contestazione, osservando che *"la tutela cautelare .. garantita dal diritto comunitario ai privati davanti ai giudici nazionali non può variare a seconda che sia in contestazione la compatibilità di norme di diritto nazionale con il diritto comunitario o la validità di atti comunitari di diritto derivato, dal momento che, in entrambi i casi, la contestazione si basa sul diritto comunitario"*(48).

telare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, 1057 ss.; ROSSI SANCHINI, *La tutela cautelare*, cit., 4499 ss.; M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1, 37; SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991; TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro amm.*, 2000, 2488 ss.; G. TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv. it. di diritto pubbl. com.*, 1992, 131 ss.; VIVIANI, *Diritto comunitario e potestà cautelare dei giudici nazionali*, in *Dir. comunit. degli scambi internaz.*, 1993, 501 ss.

(47) Corte giust. com. eu. 19 giugno 1990 (in causa C-213/89), *R. c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e a.*, in *Racc.*, 1990, I-2433 ss.; e in *Foro amm.*, 1991, 1885, con nota di CARANTA, *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*.

(48) Corte giust. com. eu. 21 febbraio 1991 (in cause riunite C-143/88 e C-92/89), *Zuckerfabrick Süderdithmarschen AG - Hauptzollamt Itzehoe e Zuckerfabrick Soest GmbH*, in *Racc.* 1991, I-415 ss.; in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, 125 ss., con nota di TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*; in *Foro it.*, 1992, IV, 1 ss., con nota di BARONE, *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*.

Il punto più alto del percorso seguito dalla giurisprudenza comunitaria nel tentativo di conformare i sistemi nazionali di tutela cautelare è probabilmente raggiunto con la sentenza pronunciata nel caso *Atlanta*: alla Corte era stato sostanzialmente chiesto se, sulla scorta del diritto comunitario, al giudice nazionale fosse consentito cautelare il singolo nei confronti di provvedimenti nazionali di diniego fondati su un atto comunitario della cui validità si dubiti, adottando, quando necessario, *misure cautelari a contenuto positivo o ingiuntivo nei confronti dell'amministrazione nazionale*.

Il Giudice comunitario, ribadito, in linea con i citati precedenti, che la tutela non può essere diversa a seconda che sia in contestazione la validità di disposizioni di fonte europea ovvero proprie del diritto interno e osservato che gli artt. 185 e 186 del Trattato CE riconoscono, in uno al potere di ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, quello di porre in essere tutti i provvedimenti necessari, afferma che *“la tutela cautelare che i giudici debbono garantire ai singoli, in forza del diritto comunitario, non può variare a seconda che questi ultimi chiedano la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento nazionale adottato sulla base di un regolamento comunitario o la concessione di provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino a loro vantaggio situazioni di diritto o rapporti giuridici controversi”*(49).

La decisione assume un'importanza di primo piano per due ragioni, tra loro peraltro intimamente connesse.

Da un lato, la sentenza *Atlanta* si segnala per la valorizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale destinato, tuttavia, ad assumere consistenza autonoma, così cessando di essere mero corollario e precipitato sul versante processuale del principio di effettività del diritto comunitario: all'affermazione della regola che impone la pienezza della tutela cautelare si perviene, infatti, a prescindere dal fatto che la stessa sia strumentale alla salvaguardia dell'effetto utile del diritto europeo.

Su altro versante, la pronuncia in questione, in sintonia con l'indicata valorizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui costituisce corollario il riconoscimento di un pieno e generale potere cautelare, finisce per comportare l'estensione dello spettro delle misure cautelari adottabili a protezione delle posizioni soggettive di fonte comunitaria: queste, infatti, lungi dall'esaurirsi nella mera sospensiva dell'esecuzione dell'atto

(49) Corte giust. com. eu. 9 novembre 1995 (in causa C-465/93), *Atlanta Fruchthandellgesellschaft mbH c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, in *Racc.*, 1995, I, 3799 ss.; in *Foro amm.*, 1996, I, 1783 ss., con oss. di IANNOTTA *ivi*, 1996, 2554, con nota di CARANTA, *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva “comunitarizzazione” delle regole processuali nazionali*; in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 333 ss., con nota di CHITI, *Misure cautelari positive e effettività del diritto comunitario*; in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 991 ss., con nota di LIMBERTI, *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari positivi*.

impugnato, possono assumere anche le sembianze del provvedimento positivo. In altri termini, la Corte innalza lo standard minimo di tutela cautelare, imponendo agli ordinamenti nazionali la necessità di consentire ai giudici competenti l'emanazione di tutti i provvedimenti provvisori di volta in volta necessari; per questa via, la Corte apre definitivamente le porte al distinto principio di atipicità, legittimando così l'emanazione di misure che potrebbero eventualmente risultare idonee a modificare e/o a disciplinare le situazioni di diritto o i rapporti giuridici controversi, senza attribuire, peraltro, rilevanza alcuna ai noti problemi connessi al potere discrezionale della pubblica amministrazione nell'ordinamento nazionale.

In tal modo la Corte di Giustizia, se per un verso enuncia un principio in realtà già affermato dal nostro Giudice costituzionale con la citata sentenza n. 190 del 1985 (50), per altro finisce per riconoscergli un ambito applicativo estremamente più ampio, estendendo la tutela cautelare positiva, e quindi anche ingiuntiva, a tutte le situazioni giuridiche comunitarie indipendentemente dalla consistenza dalle stesse assunte una volta trasposte in ambito nazionale: in altri termini, può dirsi che *l'intervento interinale a connotazione positiva, anziché solo sospensiva, è ammesso non più per i soli diritti soggettivi a contenuto patrimoniale, ma anche per gli interessi legittimi a connotazione pretensiva* (51). Se si considera che, come detto, l'ordinamento comunitario non conosce la distinzione, tipica del nostro sistema giuridico, tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, se ne inferisce che, nel garantire una tutela cautelare generalizzata ed anche positiva alle posizioni soggettive create in ambito comunitario, la Corte di Giustizia fa riferimento a tutte le situazioni giuridiche soggettive che abbiano la loro fonte nella normativa di livello comunitario, quale che sia la qualificazione ad esse in concreto riconosciuta nel momento del trasferimento nell'ordinamento nazionale ed alla stregua dei criteri di classificazione propri di quest'ultimo.

In ciò, peraltro, la giurisprudenza comunitaria si allinea alle indicazioni fornite, sia pure limitatamente allo specifico settore degli appalti pubblici di

(50) In questo senso può ritenersi che, in ordine al principio di atipicità della tutela cautelare, l'influenza dei giudici del Lussemburgo c'è stata, ma piuttosto che operare in una direzione innovativa, ha prodotto, come immediata conseguenza, quella di cristallizzare i principi già affermati da una pluridecennale giurisprudenza nazionale, la quale, come esposto in precedenza nel testo, aveva fornito una lettura evolutiva del termine "sospensiva", allo scopo di assicurare una più effettiva protezione interinale degli interessi legittimi, mediante il riconoscimento della possibilità di emanare tutte le misure cautelari idonee ad evitare che la durata del processo andasse a danno del ricorrente (si pensi alle misure ordinarie emanate *sub specie* di ordinanze di ammissione con riserva a gare e/o a concorsi; alle sospensive di merito emesse con esercizio del potere di *remand*; alle misure cautelari c.d. sostitutive dei provvedimenti invocati dal ricorrente e negati dall'amministrazione).

(51) Sull'intensità ed elasticità delle misure cautelari nel modello delineato dal giudice comunitario si veda, in particolare, Corte giust., ord. pres. 24 luglio 2003, in *Foro amm. CdS*, 9, 2003, 212, ove si rimarca la discrezionalità nella valutazione del caso concreto da parte del giudice nazionale competente, senza schemi predeterminati imposti dalla normativa comunitaria.

lavori e forniture, dal legislatore europeo.

Si ha riguardo alle direttive del Consiglio CEE 21 dicembre 1989, n. 665 e 25 febbraio 1992, n. 13, che, all'art. 2, sanciscono l'obbligo a carico degli Stati membri di garantire che le autorità nazionali responsabili delle procedure di ricorso possano adottare “*con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione denunciata o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'ente aggiudicatore*”: come è stato osservato, infatti, la riportata disposizione, indicando solo in via esemplificativa il potere di sospensiva degli atti di gara, depone per il riconoscimento in capo alle autorità competenti in materia di un ben più ampio potere cautelare (52).

Le considerazioni svolte ci permettono a questo punto di verificare in che modo ed in quali termini il nostro sistema di tutela cautelare è riuscito, prima, per effetto della *l. n. 205 del 2000*, poi, in forza della introduzione da parte dell'*art. 245, d.lgs. n. 163/2006* dello strumento della tutela cautelare ante causam, ad adeguarsi ai principi di pienezza ed effettività ripetutamente enucleati ed affermati dalla giurisprudenza costituzionale e comunitaria.

5. La legge n. 205/2000 di riforma del processo amministrativo positivizza la tutela cautelare atipica e propulsiva. Le tecniche del remand e le misure positive-sostitutive ed il loro vincolo conformativo sulla successiva azione amministrativa

L'esigenza di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione sembra essere uno dei profili che maggiormente qualificano il giudizio cautelare, all'indomani della riforma del processo amministrativo, attuata con la *l. 21 luglio 2000, n. 205 (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa)*(53).

(52) CARANTA, *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva "comunitarizzazione" delle regole processuali nazionali*, cit., 2561.

(53) In generale, sul nuovo processo cautelare nella *l. n. 205 del 2000*, si segnalano, tra i molteplici contributi, CINTOLI, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2001, 3, 237 ss.; DE CAROLIS, *La tutela cautelare: le misure cautelari, presidenziali e collegiali tra atipicità ed effettività di tutela*, in CARINGELLA - PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, 218 ss.; DE NICTOLIS, *La tutela cautelare*, in *Manuale di giustizia amministrativa* (a cura di Caringella, De Nictolis, Giovagnoli, Poli), tomo II, Roma, 2008, 55 ss., 111 ss.; DI LIETO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Roma, 2001; FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare: art. 3 L. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Cons. Stato*, 2001, II, 482 ss.; FRANCO, *Manuale del nuovo diritto amministrativo. La tutela nei confronti della p.a. nel mutato quadro normativo e giurisprudenziale*, vol. II, Ipsoa, 2008, 447 ss.; GALLO, *Presidente e collegio nella tutela cautelare. Novità e prospettive nella disciplina della legge n. 205 del 2000. Relazione al convegno di studi "La nuova tutela*

L'ampliamento delle prospettive di tutela realizzatosi in tale ambito impone di riconsiderare i tradizionali confini del giudizio cautelare, tanto sotto il profilo dei possibili contenuti dei provvedimenti cautelari, quanto per quel che attiene alle modalità di accesso del ricorrente alla relativa tutela. L'intervento del legislatore sul testo dell'art. 21, l. TAR ha, infatti, profondamente inciso sull'assetto complessivo del rimedio cautelare, colmando le lacune evidenziate da giurisprudenza e dottrina in anni di applicazione della precedente normativa e recependo le sollecitazioni provenienti a livello comunitario.

In particolare, l'art. 3, l. n. 205/2000, che ha riscritto l'originario comma 7 dell'art. 21, l. TAR, dispone che il giudice amministrativo possa adottare, sempre che ricorrano i presupposti richiesti, “*le misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze, idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*”.

Come osservato dalla dottrina (54), sebbene la formula usata dal legislatore all'art. 3, comma 1, l. n. 205 del 2000 ricalchi sostanzialmente quella impiegata all'art. 700 c.p.c., la misura cautelare prevista dalla l. n. 205 del 2000, si differenzia dal provvedimento d'urgenza delineato dal codice di rito. Infatti, mentre il provvedimento di cui all'art. 700 c.p.c. è atipico e residuale rispetto alle misure cautelari tipiche adottabili dal giudice civile, non potendo essere richiesto quando possono essere adottati i rimedi tipici previsti dal codice di

cautelare nel processo amministrativo”, Roma, Palazzo Spada, 18 maggio 2001, in www.giustizia-amministrativa.it; GAROFOLI, *La nuova tutela cautelare*, in CARINGELA - GAROFOLI - POLI, *Trattato di giustizia amministrativa*, III, Milano, 2006; GAROFOLI- PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo. Provvedimenti di urgenza, tutela possessoria, decreti ingiuntivi e ordinanze ex artt. 186-bis e 186-ter c.p.c.*, Milano, 2002; GIOVANNINI, *Note di commento alla legge 21 luglio 2000, n. 205*, in www.giustizia-amministrativa.it; LUBRANO, *Limiti e poteri dell'ordinanza cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1219; NOTARPASQUALE, *La tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi alla luce della legge 205/2000 (nota a Cons. St., sez. V, 14 gennaio 2003, n. 87)*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1270; PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo* (a cura di Sassani - Villata), Torino, 2001, 19 ss.; POLICE, *Giurisdizione piena e trasformazione della tutela cautelare*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive (Atti della tavola rotonda in memoria di L. Migliorini - Perugia, 7 dicembre 2001)*, Torino, 2003, 231 ss.; RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 284 ss.; ROSSI SANCHINI, *La nuova tutela cautelare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1090 ss.; *id.*, *La tutela cautelare*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di Cassese), 2^a edizione, Milano, 2003, V, 4520; RUSCICA, *Le novità in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2008, 41 ss.; F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in www.giustizia-amministrativa.it; N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2008, 117 ss.; SANINO, *Il processo cautelare*, in *Verso il nuovo processo amministrativo* (a cura di Cerulli Irelli), Torino, 2000, 249 ss.; TRAINA, *La proposizione del ricorso e la tutela cautelare*, in *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di Morbidelli), Milano, 2008, 638 ss.; TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 7^a edizione, Torino, 2006, 276 ss.; VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 723 ss.

(54) FOLLIERI, *La fase cautelare*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 346; F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo tra mito e realtà*, in www.giustizia-amministrativa.it.

procedura civile, la misura cautelare di cui alla l. n. 205 del 2000 è sì atipica, in quanto non predeterminata, ma non è residuale, poichè è l'unica misura stabilita nel giudizio amministrativo.

Il legislatore della riforma canonizza il principio di atipicità ed elasticità della cautela (55), abbandonando, in tal modo, definitivamente l'originaria identificazione della misura cautelare invocabile nel processo amministrativo con la sola sospensiva dell'esecuzione dell'atto impugnato, in quanto tale diretta - prima della metamorfosi dalla stessa subita per effetto dell'evoluzione giurisprudenziale - ad assicurare lo *status quo* attraverso l'inibizione dell'attuazione degli effetti sostanziali ed innovativi dell'atto impugnato, così sortendo un mero effetto conservativo e anticipatorio rispetto alla sentenza di accoglimento del ricorso (56).

Il passaggio da un sistema chiuso e monistico delle tecniche di intervento cautelare ammissibili nel processo amministrativo ad un "*modello aperto, generale ed atipico*" (57) non è di per sé idoneo a chiarire l'ambito effettivo della protezione interinale accordabile alla pretesa dinamica intesa al conseguimento del bene della vita negato in prima battuta dall'amministrazione. Resta affidata all'interprete l'individuazione dei limiti interni frapposti al contenuto ed al grado di possibile incisività della misura cautelare: limiti tradizionalmente individuati, da un lato, nel carattere di strumentalità, interinalità, continenza e non autosufficienza dello stesso provvedimento cautelare rispetto alla decisione definitiva (58), di modo che il primo non può produrre conseguenze di-

(55) Una chiara definizione dei nuovi poteri cautelari del giudice amministrativo a seguito della novella del 2000 si rinviene in Cons. St., sez. IV, 30 giugno 2006, n. 4239, in *Foro amm. CdS*, 2006, 6, 1797, ove il Collegio afferma: "*Con l'accoglimento dell'istanza cautelare ai fini del riesame alla luce dei motivi di ricorso il giudice non si limita a sospendere l'atto impugnato, ma ordina all'amministrazione di riesaminare la situazione tenendo presenti i motivi di ricorso, realizzandosi così un procedimento amministrativo aperto e l'interesse legittimo si configura nella pretesa alla adeguata e completa considerazione della propria posizione in vista della sua possibile - anche se non scontata - soddisfazione; si ha, cioè, una piena integrazione tra processo e procedimento, in quanto la pronuncia cautelare, pur lasciando impregiudicato il contenuto finale del provvedimento, impone all'amministrazione di riprendere in esame l'interesse del ricorrente sul presupposto di una (più) attenta valutazione dei dati o degli elementi emersi dal ricorso, nel corso del giudizio o nella fase istruttoria giudiziale, pur restando impregiudicata la potestà finale dell'amministrazione sul contenuto della decisione*".

(56) GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

(57) ROSSI SANCHINI, *La nuova tutela cautelare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1090.

(58) Sulla strumentalità della tutela cautelare, tra i tanti, CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 621 e, da ultimo, GOISIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di tipo propulsivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, 856; PALEOLOGO, *Sospensione dell'esecuzione: II Sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo e altre misure cautelari*, in *Enc. giur.*, vol. XXIX, Roma, 1993, 2; in proposito, TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 174, in maniera eloquente evidenzia che "*lo scopo della tutela cautelare è quello di determinare un assetto interinale, tale da evitare che l'interesse di una parte possa essere gravemente o irreparabilmente compromesso dalla durata del giudizio. L'interinalità di questo assetto comporta la necessità che esso*

verse rispetto alla sentenza di merito, né assorbirla del tutto, precludendone la sua futura funzione; dall'altro, nell'esigenza di evitare che il giudice della cautela sconfini in ambiti normalmente ritenuti di esclusiva pertinenza della pubblica amministrazione cui compete la riedizione del potere all'indomani del congelamento del provvedimento negativo impugnato (59).

L'esatta definizione dei confini di entrambi questi due limiti del potere cautelare continua a suscitare delle dispute, che investono, a ben vedere, la stessa funzione del processo amministrativo ed il ruolo che il giudice amministrativo è chiamato ad esercitare.

Sul primo versante, come si osserverà in sede di osservazioni conclusive a proposito della sostanziale inutilità della tutela cautelare *ante causam* introdotta dal Codice dei contratti pubblici, è assolutamente indiscutibile (e la riforma del 2000 ne fornisce testuale conferma) che nel processo amministrativo la tutela cautelare non possa avere vita autonoma, essendo il provvedimento cautelare destinato ad essere inglobato nella decisione definitiva, poiché esso non può accordare al ricorrente qualcosa di più e di diverso di quello che potrebbe essere ottenuto con la decisione nel merito sulla domanda (*c.d. rapporto di continenza*)(60). Lo strumento cautelare, in particolar modo nel processo amministrativo, rinviene la propria giustificazione genetica nell'esigenza di assicurare l'efficacia della successiva decisione nel merito, non potendo espandersi fino a consentire la definizione della *res litigiosa*, senza che sia necessario instaurare e/o attendere l'ordinario giudizio a cognizione piena. Mancando la decisione di merito, la misura cautelare si estinguerà comunque, non potendo aspirare ad alcuna sopravvenuta stabilità, essendo la interinalità-provvisoria non meramente eventuale, ma irrinunciabile, in quanto conseguente alla natura

sia provvisorio e reversibile: esorbita da qualsiasi logica di una tutela cautelare la produzione di effetti giuridici definitivi, perché altrimenti verrebbe superata la necessità del giudizio di merito. L'ordinanza cautelare che comporti effetti giuridici definitivi usurpa uno spazio riservato alla sentenza; assume, per lo meno, i caratteri del provvedimento sommario (ma la tutela sommaria è ben altra cosa rispetto alla tutela cautelare)". In giurisprudenza, sulla provvisoria dell'assetto di interessi costituito dalla pronuncia cautelare, comunque non autosufficiente e strumentale alla sentenza di merito, si veda, *ex pluribus*, Cons. St., sez. VI, 14 gennaio 2002, ivi, 2002, 145 e in *Riv. amm. R. It.*, 2002, 135, con nota di ANDREANGELI; di recente, Cons. St., sez. V, 16 luglio 2007, n. 4026, in *Foro amm. CdS*, 2007, 7-8, 2224, secondo cui le considerazioni, anche in diritto, poste a fondamento della decisione dell'istanza di sospensione non vincolano il giudice in occasione della pronuncia definitiva di merito, e ciò in quanto la delibazione della causa in sede cautelare ha luogo solo in via provvisoria e sommaria, senza una piena cognizione degli atti di causa.

(59) GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, cit.; RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 284 s.; VIOLA, *Riforma del processo civile e giudizio amministrativo: attenuazione del principio di strumentalità della misura cautelare*, in www.giustamm.it.

(60) In giurisprudenza il principio di continenza della misura cautelare rispetto alla decisione di merito è ben definito da Cons. St., sez. IV, 6 aprile 2006, n. 1791, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1128 ss.

servente e strumentale della cautela rispetto alla decisione di merito (61). Proprio per queste caratteristiche la tutela cautelare si distingue dalla tutela sommaria non cautelare, la quale può concludersi con atti strutturalmente e funzionalmente autonomi e definitivi.

Sul secondo versante, la possibilità di disporre di ogni misura idonea a garantire interinalmente gli effetti della decisione di merito, ai sensi dell'art. 3, l. n. 205/2000, consente, come detto, allo strumento cautelare di travalicare l'ambito della mera tutela conservativa, costituita dalla sospensione del provvedimento impugnato. Tuttavia, le tecniche di tutela cautelare sganciate dal modello squisitamente inibitorio della sospensione pongono la questione della eventuale invasione del limite invalicabile costituito dalla c.d. discrezionalità pura dell'Amministrazione ed a monte della loro compatibilità con gli effetti interinali tipici della misura, di cui la dottrina dubita (62).

L'acquisita connotazione anticipatoria, consacrata nella l. n. 205/2000, ha determinato il progressivo utilizzo di due tecniche cautelari, differenti da quella classica (la sospensiva): il *remand* (noto anche con il nome di *ordinanza propulsiva*) e la misura positiva.

Si tratta di tecniche cautelari elaborate dalla giurisprudenza amministrativa allorché la disciplina positiva contemplava esclusivamente la misura cautelare inibitoria.

Nella prima, particolarmente utilizzata dai giudici amministrativi di primo grado, rientrano le ordinanze - in gergo note come propulsive, ordinatorie, sospensive di merito o *remand* - mediante le quali il giudice amministrativo, riscontrata la sussistenza dei consueti presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, non si limita a sospendere l'atto impugnato, ma sollecita l'amministrazione perché faccia luogo alla rinnovazione del procedimento ed

(61) L'applicazione in termini rigorosi del principio di strumentalità delle misure cautelari nel processo amministrativo è affermata anche dalla Suprema Corte: cfr., in particolare, Cass. civ., sez. un., 31 gennaio 2006, n. 2053, in *D&G - Dir. e giust.*, 2006, 28 ss., ove si precisa che "Le misure cautelari adottate nel processo amministrativo" presenterebbero "in forma accentuata il carattere della strumentalità".

(62) TRAVI, *Sub art. 21 l. T.A.R.*, in ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 2^a ed., Padova, 2001, 655 e 672, il quale decisamente nega che la misura cautelare possa comportare effetti rinnovatori rispetto al procedimento amministrativo, non potendo imporre all'autorità amministrativa di provvedere (o di provvedere nuovamente) sull'affare oggetto del giudizio; in senso adesivo, VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 723 ss., spec. 727; ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., 282 ss., secondo cui la misura cautelare in esame, perdendo il carattere della strumentalità, sarebbe utilizzata come "strumento di tutela d'urgenza non cautelare", facendo venire meno l'elemento discriminante della tutela sommaria rispetto a quella cautelare che, com'è noto, "è identificato nell'autonomia funzionale intesa come idoneità a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso"; dello stesso avviso è GOISIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto "propulsivo" nel processo amministrativo*, cit., 872 e TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforme*, in *Foro amm.*, 2000, 6, 2488.

al riesame del provvedimento impugnato tenendo presente i motivi di ricorso, completando l'istruttoria o valutando taluni profili, anche sostanziali, inizialmente trascurati (63). L'amministrazione viene, così, nuovamente investita della questione già portata al vaglio del giudice amministrativo attraverso l'impugnazione del (primo) provvedimento amministrativo adottato, perché la stessa faccia luogo ad una riedizione del potere ovviamente immune dai profili di illegittimità di tipo istruttorio, procedimentale o anche sostanziale *prima facie* riscontrati nella sede della cognizione cautelare ed alla luce delle censure esposte in ricorso, così come fatte proprie ed esternate dal giudice della cautela nelle espresse indicazioni contenute nella parte motiva dell'ordinanza cautelare.

Nella seconda tecnica di tutela cautelare sono ricomprese le ordinanze, propriamente positive e sostitutive, attraverso le quali il giudice adotta (nel dispositivo dell'ordinanza cautelare) direttamente le determinazioni necessarie ad evitare che il tempo occorrente per la definizione del giudizio frustri irrimediabilmente l'interesse dedotto dal ricorrente, così sortendo un effetto di temporanea ed anticipata produzione degli effetti propri del provvedimento dallo stesso invocato e negato dall'amministrazione (64). In tal caso, in modo significativamente più incisivo rispetto al *remand*, l'intervento cautelare di

(63) In giurisprudenza, sul *remand*, da ultimo, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 7 gennaio 2009, n. 10, in www.giustamm.it, ove si precisa che “*a seguito della sospensiva (in sede giurisdizionale) di un atto amministrativo negativo, sorge il dovere della Pubblica Amministrazione di riesaminare (c.d. remand) la situazione controversa regolandola nuovamente (sia pure a titolo provvisorio) tenendo conto del dictum del Giudice Amministrativo: ossia, concedendo al ricorrente il richiesto provvedimento ampliativo o anche negandolo qualora sussistano altre legittime ragioni ostative non evidenziate in precedenza*”; in precedenza, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 5 dicembre 2007, n. 12554, in *Foro amm. Tar*, 2007, 12, 3776, ove si afferma: “*essendo il remand una tecnica di tutela cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'Amministrazione l'intero potere discrezionale iniziale, senza tuttavia pregiudicarne il risultato finale, il nuovo atto, costituendo (nuova) espressione di una funzione amministrativa (e non di mera attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale), porta ad una pronuncia di estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere, ove abbia contenuto soddisfacente della pretesa azionata dal ricorrente, oppure di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, trasferendosi l'interesse del ricorrente dall'annullamento dell'atto impugnato, sostituito dal nuovo provvedimento, a quest'ultimo*”; ed ancora, Cons. St., sez. IV, 30 giugno 2006, n. 4239, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si legge che con l'esercizio del potere di *remand* “*si realizza un procedimento amministrativo aperto e l'interesse legittimo si configura nella pretesa alla adeguata e completa considerazione della propria posizione in vista della sua possibile - anche se non scontata - soddisfazione. Si realizza cioè una piena integrazione tra processo e procedimento, in quanto la pronuncia cautelare, pur lasciando impregiudicato il contenuto finale del provvedimento, impone all'amministrazione di riprendere in esame l'interesse del ricorrente sul presupposto di una (più) attenta valutazione dei dati o degli elementi emersi dal ricorso, nel corso del giudizio o nella fase istruttoria giudiziale*”.

(64) DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, 2001, 79 ss. FRACCHIA, *Osservazioni in tema di misure cautelari di carattere dispositivo nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, III, 308 ss.; F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in www.giustizia-amministrativa.it; TRAINA, *La proposizione del ricorso e la tutela cautelare*, in *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di Morbidelli), Milano, 2008, 638 ss.

tipo sostitutivo comporta che la pronuncia giudiziale tiene luogo del provvedimento invocato dal ricorrente e negato dall'amministrazione.

Per ambedue le descritte tecniche processuali si è posto il problema della loro compatibilità con il principio che vuole le misure cautelari avvinte da un nesso di strumentalità rispetto alla pronuncia destinata a definire il merito della controversia, nonché con quello inteso ad evitare lo sconfinamento del giudice in area riservata alla discrezionalità della pubblica amministrazione (65).

Come detto, lo strumento cautelare ha natura servente rispetto alla decisione di merito di cui deve garantire la fruttuosità pratica, di volta in volta anticipandone provvisoriamente gli effetti, assicurando che la situazione non venga modificata in attesa della disciplina degli effetti che sarà dettata dalla sentenza stessa ovvero, ancora, determinando il prodursi di effetti quantitativamente minori rispetto a quelli potenzialmente realizzabili a conclusione del processo. Nel processo amministrativo, il giudizio cautelare ha vita processuale autonoma, ma non produce utilità sostanziali diverse o superiori rispetto a quelle che può procurare alla parte la decisione di merito, i cui effetti essa tende a preservare nel tempo (66). Strettamente connesso con il principio di strumentalità è quello di necessaria interinalità della misura cautelare implicante la naturale provvisorietà degli effetti che essa può produrre e la conseguente inidoneità della stessa a sortire un effetto di sostanziale assorbimento della funzione propria della successiva decisione di merito, non potendo dettare una soluzione definitiva per la controversia, ragion per cui non può produrre effetti irreversibili (67). Principi, questi, non certo elisi per effetto dell'entrata in vigore della l. n. 205 del 2000 che, se certo amplia la gamma delle misure di cautela invocabili innanzi al giudice amministrativo, non modifica, invece, i connotati strutturali dell'intervento cautelare; la formulazione del nuovo art. 21, l. TAR ribadisce il carattere della necessaria coerenza effettuale del provvedimento cautelare rispetto alla decisione che definisce il merito del giudizio e quello, intimamente connesso, dell'interinalità dell'assetto di interessi determinato dall'intervento anticipato del giudice ammini-

(65) Il dibattito è illustrato da GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, cit.

(66) E' quanto costantemente sostenuto dal Consiglio di Stato, secondo cui "nel processo amministrativo il giudizio cautelare ha vita processuale autonoma, ma non produce utilità sostanziali diverse o superiori rispetto a quelle che può procurare alla parte la decisione di merito, i cui effetti essa tende a preservare nel tempo": il giudizio cautelare, quindi, è autonomo dal giudizio di merito "solo sotto l'aspetto processuale e non anche sotto il profilo sostanziale", non potendo produrre "utilità finali diverse e comunque disomogenee da quelle che la decisione di merito può procurare alla parte" (Cons. St., ad. pl., 5 settembre 1984, n. 17, in Cons. Stato, 1984, I, 971).

(67) In giurisprudenza, tra le tante, Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2005, n. 1000, in *Foro amm. CdS*, 2005, 871; Sez. VI, 7 marzo 2005, n. 902, ivi, 733; Cass. civ., sez. un., 25 febbraio 1995, n. 2149, in *Rass. giur. en. el.*, 1996, 950.

strativo (68).

Secondo un indirizzo restrittivo delineatosi in dottrina (69) e fatto proprio, talora, dal Consiglio di Stato (70), le cc.dd. ordinanze propulsive, intese ad imporre all'amministrazione la riedizione del potere esercitato, sarebbero irrimediabilmente incompatibili con le peculiarità proprie della struttura tipica della misura cautelare. Si è sostenuto, infatti, che nel caso di impugnazione di un provvedimento negativo il giudice amministrativo, in sede cautelare, non può ordinare all'amministrazione di riesaminare l'istanza del privato e di adottare così un nuovo atto con diversa motivazione, ma può solo adottare autonomamente misure d'urgenza di contenuto positivo, intese ad anticipare, in via meramente interinale, la produzione degli effetti del provvedimento richiesto dall'interessato e negato dall'amministrazione: si sconfessa, così, la prassi delle ordinanze cc.dd. propulsive, per legittimare, invece, quella delle ordinanze a contenuto autonomamente positive dirette ad anticipare, in attesa della definizione nel merito del giudizio, gli effetti dell'atto in prima battuta negato dall'amministrazione. In questa direzione si sostiene che il contenuto della misura cautelare supererebbe quello della sentenza di merito, intesa alla mera caducazione del provvedimento di diniego; dall'altro, la stessa, con il provocare l'adozione di una nuova e distinta determinazione amministrativa, sortirebbe un effetto assorbente e definitivo, così usurpando uno spazio proprio della decisione di merito.

A tale indirizzo si contrappone un orientamento, attualmente pressoché unanime, oltre che consolidato, della giurisprudenza amministrativa, avallato dalla dottrina maggioritaria (71), secondo cui la tecnica del *remand* non sol-

(68) In proposito, F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo tra mito e realtà*, cit.

(69) Per tutti, TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 174 ss., il quale osserva che “il principio di strumentalità impone di escludere che attraverso l'ordinanza cautelare possano attribuirsi utilità maggiori di quelle ipotizzabili in caso di esito vittorioso del ricorso, altrimenti il giudizio cautelare diventa una cellula impazzita del processo amministrativo, dove tutto risulta consentito indipendentemente dall'oggetto del giudizio e dai poteri del giudice rispetto al ricorso”.

(70) Cons. St., sez. V, ord. 30 maggio 2000, n. 2586, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1570; *id.*, ord. 21 giugno 1996, n. 1210, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 167, con nota di TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*; Cons. St., sez. V, ord. 21 giugno 1996, n. 1210, cit., ove il Collegio, disattendendo la tendenza dei giudici amministrativi periferici a fare un uso sempre più ampio e penetrante della tecnica del *remand*, ha osservato che nell'esame di istanze cautelari contro diniego di autorizzazione, non è consentito “ordinare all'amministrazione resistente di concedere le autorizzazioni da queste negate; l'annullamento del diniego può essere fatto solo con sentenza e non ordinato all'amministrazione; se i Tar ritengono di concedere l'autorizzazione provvisoria, e salvo vanificazione in caso di esito non favorevole al ricorrente del grado di giudizio cognitorio, devono farlo essi stessi”.

(71) ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996, 218 ss. GIALLOMBARDO, *Realtà e prospettive del processo cautelare dinanzi ai Tribunali amministrativi*, in *Miscellanea giuridica (Studi in onore di I. Scotto)*, Roma, 1992, 92 ss.; NOTARPASQUALE, *La tutela*

tanto non è in contrasto con i principi propri del sistema di tutela cautelare, ma coniuga due fondamentali esigenze: da un lato, quella di garantire, indipendentemente dalla tipologia e dalla struttura della posizione soggettiva dedotta in giudizio, un'effettività di tutela giurisdizionale rispetto alla quale l'approntamento di un adeguato sistema di intervento cautelare costituisce un inabdicabile corollario, se non un vero e proprio tratto costitutivo; dall'altro, quella che impone, per quanto possibile, il rispetto dei distinti ruoli anche costituzionalmente assegnati al giudice e all'amministrazione, alla quale è pur sempre rimessa, per effetto del contenuto propulsivo del remand, la parola ultima, salva la necessità di un nuovo intervento del giudice dell'esecuzione in caso di inerzia ed inottemperanza (72).

Peraltro, a sostegno dell'ammissibilità della tecnica del *remand* è richiamabile la nuova disciplina dei motivi aggiunti, introdotta dall'art. 1, l. n. 205 del 2000, che, modificando l'art. 21, l. n. 1034 del 1971, ha previsto in termini generali che *"Tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti"*. Come è stato osservato in giurisprudenza, l'innovazione, che permette di far confluire all'interno del giudizio tutti gli atti connessi al suo "oggetto", non va vista soltanto come uno strumento di economia processuale (73), imponendo la stessa, viceversa, di rivedere la tradizionale identificazione dell'oggetto del giudizio amministrativo con il singolo provvedimento impugnato. *"Il presupposto logico, infatti, che ha reso possibile l'estensione dell'impugnativa ai provvedimenti sopravvenuti mediante semplici motivi aggiunti all'interno del giudizio già pendente risiede in ciò, che il legislatore del 2000 ha rimodellato l'oggetto del processo amministrativo intorno alla pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente"*; la disposizione, invero, *"comporta che l'adozione di un ulteriore provvedimento, inteso ad emendare un vizio dell'atto formante oggetto di un gravame, non pone più, oggi, automaticamente fine al relativo giudizio (strutturato, innovativamente,*

cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi alla luce della legge 205/2000, nota a Cons. St., sez. V, 14 gennaio 2003, n. 87, in Dir. proc. amm., 2003, 1270); SAPORITO, Le sospensive "propulsive", in Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza (a cura di Allegretti, Orsi Battaglini, Sorace), Rimini, 1987, I, 355.

(72) BERTONAZZI, *Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1222 ss.; GAROFOLI, *op. ult. cit.*

(73) Tuttavia, secondo una parte della giurisprudenza, l'istituto dei motivi aggiunti, in corso di causa, avverso atti diversi da quelli impugnati con il ricorso principale, purchè a quelli direttamente collegati, introdotto dalla l. n. 205/2000, risponde ad esigenze di economia processuale ed è, comunque, alternativo alla riunione dei due distinti ricorsi, eventualmente proposti separatamente (per conseguire evidenti finalità di speditezza, di concertazione giudiziale e di eliminare sprechi di tempo e di danaro), ferma restando l'autonomia delle impugnative: in questi termini, T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 8 gennaio 2009, n. 15, in www.neldiritto.it; Cons. St., sez. IV, 16 ottobre 2006, n. 6170, in *Foro amm. CdS*, 2006, 10, 2776.

come giudizio sul rapporto), ma abilita semplicemente l'interessato ad integrare la sua originaria impugnativa mediante motivi aggiunti" (74). Per effetto della novella è, quindi, consentito al giudice di estendere in modo progressivo ed onnicomprensivo l'accertamento giurisdizionale alle successive determinazioni amministrative.

Orbene, l'indicata novità legislativa sembra fornire un'ulteriore conferma della correttezza della tecnica del *remand* e della sua coerenza con i connotati strutturali del sistema processuale amministrativo nel quale è destinata ad operare. Con l'ordinanza propulsiva, infatti, il giudice amministrativo, tenendo conto dei profili di illegittimità *prima facie* riscontrati nella pregressa attività amministrativa e nel provvedimento di diniego impugnato, sollecita la manifestazione di una nuova volontà amministrativa, destinata, allorché ancora negativa e sempre che non elusiva dell'obbligo di esecuzione, ad essere sottoposta in uno alla prima, al vaglio dello stesso giudice, così in grado di portare il proprio scrutinio e la conseguente decisione sul complesso ed esauritivo insieme dei profili adottati dall'amministrazione a sostegno della determinazione ostile al soddisfacimento dell'interesse pretensivo del ricorrente. In tal modo, oltre ad essere assicurata la continuità e la completezza dell'accertamento giudiziale, ormai tendenzialmente esteso alla verifica della fondatezza della pretesa avanzata dal ricorrente nei confronti dell'amministrazione, risultano inalterati e rispettati i connotati della strumentalità e provvisorietà della misura rispetto alla decisione di merito. Ed invero, pur in presenza di più atti amministrativi, impugnati in tempi diversi dal ricorrente e conosciuti in sede cautelare in momenti separati, la sentenza definitiva sarà unica, sicché non potrà sostenersi che l'originaria misura cautelare abbia sortito effetti eccedenti la cognizione di merito o che abbia definitivamente esaurito il rapporto processuale.

L'ammissibilità del *remand* e la sua coniugabilità con i caratteri ontologici propri della misura cautelare hanno trovato, di recente, piena conferma nella giurisprudenza amministrativa; infatti, la quinta Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza 19 febbraio 2007, n. 833 (75), nel riconoscere l'ammissibilità del *remand*, pare superare gli esposti contrasti interpretativi emersi in merito all'utilizzabilità, nel processo amministrativo, di siffatta tecnica di intervento

(74) T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398, in *Foro amm. Tar*, 2002, 115, 511, con nota di GALLETTA, *Recenti novità in tema di illegittimità del provvedimento amministrativo affetto da c.d. vizi formali*. Sulla nuova disciplina dei motivi aggiunti, intesa come indice della volontà del legislatore di trasformare il giudizio amministrativo in un giudizio sul rapporto, MAMELI, *Atto introduttivo e attività istruttoria*, in CARINGELLA - PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 3 ss.; in argomento, si veda, inoltre, N. SAITTA, *Sette note sui motivi aggiunti*, in www.giustamm.it; per talune osservazioni sull'evoluzione che l'istituto del ricorso per motivi aggiunti ha subito per via giurisprudenziale G. VIRGA, *L'evoluzione dell'istituto del ricorso per motivi aggiunti*, in www.lexitalia.it.

(75) In www.lexitalia.it e con annotazione in www.neldiritto.it.

cautelare. Osservano i giudici di Palazzo Spada che devono ritenersi ammesse, stante il vigente principio dell'atipicità della tutela cautelare, scolpito dall'art. 3, l. n. 205 del 2000, le misure cautelari propulsive consistenti nell'ordine, rivolto all'amministrazione, di esercitare nuovamente una determinata potestà, onde pervenire all'adozione di un atto, emendato dai vizi riscontrati in sede di cognizione giurisdizionale. Invero, il c.d. *remand* instaura un dialogo tra la giurisdizione e l'amministrazione, mirante ad orientare l'attività discrezionale della seconda nella direzione, ritenuta giuridicamente ortodossa, suggerita dalla prima. In questo senso è indiscutibile il vincolo conformativo che le ordinanze cautelari del tipo appena descritto imprimono alla potestà oggetto di vaglio giurisdizionale: di qui la sicura illegittimità di un provvedimento, adottato in seguito ad un impulso cautelare, che ignori completamente il tenore precettivo della misura di carattere propulsivo, fonte e limite della rinnovazione procedimentale.

La compatibilità o meno con il carattere di strumentalità della tutela cautelare si è posta anche per le ordinanze di tipo "sostitutivo", consistenti, come detto, in misure positive con le quali il giudice adotta direttamente le prescrizioni necessarie producendo in via anticipata gli effetti del provvedimento negato dall'amministrazione. Per queste ultime si è evidenziato che anche l'attuale formulazione dell'art. 21, l. 1034/1971, estromette dalle misure cautelari adottabili proprio quelle di tipo sostitutivo, che "*assicurano*" non già "*gli effetti della decisione sul ricorso*", come impone la norma processuale, bensì gli effetti ottenibili mediante il giudizio di ottemperanza (76). Non di meno, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che almeno sino alla riforma introdotta dall'art. 3, l. 205/2000, aveva avvertito le misure cautelari sostitutive, in più occasioni non ha ravvisato ostacolo ad ordinare, in via cautelare, l'adozione del provvedimento richiesto dal ricorrente ed illegittimamente negato dall'amministrazione. Emblematica in tal senso è la pronuncia con cui, chiamato a pronunciarsi sul provvedimento di rigetto di opposizione contro l'ammissione di un contrassegno alle elezioni per il Parlamento europeo, il massimo Organo di giustizia amministrativa, ritenuta, *prima facie*, fondata la pretesa del ricorrente di non vedere ammesso un contrassegno suscettibile di generare confusione con il proprio, ha ordinato, in sede cautelare, l'introduzione di modifiche grafiche nel contrassegno contestato (77). Altrettanto significativa è altra pronuncia con cui, di fronte ad un diniego di concessione

(76) CINTIOLI, *op. cit.*; RICCI, *op. cit.*; F. SAIITA, *op. cit.*

(77) Cons. St., sez. V, ord. 18 maggio 2004, n. 2227, in *Cons. Stato*, 2004, I, 1356; *contra*, nella vigenza dell'art. 21, l. n. 1034/1971, nella formulazione anteriore alle modifiche apportate dall'art. 3, l. 205/2000, Cons. St., sez. V, ord. 30 maggio 2000, n. 2586, *ivi*, 2000, I, 1570, ancora affermava che, nel caso di impugnazione di un diniego di autorizzazione, il giudice amministrativo, in sede cautelare, non può ordinare all'amministrazione di concedere l'autorizzazione da questa negata, potendo il diniego essere annullato soltanto con sentenza.

edilizia, dopo aver accolto l'istanza cautelare, in sede di esecuzione della relativa ordinanza, il Consiglio di Stato ha ordinato all'amministrazione di rilasciare, in via provvisoria, al ricorrente la concessione negatagli, riservandosi di nominare un commissario ad acta in caso di inadempimento (78). Nella giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali, il potere del giudice cautelare di adottare la misura positiva o sostitutiva integra principio ormai da tempo acquisito. La sospensione dell'atto di diniego impugnato, con contestuale riconoscimento in via interinale della pretesa disattesa dall'amministrazione è cautela riconosciuta di normale praticabilità (79).

Ad avviso di chi scrive, l'adozione di tali misure positive, pur non dovendosi escludere *a priori*, incontra quale limite insuperabile quello costituito dal necessario rispetto della sfera riservata alla discrezionalità valutativa dell'amministrazione, che preclude l'intervento cautelare sostitutivo del giudice. Pare, quindi, preferibile l'orientamento mediano, che distingue a seconda della natura vincolata o discrezionale dell'attività amministrativa sulla quale incide la pronuncia cautelare del giudice amministrativo; ne consegue che, mentre per le attività vincolate il giudice può spingersi fino ad ordinare all'amministrazione di adottare un atto con un certo contenuto; qualora, invece, residui uno spazio di discrezionalità in capo all'amministrazione è da ritenere che l'ordine del giudice possa avere contenuto esclusivamente procedimentale, destinato ad imporre all'amministrazione la riattivazione del procedimento, senza, tuttavia, alcuna previsione sull'esito finale, che è dipendente dal concreto esercizio che l'amministrazione riterrà di fare del proprio potere discrezionale (80).

Strettamente collegata alla tematica concernente l'adottabilità da parte del giudice amministrativo di misure cautelari ordinatorie di tipo propulsivo è quella attinente al vincolo conformativo scaturente dalla pronuncia cautelare.

Pur non trattandosi di un giudicato in senso tecnico, la pronuncia cautelare adottata dal giudice amministrativo è dotata di una sua singolare *vis inibitoria*

(78) Cons. St., sez. VI, ord. 27 settembre 2005, n. 4354, in *Cons. Stato*, 2005, I, 1662 e in www.lexitalia.it.

(79) Si veda, di recente, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, ord. 16 luglio 2008, n. 616, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha sospeso l'efficacia del diniego di rinnovo all'installazione di un gazebo a carattere stagionale, disponendo che la ricorrente potesse procedere all'installazione del manufatto nei modi assentiti precedentemente dal comune; Cons. St., sez. V, ord. 28 agosto 2007, n. 4297, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, 856, con nota di ANDREIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto propulsivo nel processo amministrativo*, ove il Collegio ha ritenuto ammissibile un'ordinanza cautelare propulsiva su un provvedimento che negava l'immissione in commercio di un farmaco.

(80) In giurisprudenza, in tal senso, si veda Cons. St., sez. IV, 30 giugno 2006, n. 4239, in *Foro amm. CdS*, 2006, 6, 1797, ove si osserva che il potere cautelare atipico conferito al giudice amministrativo "può spingersi fino alla sostituzione del giudice all'Amministrazione nelle fattispecie nelle quali lo si ritenga, per esempio in caso di attività vincolata o a bassa discrezionalità"; in dottrina accoglie questa soluzione M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit.

e a volte propulsiva o sostitutiva, alla quale soggiace la capacità di autodeterminazione e l'autonomia della pubblica amministrazione i cui provvedimenti siano stati sospesi. Anzi i suoi organi sono tenuti a dare esecuzione alle ordinanze cautelari del giudice amministrativo, e ciò risponde alla logica del sistema, tanto che nei casi di mancata esecuzione o conformazione a dette ordinanze, il ricorrente può rivolgersi ancora al giudice in sede cautelare esecutiva, ottenendone anche, se del caso, la nomina di un commissario *ad acta* per l'esecuzione (81).

Il *decisum* cautelare, sebbene caratterizzato dalla provvisorietà, determina un effetto conformativo analogo a quella della sentenza e, quindi, comporta un vincolo assoluto per l'amministrazione di attenersi, nella sua successiva attività, alla statuizione del giudice (82). L'amministrazione, pertanto, è tenuta a dare esecuzione alle ordinanze cautelari, imperative al pari delle sentenze, con la differenza che hanno minore stabilità, cessando i loro effetti con la decisione di merito; ma finché l'ordinanza cautelare non sia revocata, modificata o sostituita da una pronuncia di merito, deve essere eseguita. Anche il contenuto minimo della misura cautelare impone all'amministrazione, nel tempo in cui la stessa è efficace, di non pregiudicare in modo definitivo la posizione del ricorrente; ritenere il contrario tradirebbe la stessa natura strumentale della cautela giurisdizionale, impedendo, di fatto, che essa possa davvero assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso (art. 21, comma 8, l. TAR), e che, quindi, possa essere assicurata l'effettività della tutela giudiziale, dalla quale finirebbe per scaturire una eventuale sentenza d'accoglimento *inutiliter data* (83). Il che vale per tutte le misure cautelari, incluse quelle di tipo propulsivo e sostitutivo, ormai generalmente ammesse stante il vigente principio di atipicità della tutela cautelare, scolpito dall'art. 3, l. n. 205/2000.

Quanto alle prime, si è detto, consistono nell'ordine, rivolto all'amministrazione, di esercitare nuovamente una determinata potestà, onde pervenire all'adozione di un atto, emendato dai vizi riscontrati in sede di cognizione giurisdizionale. Il c.d. *remand* instaura un dialogo tra la giurisdizione e l'amministrazione, diretto ad orientare l'attività discrezionale della seconda nella direzione, ritenuta giuridicamente ortodossa, suggerita dalla prima. In questo senso è indiscutibile il vincolo conformativo che le ordinanze cautelari propulsive imprimono alla potestà oggetto di vaglio giurisdizionale: di qui la si-

(81) Cons. St., sez. VI, ord. 29 luglio 2004, n. 5356; T.A.R. Veneto, sez. I, ord. 22 giugno 2000, n. 1212, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

(82) Per approfondimenti, CARINGELLA, *Il giudizio di esecuzione*, in *Manuale di giustizia amministrativa* (a cura di Caringella, De Nictolis, Giovagnoli, Poli), tomo II, Roma, 2008, 596 ss.; DE NICTOLIS, *La tutela cautelare*, ivi, tomo, II, 111.

(83) DE GIOIA, *L'ottemperanza alla misura cautelare nel nuovo processo amministrativo*, in *Nuova rass.*, 2003, 691; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 2 agosto 2007, n. 1905, in *Foro amm. Tar*, 2007, 7-8, 2669.

cura illegittimità di un provvedimento, adottato in seguito ad impulso cautelare, che ignori completamente il tenore precettivo della misura di carattere propulsivo, fonte e limite della rinnovazione procedimentale (84). A seguito della sospensiva (in sede giurisdizionale) di un atto amministrativo negativo, l'Amministrazione, nell'esercizio del dovere di riesame della situazione controversa alla luce del *dictum* cautelare, potrà ovviamente concedere il richiesto provvedimento ampliativo oppure negarlo, qualora sussistano altre legittime ragioni ostative non evidenziate in precedenza (85).

Quanto alle ordinanze sostitutive, si è detto, si risolvono nell'adozione in sede cautelare di misure positive che si sovrappongono alla determinazione amministrativa *sub iudice*, attribuendo direttamente (ed interinalmente) al ricorrente l'utilità sostanziale sconosciuta dall'amministrazione, sicché a tali misure non può non riconoscersi efficacia vincolante per l'amministrazione.

Tuttavia, il vincolo conformativo scaturente dalle ordinanze cautelari dell'una e dell'altra tipologia assume una diversa intensità. Nel caso di misure cautelari di tipo positivo o sostitutivo, il loro ambito di attuazione è completamente definito dalla portata conformativa del giudicato cautelare. Nelle ordinanze emesse "*ai fini del riesame*", invece, l'obbligo di attuazione della pronuncia interinale non comporta esclusivamente un'attività di esecuzione in senso stretto, caratterizzandosi il *dictum* cautelare per una relativa povertà di contenuto ordinatorio, richiedendo una completa riedizione del procedimento conclusosi con il provvedimento impugnato, finalizzata ad eliminare i vizi (sostanziali e formali) riconosciuti *prima facie* dal giudice cautelare come fondati. Nello svolgimento di tale attività l'amministrazione gode, nell'ambito dei profili sostanziali non coperti dal giudicato cautelare, della medesima libertà di determinare il contenuto dell'atto spettantegli nel decidere in prima battuta, essendo il *remand* una tecnica di tutela cautelare che si caratterizza

(84) LABRIOLA, *Esecuzione delle statuizioni delle sospensive cautelari rimaste senza esito e possibile soluzione delle sospensive "propulsive"*, in *Nuova rass.*, 2003, 969. In giurisprudenza, si veda T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 7 gennaio 2009, n. 10, in *Urb. e app.*, 2009, 5, 629, con nota di ANDREIS, cit.; Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2007, n. 833, cit.; *id.*, sez. VI, 25 febbraio 2003, n. 1054, in *Foro it.*, 2003, III, 361; *id.*, sez. IV, 9 gennaio 2001, n. 253, in *Giur. it.*, 2001, 1273, ove significativamente si precisa che "*ai sensi dell'art. 21, comma 14 e 15, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, come novellato dall'art. 3, comma 1, l. 21 luglio 2000, n. 205, deve ritenersi che l'effetto conformativo che consegue al c.d. giudicato cautelare sia assolutamente vincolante per l'amministrazione fino ad un'eventuale difforme decisione conclusiva del giudizio di merito; infatti, il richiamo al c.d. *fumus boni iuris* e la connessa ipoteticità sintattica che sono usualmente presenti nella motivazione delle ordinanze cautelari si correlano esclusivamente alla fisiologica eventualità di un difforme esito del giudizio di merito (a cognizione piena) e non certo alla (ovviamente inconfigurabile) potestà dell'amministrazione di ribadire i propri assunti che siano difformi dal *decisum* giurisdizionale. Conseguentemente, l'Amministrazione nei cui confronti venga emessa una ordinanza cautelare che abbia definito come corrette alcune risposte date ad un questionario per l'ammissione ad un corso concorso, non può, dopo il provvedimento cautelare, sovrapporre la propria opinione a quella del giudice"; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 17 marzo 2008, n. 2421, in www.giustizia-amministrativa.it.*

(85) T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 7 gennaio 2009, n. 10, cit.

proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale, senza tuttavia pregiudicarne il risultato finale; risultando il nuovo atto espressione di una funzione amministrativa e non di mera attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale (86).

Nel caso in cui all'esito dell'esercizio del potere di riesame l'amministrazione dovesse rivedere il proprio precedente operato in modo pienamente soddisfattivo per il ricorrente (ponendo in essere delle attività e/o adottando gli atti in precedenza negati) e lo abbia fatto nel pieno e consapevole esercizio del proprio potere discrezionale, il ricorso potrebbe senza dubbio essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta cessazione della materia del contendere; in particolare, il successivo provvedimento pienamente favorevole per il ricorrente, adottato in esecuzione dell'ordinanza cautelare, determinerà:

a) l'estinzione del processo per cessazione della materia del contendere, qualora nel giudizio di merito non sia stata presentata alcuna domanda di risarcimento danni (87);

b) la cessazione della materia del contendere relativamente al capo della domanda afferente all'annullamento dell'atto impugnato, qualora dovesse permanere l'interesse del ricorso per la parte afferente alla domanda di risarcimento (88). In questa ipotesi, a nulla varrebbe opporre all'ammissibilità dell'istanza risarcitoria il tradizionale limite costituito dalla c.d. pregiudizialità amministrativa, in quanto, come peraltro è stato affermato dalla giurisprudenza amministrativa, la possibilità di ottenere un risarcimento del danno discenderebbe in via diretta dall'annullamento in via di autotutela dell'atto amministrativo (nel caso di specie, operato a seguito dell'esecuzione dell'ordinanza di *remand*).

In tal caso, l'amministrazione sostanzialmente sostituisce l'atto originariamente impugnato con un altro atto, a seguito di rinnovata ed aggiornata at-

(86) In tal senso, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 2 luglio 2007, n. 5893, in www.lexitalia.it, ove si precisa che solo con riferimento agli atti adottati in attuazione di misure cautelari di tipo positivo o sostitutorie, il principio secondo cui l'esecuzione della ordinanza di sospensione di un provvedimento di diniego non costituisce attività di autotutela e, quindi, non comporta l'improcedibilità del ricorso o la cessazione della materia del contendere, non può applicarsi nel caso di esecuzione da parte della P.A. delle ordinanze emesse "ai fini del riesame", atteso in tale ipotesi l'obbligo di attuazione della pronuncia interinale non comporta esclusivamente un'attività di esecuzione in senso stretto, caratterizzandosi il *dictum* cautelare per una relativa povertà di contenuto ordinatorio, ma richiede una completa riedizione del procedimento conclusosi con il provvedimento impugnato, finalizzata ad eliminare i vizi (sostanziali o formali) riconosciuti *prima facie* dal giudice cautelare come fondati; nello stesso senso, T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 5 aprile 2006, n. 355, in *Foro amm. Tar*, 2006, 4, 1436 e, da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 2 ottobre 2007, n. 9660, in www.giustizia-amministrativa.it.

(87) In tal senso, Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2005, n. 1089, in *Foro amm. Cds*, 2005, 3, 875; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 25 gennaio 2007, n. 521, in www.lexitalia.it.

(88) In tal senso, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 2 aprile 2008, n. 583, in www.giustizia-amministrativa.it.

tività istruttoria, autonomamente rispetto all'esecuzione del provvedimento giurisdizionale; il che determina acquiescenza al provvedimento giurisdizionale medesimo e cessazione della materia del contendere (89).

Diversamente, la mera esecuzione dell'ordinanza cautelare, in quanto attività doverosa, non dà luogo ad acquiescenza, né costituisce attività di autotutela e non determina l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse o la cessazione della materia del contendere, a meno che, come appena detto, la nuova valutazione dell'amministrazione non ecceda i limiti dell'esecuzione dell'ordinanza impugnata (90). Infatti, secondo consolidato indirizzo giurisprudenziale, nel caso in cui il giudice amministrativo abbia sospeso in sede cautelare gli effetti di un provvedimento e l'amministrazione si sia adeguata con un atto consequenziale al contenuto dell'ordinanza cautelare, non è configurabile l'improcedibilità del ricorso o la cessazione della materia del contendere - a seconda se il successivo atto sia sfavorevole o favorevole al ricorrente -, atteso che l'adozione non spontanea dell'atto consequenziale con cui l'amministrazione dà esecuzione all'ordinanza di sospensione degli effetti di un provvedimento non comporta la revoca del precedente provvedimento sospeso ed ha una rilevanza provvisoria, in attesa che la sentenza di merito accerti se il provvedimento sospeso sia o meno legittimo, salvo il caso in cui il contenuto della (motivata) ordinanza cautelare sia tanto condiviso dall'amministrazione da indurre questa a ritirare il precedente provvedimento già sospeso, sostituendolo con un nuovo atto, senza attendere il giudicato sul suo prevedibile annullamento. Diversamente opinando, la dovuta ottemperanza all'ordinanza cautelare si trasformerebbe per l'amministrazione in una rinuncia coatta al proprio diritto di difesa in giudizio (91) e finirebbe per com-

(89) Cons. St., ad. pl., 27 febbraio 2003, n. 3, in DIR. PROC. AMM., 2003, 4, 1201, con nota di ANDREIS, *L'attività successiva alla sentenza di annullamento tra acquiescenza e principio di assorbimento*; *id.*, sez. IV, 6 maggio 2004, n. 2797, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1356; T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2004, n. 2277, in www.lexitalia.it, ove ulteriori riferimenti; Cons. St., sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4165, in *Giur. it.* 2005, 184; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 2 luglio 2007, n. 5893, *cit.*; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 5 aprile 2006, n. 355, *cit.*

(90) Cons. St., sez. IV, ord. 18 novembre 2003, n. 5108, annotata da LUBRANO, *Limiti e poteri dell'ordinanza cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1219; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 1 marzo 2004, n. 1912, annotata da CAMINITI, *Possibile efficacia ultrattiva della misura cautelare propulsiva*, in *Foro amm. Tar*, 2004, 1054.; da ultimo, in tal senso, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 20 gennaio 2010, n. 583, in www.neldiritto.it, con annotazione di FIORI.

(91) Cons. St., sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7068, in *Foro amm. CdS*, 2004, 3129; *c.*, 12 dicembre 2005, n. 7039, *ivi*, 2005, 12, 3589; *id.*, 5 dicembre 2006, n. 7119, *ivi*, 2006, 12, 3295; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 7 settembre 2006, n. 8092, in *Corriere del merito*, 2006, 11, 1330 e in www.lexitalia.it, con nota di D'ANGELO, *Il provvedimento amministrativo posteriore al dictum giurisdizionale cautelare*, cui si rinvia per l'illustrazione dei due opposti orientamenti in ordine alla natura, secondo una prima tesi, meramente adempitiva e provvisoria del nuovo provvedimento ovvero, secondo un'opposta tesi, sempre provvedimentale e definitiva; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 14 marzo 2007, n. 321, in *Foro amm. Tar*, 2007, 3, 1039; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 30 luglio 2008, n. 843, *ivi*, 2008, 7/8, 1958; Cons. giust. amm., 25 maggio 2009, nn. 478 e 479, in www.giustizia-amministrativa.it.

portare uno snaturamento della struttura e della funzione della tutela cautelare che, da provvisoria e strumentale, si attergerebbe a tutela definitiva (cristallizzata al pari di un giudicato di merito), e tutto ciò in ammissibilmente a fronte di una intervenuta cognizione solo sommaria (92).

Né appaiono convincenti quelle interpretazioni che, pur partendo dal condiviso assunto di dover verificare la mera esecutività del precetto cautelare ovvero la natura autonoma del nuovo provvedimento adottato in seguito al comando giurisdizionale interinale, in concreto finiscono con l'ipotizzare la sussistenza del nesso cautelare tra il secondo ed il primo nelle sole limitate ipotesi in cui l'Amministrazione abbia rieditato un provvedimento *in toto* vincolato di forza di stringenti e puntuali direttive contenute nell'ordinanza cautelare (93). Accedendo a tali interpretazioni, l'Amministrazione si troverebbe a dovere "subire" gli effetti di un comando giurisdizionale provvisorio, anomalamente sommario ed irretrattabile, così vedendosi preclusa la possibilità di fare accertare in via giurisdizionale l'eventuale legittimità del proprio operato, con evidente palese violazione del diritto di difesa di una delle parti del giudizio; specularmente, la parte ricorrente potrebbe, in ipotesi di secondo provvedimento favorevole, conseguire un vantaggio che l'ordinamento non gli attribuisce, ma la cui spettanza non è se si è potuta accertare nella naturale sede giurisdizionale a cognizione piena.

Si aggiunga, peraltro, che, in considerazione della particolare portata confermativa delle statuizioni giurisdizionali amministrative, l'interesse dell'Amministrazione va ben al di là della definizione del caso specifico portato al vaglio giurisdizionale, dovendo essa accertare la legittimità dei suoi provvedimenti anche per i futuri comportamenti, verificando se la fondatezza e infondatezza delle censure mosse al suo operato la obblighino o meno a modificare le regole del suo comportamento (94).

6. *Il decreto presidenziale: la tutela cautelare provvisoria (intra litem)*

Uno sguardo d'insieme sulle novità introdotte dall'art. 3, l. n. 205 del 2000 rivela come l'intento del legislatore di assicurare una maggiore efficacia all'intervento cautelare risulti coordinato all'obiettivo di delineare un sistema di tutela attento alle esigenze di celerità e urgenza espresse dalla parte ricorrente. In tale ottica, se l'introduzione della tutela cautelare atipica - attraverso la previsione del potere del giudice amministrativo di adottare le misure che

(92) In questi termini T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 20 gennaio 2010, n. 583, cit.

(93) Si veda T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 25 settembre 2009, n. 1534 e T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 1 marzo 2004, n. 1912, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

(94) Cons. St., sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4165, in *Foro amm.* CdS, 2005, 7/8, 2164 e in *Giur. it.*, 2005, 184.

appaiono secondo le circostanze più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso - ha rappresentato un ampliamento della tutela in relazione alle misure adottabili dal giudice amministrativo, sono state parimenti assecondate le istanze di riduzione dei tempi per accedere a quel tipo di rimedio.

Al riguardo, rilievo decisivo ha assunto la previsione della possibilità di adottare misure cautelari con decreto presidenziale (95).

In aggiunta alla tutela cautelare collegiale di stampo tradizionale, erogata in adunanza camerale (comma 8 dell'art. 21, l. TAR), il legislatore della riforma ha introdotto la tutela cautelare monocratica, o presidenziale (comma 9 dell'art. 21, l. TAR).

Il comma 9 dell'art. 21, l. n. 1034 del 1971, introdotto dall'art. 3, comma 1, l. n. 205 del 2000, dispone che *“in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere al presidente del tribunale ammi-*

(95) Per approfondimenti, CHIEPPA- POLI, *Sui poteri del presidente del Cons. Stato e dei presidenti di sezione in ordine all'adozione di provvedimenti cautelari monocratici e sull'inammissibilità della delega di tali poteri*, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, IV, 311 ss.; CINTIOLI, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, cit.; COLOMBO ASSINI, *Il giudizio cautelare nella legge di riforma del processo amministrativo (L. 21 luglio 2000 n. 205) ed i primi orientamenti giurisprudenziali in materia di urbanistica ed appalti*, in *Riv. giur. edilizia*, 2001, II, 57; DE CAROLIS, *La tutela cautelare: le misure cautelari, presidenziali e collegiali tra atipicità ed effettività della tutela*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza* (a cura di Caringella, Protto), Milano, 2002, 271; DE NICTOLIS, *La tutela cautelare in corso di causa mediante decreto presidenziale inaudita altera parte*, in *Manuale di giustizia amministrativa* (a cura di Caringella, De Nictolis, Giovagnoli, Poli), tomo II, Roma, 2008, 120 ss.; FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare: art. 3 l. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Cons. Stato*, 2001, II, 479; GALLO, *Presidente e collegio nella tutela cautelare: novità e prospettive nella disciplina della legge n. 205 del 2000*, in www.giustizia-amministrativa.it; GAROFOLI - PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2002, 199 ss.; GUIDARELLI, *I provvedimenti cautelari monocratici nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 727; IARIA, *Provvedimenti cautelari “ante causam”*, in *La tutela cautelare nel processo amministrativo* (a cura di Rossi Sanchini), Milano, 2006, 143 ss.; LOSA, *Commento all'art. 3 l. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa, Commentario* (a cura di Travi), in *Nuove leggi civ.*, 2001, 589; MARIUZZO, *La tutela cautelare nella l. n. 205 del 2000, I*, in *Amministrare*, 2001, 235; MASSARO, *Commento all'art. 3 l. 21 luglio 2000 n. 205, II*, in *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa, Commentario* (a cura di Travi), in *Nuove leggi civ.*, 2001, 608; NAZZARO, *Il decreto presidenziale ante causam nel processo amministrativo: un ircocervo?*, in *P.Q.M.*, 2005, fasc. 1, 187; PANZAROLA, *Il processo cautelare, in Il processo davanti al giudice amministrativo* (a cura di Sassani, Villata), Torino, 2001, 54 ss.; QUERZOLA, *La tutela cautelare nella riforma del processo amministrativo: avvicinamento o allontanamento dal processo civile?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 173; RUSCICA, *Le novità in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2008, 121 ss.; SANCHINI, *La tutela cautelare*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale* (a cura di Cassese), 2^a edizione, Milano, 2003, IV, 4529; SANINO, *Il processo cautelare, in Verso il nuovo processo amministrativo* (a cura di Cerulli Irelli), Torino, 2000, 272 ss.; SIGISMONDI, *Nota a Cons. St., sez. V, decr. 24 aprile 2004, n. 1887*, in *Foro it.*, 2004, III, 373; TARULLO - LEONARDO, *Luci ed ombre in tema di tutela cautelare monocratica nel processo amministrativo*, in *Giust. amm.*, 2005, 255.

nistrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie". Il presidente provvede con decreto motivato che può essere adottato "*anche in assenza di contraddittorio*" ed è efficace sino alla camera di consiglio fissata per la trattazione della istanza cautelare.

E' del tutto evidente la funzione acceleratoria della disposizione, atteso che convocare il collegio comporta dei tempi di definizione della domanda cautelare più lunghi rispetto a quelli che si hanno con la decisione da parte di un organo monocratico.

Nonostante la indubbia innovazione rispetto al precedente assetto normativo, la disciplina sul decreto monocratico non sembra avere soddisfatto appieno le sollecitazioni al potenziamento delle tecniche di intervento cautelare del G.A. provenienti da taluni Tribunali amministrativi regionali, propensi a riconoscere (nel silenzio della legge) l'esercizio di un potere cautelare non solo monocratico ed anticipato rispetto all'instaurazione piena del contraddittorio - come quello introdotto dall'art. 21, comma 9, l. n. 1034/1971 - ma *strictu sensu ante causam* sulla falsa riga di quello previsto dall'art. 669 *ter* c.p.c.

Prima di esaminare tale questione, è utile ricostruire la disciplina cui soggiace il funzionamento del meccanismo di tutela cautelare monocratico.

In termini generali, il presupposto per l'esercizio dei poteri presidenziali (96) è costituito dall'esistenza di un pregiudizio di "*estrema gravità ed urgenza tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio*". Si ritiene che la valutazione del requisito del periculum in mora sia implicita nell'apprezzamento dell'"*estrema gravità ed urgenza*", sebbene si tratti di affermazione, come si vedrà, non pacificamente condivisa. Il decreto presidenziale ha efficacia sino all'emanazione della pronuncia del collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile. Tale misura può essere richiesta contestualmente alla domanda cautelare ovvero con autonoma istanza notificata alle controparti. Il Presidente ha la possibilità di decidere sull'istanza *inaudita altera parte* ("*anche in assenza di contraddittorio*"), purché il ricorso sia stato comunque notificato alle controparti e sempre che il giudice non ritenga, e la fattispecie lo consenta, di dover convocare le parti davanti a sé. È fatta, in ogni caso, salva la facoltà per le parti di presentare eventuali memorie scritte o chiedere di essere ascoltate.

La sussistenza di una forma di controllo da parte del Collegio nella prima camera di consiglio utile esclude l'ammissibilità dell'appello al Consiglio di

(96) La competenza in ordine al decreto che provvede sull'istanza di misure cautelari provvisorie è attribuita al Presidente e non è prevista la delegabilità della funzione. Il decreto cautelare, pertanto, è adottato sempre dal presidente, fatte le salve le situazioni di legittima assenza o impedimento di quest'ultimo, nel qual caso il decreto è reso dal magistrato che svolge le funzioni vicarie di presidente (CHIEPPA - POLI, *op. cit.*).

Stato avverso il decreto (97). Sarà invece appellabile, ovviamente, l'ordinanza del Collegio.

Dibattuta è la questione concernente la necessità o meno di valutare, anche in sede cautelare monocratica, il requisito del *fumus boni juris*.

L'art. 21, comma 9, richiede il requisito dell'*estrema gravità ed urgenza*, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio (98), configurando l'intervento presidenziale quale *extrema ratio* (99) cui ricorrere a fronte di situazioni eccezionali non altrimenti fronteggiabili che giustificano la deroga al principio della collegialità delle decisioni nel processo amministrativo. Il termine "*estrema gravità*" implica l'impossibilità di aspettare la dilazione fino alla data della camera di consiglio, e dunque, l'irreversibilità della situazione (100), la quale, in ogni caso, deve dipendere dalla natura o dall'oggetto del provvedimento e non già divenire tale per ritardi o inerzia del ricorrente (101).

Nulla il legislatore prevede, invece, in merito al *fumus boni juris*.

Per un primo orientamento la concessione della tutela cautelare monocratica non presuppone la previa valutazione dell'esistenza del *fumus* (102). Oltre a valorizzarsi il silenzio legislativo sul punto, si osserva a sostegno dell'assunto che la delibazione monocratica, seppure estremamente sommaria, della fondatezza della pretesa, realizzata attraverso la pronuncia sul *fumus*, potrebbe influenzare il collegio, chiamato successivamente a valutare il decreto presidenziale.

Secondo un diverso (e condivisibile) indirizzo (103) occorre, di contro, valutare l'esistenza del *fumus*, osservandosi che l'esclusivo riferimento legi-

(97) Sul punto si veda Cons. St., sez. IV, ord., 7 novembre 2000, n. 5602, in *Giur. it.*, 2001, 615.

(98) Si veda T.A.R. Lombardia, Brescia, decr. pres. 8 maggio 2002, n. 313, in www.lexitalia.it, che ordina alla stazione appaltante, sulla base della ritenuta ricorrenza di *fumus* e *periculum*, di non dare luogo alla stipula del contratto con l'impresa aggiudicataria.

(99) CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, 1077.

(100) Talora accade, invece, che si sospenda sulla base del "danno grave e irreparabile" e non della estrema gravità e urgenza, cfr. il decreto Pres. f.f. T.A.R. Toscana, 19 luglio 2003, n. 769 e il decreto Pres. f.f. T.A.R. Piemonte, 8 novembre 2003, entrambi in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, decr. 26 settembre 2008, n. 4616, loc. ult. cit., ha ritenuto che ricorrono i presupposti dell'estrema gravità ed urgenza nel caso in cui il calendario delle udienze della sezione non consenta il tempestivo esame in sede collegiale della domanda cautelare contenuta nel ricorso.

(101) T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, decr. pres., 18 settembre 2000, n. 16, in *TAR* 2000, I, 2962.

(102) T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, decr. 31 agosto 2000, n. 3; *id.*, sez. I, decr. 19 agosto 2000, n. 1, entrambi in www.giustizia-amministrativa.it.

(103) In proposito, si rinvia alla puntuale ricostruzione di LUMETTI, *Il decreto inaudita altera parte e il diritto di difesa dall'amministrazione*, in www.giustamm.it; in argomento, DE CAROLIS, *op. cit.*; FOLLIERI, *op. cit.*; SANCHINI, *op. cit.*, SIGISMONDI, *op. cit.*, pone in risalto la tendenza a motivare i provvedimenti presidenziali esclusivamente sulla base dell'estrema gravità ed urgenza della situazione che fonda la richiesta cautelare; in giurisprudenza: T.A.R. Toscana, sez. I, decr. 7 maggio 2005, n. 384; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, decr. 26 settembre 2000, n. 1167, entrambi in www.giustizia-amministrativa.it.

slativo al solo *periculum* non può essere da sé solo addotto per sostenere che il giudice adito possa esimersi da una ricognizione, pur estremamente sommaria, circa il *fumus* di fondatezza del ricorso (104). Vanno, quindi, osservati i principi generali del processo cautelare.

Si è così sostenuto che, oltre al verosimile meritevolezza della pretesa, anche i presupposti di rito, quali la regolare instaurazione del contraddittorio, mediante notifica del ricorso, oltre che all'amministrazione resistente, ad almeno un controinteressato, la sussistenza della giurisdizione, la ricevibilità e ammissibilità del ricorso, l'assenza di causa di improcedibilità del ricorso (sovravvenuto difetto di interesse, cessazione della materia del contendere, rinuncia al ricorso), vanno verificati dal Presidente, la loro sussistenza concorrendo ad integrare la nozione ampia di *fumus boni juris*.

Dubbi sono pure emersi in relazione all'esatta identificazione del *dies ad quem* dell'efficacia della misura cautelare monocratica e, più in generale, in merito al rapporto tra il provvedimento cautelare monocratico e quello collegiale.

L'art. 21, comma 9, l. TAR, al riguardo dispone: “*Il decreto è efficace sino alla pronuncia del collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile*”.

Per una prima tesi, il decreto presidenziale cautelare conserva la sua efficacia fino alla prima camera di consiglio successiva alla sua emanazione, in tal senso dovendosi intendere il concetto di “*camera di consiglio utile*”. Anche il concetto di “*pronuncia del collegio*” andrebbe inteso in senso lato, riconducendovi qualsiasi pronuncia adottata dal Collegio dal momento in cui si radica presso lo stesso la questione, compresa quindi l'ordinanza che fissa un'altra udienza per esigenze istruttorie ovvero per integrare il contraddittorio.

Un differente orientamento è stato espresso dai giudici di primo grado (105), secondo i quali il termine della “*prima camera di consiglio utile*” del citato art. 21, comma 9, non ha natura perentoria, ai sensi dell'art. 152, comma 2, c.p.c., in quanto non espressamente qualificato come tale dalla legge, riguardando la *fissazione* della trattazione dell'istanza cautelare, ma non necessariamente la sua *decisione*, tanto che la pronuncia collegiale di conferma/revoca/modifica del decreto cautelare monocratico può anche essere differita in presenza di necessità istruttorie. Secondo tale orientamento, per “*camera di consiglio*” ex art. 21, comma 9, l. n. 1034 del 1971 deve intendersi non già quella immediatamente successiva, sotto il profilo temporale, all'emanazione del decreto cautelare presidenziale, ma la prima camera di consiglio ove la domanda cautelare possa essere decisa ovvero quando ricorrano tutti i

(104) Cons. St., sez. V, decr. 20 settembre 2000, n. 1, in www.giustizia-amministrativa.it.

(105) T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, ord., 22 aprile 2004, n. 1079; *id.*, sez. I, 28 novembre 2006, n. 2380, entrambi in www.giustizia-amministrativa.it.

presupposti processuali necessari perché la stessa possa essere esaminata. Fino a tale momento l'effetto cautelare è assicurato dal decreto presidenziale, sicché il termine della prima camera di consiglio utile, in quanto ontologicamente mobile e non fisso, non potrebbe avere natura perentoria ma soltanto ordinatoria.

L'oggetto della cognizione del Collegio è la domanda cautelare e non il decreto. Ne consegue che la misura cautelare, in ipotesi disposta dal Collegio in accoglimento della domanda, prescinde da quanto già disposto dal Presidente del Tribunale, non essendo chiamato il Collegio ad esprimere una valutazione del provvedimento monocratico, come se si trattasse di una sorta di doppio grado cautelare, secondo il meccanismo tipico della cautela civile. In altri termini, il collegio non è vincolato dalla decisione monocratica, la quale è destinata ad essere sostituita dalla decisione assunta in sede collegiale: il legislatore non ha previsto alcuna forma di raccordo tra le due pronunce e, in particolare, non prescrive che l'ordinanza collegiale confermi, revochi o modifichi il decreto presidenziale. La decisione collegiale è destinata a sostituire integralmente quella presidenziale (106).

7. Il decreto monocratico non costituisce uno strumento di tutela cautelare ante causam

Come osservato, la l. n. 205 del 2000, pure innovando con l'introduzione della tutela cautelare monocratica, ha lasciato irrisolto il tema relativo alla invocabilità, nel processo amministrativo, di un intervento cautelare non solo monocratico ed anticipato, quindi, rispetto alla valutazione collegiale, ma anche *ante causam*, destinato a manifestarsi, pertanto, prima ancora ed indipendentemente dall'instaurazione dello stesso rapporto processuale.

E', infatti, evidente che il decreto monocratico di cui all'art. 21, comma 9, l. TAR, potendo essere emanato solo quando il ricorso sia stato previamente notificato e depositato, non possa essere considerato un provvedimento cautelare anteriore all'instaurazione del giudizio, ma solo una forma di tutela accelerata nell'ambito di un processo già pendente, ancorché a contraddittorio semipieno o imperfetto o temporaneamente assente, che consente al ricorrente di ottenere una tutela *ad horas*, anche nelle fasi intermedie delle camere di consiglio fissate per la trattazione delle istanze cautelari.

Il rito cautelare monocratico, pertanto, non dà luogo ad una tutela cautelare *ante causam*, perché presuppone la notifica del ricorso di merito e della domanda cautelare, consentendo soltanto una pronuncia monocratica senza

(106) DE NICTOLIS, *op. cit.*, 127; in giurisprudenza, la provvisorietà delle misure cautelari presidenziali, destinate ad essere assorbite dalla provvedimento collegiale, è chiaramente affermata da T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 11 novembre 2005, n. 3970, in *Foro amm. Tar*, 2005, 11, 3387.

contraddittorio.

Il legislatore fa, invero, riferimento alla richiesta di misura cautelare proveniente dal “ricorrente”, ossia da un soggetto che tale particolare qualifica abbia acquisito con la proposizione del ricorso (107). La legge prevede poi che l’istanza debba essere presentata al presidente del Tribunale o della sezione “cui il ricorso è stato assegnato”, presupponendo che il giudizio sia già incardinato ed assegnato ad una delle eventuali sezioni interne.

Il riferimento all’eventuale “assenza del contraddittorio” va, pertanto, inteso quale possibilità di provvedere *inaudita altera parte*, il che ovviamente non esclude che il Presidente, prima di provvedere, decida di ascoltare ugualmente le argomentazioni difensive delle altre parti. Sarà l’organo monocratico a stabilire, caso per caso, se sia necessario convocare le parti davanti a sé in tempi ristrettissimi, per consentire difese orali o scritte, ovvero richiedere l’acquisizione di atti e documenti nei termini e nei modi ritenuti opportuni (e-mail, fax ecc.).

Non appare, dunque, condivisibile la tesi (108) secondo la quale la locuzione “separata istanza”, impiegata dall’art. 21, comma 9, l. TAR, potrebbe autorizzare l’accesso al giudice monocratico *prima* dell’instaurazione del giu-

(107) CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, cit., 1030, ha evidenziato che attraverso l’introduzione del decreto cautelare, “si sposa con chiarezza un’opzione mediana che, da un lato ammette il ricorso allo strumento monocratico così depotenziando il dogma della collegialità delle decisioni nel rito amministrativo; dall’altro non ammette una tutela ante causam, in quanto, in ciò marcando una differenza rispetto al rito civile, richiede che la misura presidenziale sia richiesta dal ricorrente, ossia da un soggetto che tale veste venga ad acquisire per effetto della notifica e del successivo deposito dell’atto introduttivo del giudizio”; la dottrina maggioritaria è assolutamente concorde sulla natura non *ante causam* della tutela cautelare monocratica di cui all’art. 21, comma 9, l. TAR: CAINIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 736; FOLLIERI, *La fase cautelare*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 352 ss.; GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2001, 174 ss.; GUIDARELLI, *I provvedimenti cautelari monocratici nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 727; PANZARELLA, *Il processo cautelare*, cit., 61; TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2006, 261.

(108) DE PIERO, *Commento all’art. 3 (Disposizioni generali sul processo cautelare)*, in ITALIA (a cura di), *La giustizia amministrativa. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2000, 69 ss.; SASSANI, *Intervento all’incontro di studio sulla nuova tutela cautelare nel processo amministrativo*, Roma, 18 maggio 2001, in www.lexitalia.it; in giurisprudenza, questa soluzione è stata accolta dal T.A.R. Sicilia, Catania (sez. II, decr. pres., 6 dicembre 2001, n. 32; id., decr. pres., 4 maggio 2002, n. 997), secondo il quale la domanda preliminare di sospensione del provvedimento impugnato può essere esaminata ed accolta con decreto presidenziale ancor prima della notifica del ricorso introduttivo alla Amministrazione resistente ed agli eventuali controinteressati. Si sostiene, al riguardo, che, sebbene il comma 1 dell’art. 3, l. n. 205/2000 nella prima parte sancisca che l’istanza di concessione di misure cautelari provvisorie deve essere notificata alle controparti, nella seconda parte dispone altresì che il Presidente provvede con decreto motivato anche in assenza di contraddittorio, non richiedendo quindi la notifica del ricorso; se ne deduce che il decreto presidenziale potrebbe, dunque, essere adottato anche *inaudita altera parte*, al fine di sottoporre l’istanza cautelare all’esame immediato e preventivo del presidente. Tale posizione è stata, tuttavia, rivisitata successivamente dalla sezione staccata del Tribunale amministrativo siciliano, imponendo che il richiedente depositi il ricorso, contenente l’istanza cautelare provvisoria, munito dell’attestazione della avvenuta consegna all’Ufficiale giudiziario.

dizio di merito, venendo quindi a configurare un rimedio *ante causam*. In effetti, siffatta ricostruzione si dimostra poco solida non solo e non tanto perché confligge con il dato storico ed oggettivo offerto dalla relazione all'originario disegno di legge (109), ma soprattutto perché si fonda integralmente su una lettura isolata dell'inciso "con separata istanza"; inciso che, se riguardato nel contesto normativo in cui il legislatore lo ha calato, perde la sua (solo apparente) carica di ambiguità. Basti osservare che, esauritesi le cure presidenziali, tale "separata istanza" è comunque sottoposta al Collegio "nella prima camera di consiglio utile". La fissazione della camera di consiglio presuppone, com'è noto, che penda giudizio nel merito. Dunque, anche la domanda cautelare proposta con atto separato dal ricorso introduttivo mantiene la sua natura di domanda incidentale (*intra litem*), essendo pur sempre necessaria la notificazione ed il successivo deposito del ricorso principale.

La tutela cautelare *inaudita altera parte*, essendo *intra litem*, non va, quindi, confusa con la tutela cautelare *ante causam*, la quale, come si dirà, viene richiesta in un momento antecedente alla proposizione del ricorso di merito e non accede al ricorso introduttivo del giudizio, né è avanzata con atto separato e successivo, ma è destinata ad essere deliberata dal giudice nell'ambito di un processo incentrato sulla sussistenza o meno dei presupposti per la concessione della misura invocata.

8. La nuova frontiera del giudizio cautelare: la tutela ante causam. Analisi dell'evoluzione giurisprudenziale interna.

La mancanza nel giudizio amministrativo, sia prima che dopo la riforma del 2000, di uno strumento di tutela *ante causam* è stata al centro di un acceso dibattito in giurisprudenza, alimentato da una serie di interventi particolarmente incisivi provenienti sia da organi della giustizia amministrativa sia dalla Corte costituzionale, sul quale ha inciso in modo dirompente la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Ancor prima della riforma del 2000, sul fronte del diritto interno, si è cercato di introdurre in via pretoria nel processo amministrativo una forma di tutela cautelare *ante causam*, gestita in via monocratica dal presidente del T.A.R.

In particolare, già a partire dal 1997, la sez. III del T.A.R. Lombardia (110)

(109) In tal senso, DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, 2001, 126, nota 49.

(110) T.A.R. Lombardia, sez. III, decr. 14 novembre 1997, n. 758 e ord. 19 gennaio 1998, in *Foro it.*, 1998, III, 173, con nota di TRAVI; i citati decreti sono riportati in *Foro amm. Tar*, 1998, 1158, con nota di SPADEA, La terza sezione del TAR Lombardia apre ad una giustizia cautelare più effettiva ed europea; T.A.R. Lombardia, decr. 3 aprile 1998, in *Urb. e app.*, 1998, 1334, con nota di SIGISMONDI, *Processo amministrativo: tutela cautelare e rito monitorio*; nella stessa direzione T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, decr. pres. 23 giugno 1998, in www.giustizia-amministrativa.it.

si è resa protagonista di un indirizzo alquanto innovativo, fondato sul riconoscimento della generale potestà del giudice amministrativo di ricorrere all'art. 700 c.p.c. nell'ambito della sua giurisdizione e di concedere il provvedimento cautelare, in via di urgenza, con decreto presidenziale e senza preventiva costituzione del contraddittorio: la misura presidenziale avrebbe, tuttavia, perso efficacia se il decreto non fosse stato notificato alla controparte, con contestuale fissazione della udienza avanti il collegio, secondo le prescrizione dell'art. 669 *octies* c.p.c.

Più nel dettaglio, si sosteneva che anche il giudice amministrativo potesse sempre emettere provvedimenti cautelari *ex art. 700 c.p.c.*, sì da assicurare, in linea con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, la possibilità di ottenere anche nel processo amministrativo un intervento interinale anteriore alla pronuncia da parte del collegio sulla richiesta sospensiva.

Volendo, quindi, ripercorrere i fondamentali passaggi logico-motivazionali volti a sorreggere il pionieristico tentativo giurisprudenziale di introdurre, a legislazione invariata e silente, un meccanismo di intervento cautelare monocratico e preventivo, possono citarsi i seguenti snodi argomentativi: 1) possibilità per il giudice amministrativo di adottare provvedimenti cautelari *ex art. 700 c.p.c.*; 2) adozione del provvedimento con decreto presidenziale *inaudita altera parte*; 3) sospensione risolutivamente condizionata *ex art. 669 octies* c.p.c. alla notifica del ricorso in sede giurisdizionale, nel termine di decadenza di cui agli artt. 19, comma 1, l. TAR e 36, comma 1, t.u. n. 1054 del 1924; 4) efficacia del provvedimento cautelare temporalmente limitata *ex art. 669 sexies* c.p.c., sino alla data della camera di consiglio collegiale.

Per vero, i Presidenti dei tribunali amministrativi impegnati in quest'opera di aggiornamento ed arricchimento dell'armamentario cautelare del giudice amministrativo avevano seguito percorsi non del tutto identici in sede di individuazione e ricostruzione della base normativa e del fondamento giuridico dell'auspicato ed esercitato potere cautelare monocratico *ante causam*.

Su un primo versante si poneva chi, nel tentativo di rimodellare le tecniche di tutela giurisdizionale superando i limiti spesso tracciati dalle previsioni o dalle lacune di disciplina proprie dell'ordinamento giuridico interno, volgeva lo sguardo alle indicazioni di fonte comunitaria. In tale direzione si muoveva il T.A.R. Lombardia che, impegnato nel tentativo di individuare il fondamento normativo del potere presidenziale preventivo, utilizzava, quale primo punto di riferimento, la previsione di cui all'art. 2 della direttiva comunitaria ricorsi del Consiglio della Ce del 21 dicembre 1989, n. 665/89, che pone a carico degli Stati membri l'obbligo di garantire che le autorità nazionali responsabili delle procedure di ricorso possano adottare “*con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione denunciata o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura*”

di aggiudicazione di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'ente aggiudicatore": previsione, questa, che, come rimarcato in un importante arresto della Corte di Giustizia (111), se da un lato riconosce all'autorità nazionale investita delle procedure di ricorso un potere di cautela generale e atipico, obbligando lo Stato membro a far sì che il giudice nazionale o l'altra autorità responsabile possa adottare "qualsiasi provvedimento provvisorio", dall'altro, secondo una certa tesi (non unanimemente condivisa) consente all'operatore economico di esperire l'azione cautelare anche *ante causam*, "indipendentemente da ogni azione previa" diretta all'annullamento dell'atto, gettando un'ombra di difficile armonizzabilità comunitaria su quei sistemi giuridici nazionali nei quali, invece, la proposizione dell'istanza di sospensione del provvedimento impugnato presuppone, in virtù del vincolo di subordinazione funzionale del giudizio di sospensione rispetto al giudizio principale, la previa pendenza di un giudizio volto all'annullamento dell'atto di cui si chiede la sospensione.

Lo stesso T.A.R. Lombardia richiamava, ad ulteriore sostegno della sussistenza di un fondamento normativo per tali provvedimenti d'urgenza monocratici, i principi di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali espressi dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con l. 4 agosto 1955, n. 848, ove in primo piano è posta la tutela del diritto ad un giusto processo, ora espressamente costituzionalizzato (112): diritto asseritamente compromesso allorché, in presenza di situazione di estrema gravità ed urgenza incompatibili con una pur minima dilazione della trattazione dell'istanza cautelare, non sia contemplata la possibilità di un intervento monocratico *ante causam*, ad efficacia temporalmente circoscritta.

Su altro versante si collocava, invece, chi ricercava la giustificazione giuridica del potere cautelare monocratico e preventivo nelle pieghe dell'ordinamento interno.

Nel decreto 23 giugno 1998 del Presidente della terza sezione del T.A.R.

(111) Corte giust. comm. eu. 19 settembre 1996, C-236/95, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*, in *Urb. app.*, 1998, 212, con nota di PROTTO, *Sui mezzi di tutela cautelare negli appalti di rilevanza comunitaria*; *Foro amm.*, 1997, 381, con nota di A. SCOGNAMIGLIO, *Ancora un intervento della Corte di giustizia in tema di tutela cautelare*. Si vedano anche le notazioni di MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una "tutela cautelare europea"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 1155, nonché quelle di CHITI, *Giudizio cautelare ed innovazioni comunitarie*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 1085. Tale sentenza, come si dirà nel prosieguo della trattazione, giudicava negativamente il sistema di giustizia amministrativa greco che non prevedeva misure cautelari *ante causam*, soprattutto perché in violazione del principio di certezza del diritto, poggiandosi su interpretazioni giurisprudenziali, anziché su chiare disposizioni normative.

(112) Il riferimento è all'art. 111 Cost., come riscritto dall'art. 1, l. cost. 23 novembre 1999, n. 2. Si veda, GRECO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2000, 25 ss.; PICOZZA, *Il «giusto» processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 1661 ss.

Sicilia, Catania, si affermava, infatti, la generale applicabilità al processo cautelare amministrativo del modello di cui agli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c., anche alla luce del dettato dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., a norma del quale le disposizioni del codice di procedura civile sono applicabili nel processo amministrativo non solo quando richiamate dalle disposizioni regolatrici di quest'ultimo ma anche per analogia, posto che il diritto amministrativo costituisce un diritto speciale, e non eccezionale; si puntualizzava, inoltre, che il codice di procedura civile costituisce perlopiù una legge generale recante i principi fondamentali di ogni processo (c.d. *diritto processuale comune*).

Entrambe le riportate opzioni ricostruttive valorizzavano, peraltro, gli artt. 24 e 113 della Carta fondamentale che, fornendo copertura costituzionale alla riconosciuta tutela cautelare monocratica, garantiscono, appunto, il diritto alla difesa, asseritamente vulnerato qualora il sistema del processo amministrativo non consentisse alcuna possibilità di tutela cautelare in sede giurisdizionale amministrativa anteriormente alla pronunzia del Collegio sulla richiesta sospensiva.

Il tentativo di introdurre in via pretoria la possibilità di un intervento interinale preventivo e monocratico è stato categoricamente stroncato dal Consiglio di Stato (113), che, sulla scorta di argomentazioni di diversa natura, ruotanti anche attorno all'esigenza di non intaccare i connotati tradizionalmente propri delle decisioni del giudice amministrativo, ha decretato la nullità assoluta del decreto di sospensione emesso dal solo Presidente, anziché dal Collegio, qualificandolo come provvedimento abnorme.

A sostegno di tale deciso atteggiamento di segno negativo, il Consiglio di Stato adduceva ragioni non solo di tipo testuale, ma anche sistematiche.

Sul primo fronte, si rimarcava l'assenza di una previsione normativa volta a riconoscere un potere cautelare, ancorché temporalmente circoscritto, in capo al Presidente del Tribunale, da considerare, quindi, del tutto sfornito, nella sua veste monocratica, di potere giurisdizionale: la diversa opzione, favorevole all'esercizio monocratico del potere cautelare, avrebbe comportato, quindi, la violazione del principio di necessaria collegialità delle decisioni del giudice

(113) Cons. St., sez. V, ord. 28 aprile 1998, n. 781, in *Foro it.*, 1998, III, 301; *Urb. e app.*, 1998, 1334; nello stesso senso, T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, decr. pres. n. 2 del 1999, in www.lexitalia.it, con nota di DE CAROLIS, *L'art. 700 c.p.c. nel processo amministrativo tra tendenze giurisprudenziali, norme positive e progetti di riforma*, che esclude l'esperibilità dell'azione cautelare ex art. 700 c.p.c. innanzi agli organi di giustizia amministrativa, poiché il giudice amministrativo emana provvedimenti cautelari ai sensi dell'art. 21, l. TAR. Tale posizione trovò conferma nella nota ordinanza n. 1/2000 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (tra le altre, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1292, 2163, con nota di SASSANI, *Le alte Corti all'impatto delle questioni di giurisdizione dell'art. 33 d.lgs. n. 80 del 1998: prime impressioni di lettura*, e di ANTONIOLI *Brevi osservazioni sulla tutela cautelare del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi*), che ha negato l'esercizio del potere cautelare monocratico presidenziale, impedendo conseguenzialmente l'esercizio della tutela cautelare *ante causam*, ovvero di quella forma di tutela cautelare anticipata prospettata dal T.A.R. Lombardia sulla base delle fonti comunitarie.

amministrativo.

Al contempo, si sottolineavano i rischi di compromissione del diritto di difesa e del principio di contraddittorio il cui pieno dispiegarsi è, invece, riconosciuto nel procedimento cautelare tipico del giudizio amministrativo di tipo collegiale.

Infine, si evidenziava la non diretta applicabilità della direttiva n. 665/89, la quale, pur richiedendo una tutela cautelare rapida ed efficace, demanda ai legislatori nazionali la determinazione delle modalità per l'accesso alla tutela giurisdizionale e non impone affatto che in nome della rapidità ed efficacia delle misure cautelari debbano essere sacrificate le esigenze del contraddittorio (114).

Pertanto, doveva ritenersi inammissibile l'adozione di un rito cautelare *inaudita altera parte*, come quello applicato dal T.A.R. milanese.

La novella del 2000 non ha modificato tale quadro.

Infatti, la nuova formulazione dell'art. 21, l. TAR, come novellato dall'art. 3, l. n. 205/2000, continua a non contemplare una tutela *ante causam*: l'amministrazione resistente ed il controinteressato, anche se in ipotesi non sentiti dal giudice monocratico, sono comunque destinatari della notifica del ricorso prima dell'avvio della "fase presidenziale" del "processo cautelare". La lettera della norma (art. 21, comma 9, l. TAR) non consente, quindi, di rivolgersi al giudice senza prima aver notificato ai contraddittori necessari il ricorso cui accede l'istanza cautelare ovvero la sola istanza cautelare (successiva al ricorso).

Deluse, pertanto, le aspettative di un mutamento sul piano legislativo che mettesse fine alla questione dell'ammissibilità della tutela cautelare preventiva nel processo amministrativo, il T.A.R. Lombardia, con l'ordinanza 15 febbraio 2001, n. 1 (115), tornava a sollevare dubbi di costituzionalità in ordine a due disposizioni: a) l'art. 21, l. n. 1034/1971, così come novellato dall'art. 3, l. n. 205/2000, nella parte in cui esclude la tutela *ante causam* e la conseguente applicabilità dell'art. 700 e degli artt. 669 e ss. c.p.c. avanti al giudice amministrativo; b) l'art. 700 c.p.c., là dove espressamente prevede che la tutela cautelare *ante causam* sia accordabile, nel concorso dei presupposti di legge, per i soli diritti soggettivi e non anche per gli interessi legittimi.

La prima disposizione è stata censurata per contrasto con gli artt. 24 e 113 della Costituzione, avuto anche riguardo agli artt. 6 e 13 della Conven-

(114) In dottrina, prima della riforma del 2000, rimarcavano tale principio, PALMIERI SANDULLI, *Il giudizio cautelare amministrativo*, sunto della relazione tenuta in occasione del convegno Il giudizio cautelare amministrativo (le ordinanze propulsive), svoltosi il 14 aprile 1999 a Palazzo Spada, in *Sospensive*, 1999, 99, 15190; SANINO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, sunto della relazione tenuta in occasione del convegno Il giudizio cautelare amministrativo (le ordinanze propulsive), svoltosi il 14 aprile 1999 a Palazzo Spada, in *Sospensive*, 1999, 99, 15181.

(115) In *Urb. e app.*, 2001, 770.

zione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; la seconda per contrasto con gli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione.

Secondo il presidente del Tribunale amministrativo regionale milanese l'estensione dello strumento cautelare *ante causam* al processo amministrativo sarebbe sorretta da molteplici precetti; tra di essi viene puntualmente richiamato l'art. 2 della direttiva ricorsi 665/89, il quale esigerebbe che ciascuno Stato nazionale adotti forme di tutela il più rapide ed efficaci possibili, ivi incluse tecniche di tutela *ante causam*. Nel dettaglio, il Giudice milanese, pur prendendo atto delle importanti novità introdotte dall'art. 3, l. 205 del 2000, ha osservato che *“la rilevata modifica delle norme anteriormente vigenti presuppone peraltro la previa redazione, notificazione, nonché l'avvenuto deposito del ricorso in sede giurisdizionale affinché la richiesta di una misura cautelare provvisoria possa essere reputata ammissibile ...”*; infatti *“pur davanti ad un obiettivo irrobustimento sul piano temporale e qualitativo delle nuove misure cautelari introdotte, la tutela siffattamente disciplinata, presupponendo la notifica ed il deposito del ricorso in sede giurisdizionale, resta pur sempre qualificabile come un intervento post causam e non già ante causam”*.

Ciò posto, il Presidente della terza Sezione del Tribunale Lombardo ha rimarcato il carattere privilegiato della posizione processuale della pubblica amministrazione davanti al Giudice amministrativo, *“tuttora ineguale ... di fronte al proprio contraddittore nel processo, non potendo essere avanzata alcuna richiesta di misure cautelari urgenti che, previa sommaria indicazione delle ragioni in diritto vantate, miri a conseguire un intervento immediato in ogni caso in cui ogni pur minima dilazione, necessariamente connessa con i tempi occorrenti per la redazione del ricorso in sede giurisdizionale e per ogni successiva formalità, possa divenire fonte di un pregiudizio grave e non altrimenti riparabile”*.

Diversamente ha opinato la Corte costituzionale che, con l'ordinanza 10 maggio 2002 n. 179 (116), ha dichiarato manifestamente infondata la questione poc'anzi riassunta. In particolare, la Consulta ha, in primo luogo, richiamato il proprio tradizionale orientamento in virtù del quale *“il legislatore, nella sua discrezionalità - con il solo limite della non manifesta irragionevolezza o non palese arbitrarietà - può adottare norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giurisdizioni e di riti procedurali”*, aggiungendo che nel processo amministrativo la tempestività e la effettività della tutela anche cautelare sarebbero oggi assicurate dal complesso delle disposizioni vigenti (che contemplano la possibilità di ottenere l'abbreviazione dei termini per instaurare il giudizio, di effettuare la notifica dell'atto introduttivo per via telematica o per

(116) In *Giur. cost.*, 2002, 1442.

telefax, di conseguire misure cautelari atipiche, di richiedere in camera di consiglio la definizione del giudizio nel merito con decisione in forma semplificata, di far dichiarare i ricorsi urgenti tramite la c.d. istanza di prelazione, etc.) e segnatamente dall'adottabilità, in caso di estrema gravità ed urgenza, di una misura monocratica. Secondo il Giudice delle leggi, *“l'anzidetto completo sistema di tutela, anche di urgenza e cautelare, che riguarda tutte le posizioni azionabili davanti al giudice amministrativo, senza distinzione tra interessi legittimi o diritti soggettivi tutelabili, esclude l'applicabilità di altri istituti propri del processo civile e, quindi, che si possa configurare una esigenza (rilevante sul piano costituzionale) di intervento additivo sulle norme relative ai procedimenti di urgenza della procedura civile”*.

Volendo schematizzare, ad avviso della Corte, la questione è manifestamente infondata in quanto:

a) il legislatore può delineare distinti sistemi di tutela cautelare, senza che quello processual-civilistico assurga ad archetipo di valore assoluto;

b) le differenti modalità di estrinsecazione della tutela cautelare nel processo amministrativo sono comunque idonee ad assicurare l'effettività e la tempestività della tutela cautelare, attesa:

- la massima semplicità e flessibilità del mezzo introduttivo dei giudizi amministrativi, anche attraverso lo strumento dei motivi aggiunti (art. 21, l. TAR);

- la possibilità di avvalersi dell'abbreviazione dei termini, ove sussistano ragioni di particolare urgenza, anche ai fini dell'instaurazione del contraddittorio (art. 19 l. TAR; artt. 20 e 36, Reg. proc. Cons. Stato);

- la non tassatività dei mezzi per l'effettuazione della notifica dell'atto introduttivo, possibile anche mediante strumenti telematici e fax (art. 12, l. n. 205 del 2000);

- l'atipicità delle misure cautelari, idonea a meglio assicurare l'anticipazione interinale degli effetti della sentenza (art. 21, comma 8, l. TAR);

- la riconosciuta possibilità di invocare la misura interinale monocratica, destinata a coprire il tempo che separa il deposito del ricorso e la trattazione collegiale della domanda cautelare (art. 21, comma 9, l. TAR);

- la possibilità di procedere a definire il merito in occasione dell'esame dell'istanza cautelare con la pronuncia della sentenza in forma semplificata (art. 21, comma 10, l. TAR).

9. Il modello di tutela cautelare comunitaria imposto dalla Corte di Giustizia: l'obbligo di introdurre lo strumento della tutela cautelare ante causam da assicurare anche nel processo amministrativo e le critiche della dottrina

Sciolti i dubbi in punto di legittimità costituzionale della nuova disciplina, rimanevano le perplessità in merito alla sua conformità alla normativa comu-

nitaria.

A tal proposito occorre meglio analizzare le direttive del Consiglio C.E. n. 665/89 del 21 dicembre 1989, n. 13/92 del 25 febbraio 1992 e n. 50/92 del 18 giugno 1992, che hanno introdotto una disciplina uniforme di tutela degli operatori privati nel settore degli appalti di rilevanza comunitaria. Le citate direttive richiedono esplicitamente agli Stati membri di garantire che l'autorità nazionale investita del ricorso possa adottare “*con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione denunciata o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti*”, e tra di essi quelli “*intesi a sospendere o far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione*” assunta dall'ente aggiudicatore (cfr. i rispettivi articoli 2, parr. 1, lett. a) delle direttive 665/89 e 13/92). Non è difficile riconoscere che tale ultima disposizione dà vita a standards di tutela cautelare abbastanza rigidi e puntuali, limitando in modo sensibile - pur senza elidere completamente - l'autonomia dei partners nel predisporre gli opportuni rimedi interinali a tutela delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute in ambito comunitario.

Secondo la lettura prospettata dalla Corte di Giustizia, le ricordate disposizioni comunitarie impongono una tutela cautelare *ante causam*, fondata cioè su un'azione cautelare “*preventiva*” o “*pura*”, scissa dal giudizio di merito. Questa impostazione si rinviene in particolare nelle note sentenze *Commissione contro Repubblica Ellenica* del 1996 (Corte di Giust. C.E., 19 settembre 1996, in causa C-236/95) e *Commissione contro Regno di Spagna* del 2003 (Corte di Giust. C.E., 15 maggio 2003, in causa C-214/00) (117).

Nell'ambito del primo procedimento, promosso dalla *Commissione nei confronti della Grecia* per mancata attuazione della citata direttiva n. 665/89, il Governo dello Stato convenuto si era difeso facendo leva sulla superfluità di qualsivoglia misura interna di attuazione; tuttavia, la constatazione della sussistenza, nello Stato greco, di una tutela cautelare normativamente confinata alla sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato aveva indotto il Giudice europeo a sancire la violazione della direttiva n. 665/89, che prevede l'obbligo per lo Stato membro di predisporre una disciplina che consenta al giudice nazionale o comunque all'autorità investita della procedura di ricorso di adottare “*qualsiasi provvedimento provvisorio*”. La Corte ha ulteriormente rilevato che mentre la direttiva contempla la proposizione di un'azione puramente cautelare (cioè slegata dall'azione costitutiva) così configurando una cautela preventiva o “*pura*” (*ante causam*), nel diritto greco la formulazione

(117) In *Giorn. dir. amm.*, 2003, 897, con nota critica di CHITI, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno sviluppo davvero ineluttabile?*; *Urb. e app.*, 2003, 885, con nota di CARANTA, *La tutela cautelare ante causam contro gli atti adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici*, 885-891; *Sospensive*, 2003, 34600.

dell'istanza di sospensione del provvedimento si inserisce nel (e non è scindibile dal) giudizio di annullamento dell'atto.

Questo orientamento è poi stato ribadito nella citata sentenza *Commissione contro Regno di Spagna* del 15 maggio 2003, nella quale il Collegio lussemburghese ha ritenuto che il Regno di Spagna fosse venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della ridetta direttiva 665/89 per il fatto di subordinare, *“in generale, la possibilità di adottare misure cautelari in relazione alle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici alla necessità di proporre previamente un ricorso contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice”*; tale conclusione non sarebbe secondo la Corte smentita dalla circostanza che *“che, nell'ambito della sospensione per via giudiziaria, il ricorso può essere proposto con semplice atto scritto e che l'atto introduttivo del ricorso può essere formulato successivamente alla domanda di provvedimento provvisorio, dal momento che l'obbligo di un previo esperimento di tale formalità non può neanche essere considerato compatibile con i precetti della direttiva 89/665, come precisati nella già citata sentenza Commissione/Grecia”*.

Con l'ordinanza 29 aprile 2004 (118), resa nella causa C-202/03, la Corte ha nuovamente ribadito questo indirizzo, stavolta appuntando direttamente la sua attenzione sulla normativa processuale italiana.

Il pronunciamento trae origine dai rilievi espressi dal presidente del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia, sezione di Brescia, dapprima in occasione dell'adozione di un decreto cautelare monocratico (decr. pres. 10 marzo 2003 n. 189) (119) e, successivamente, nella vera e propria ordinanza (sempre monocratica) di rimessione alla Corte di Giustizia pronunciata ai sensi dell'art. 234 del Trattato C.E. (ord. pres. 26 aprile 2003 n. 76)(120).

In quest'ultimo provvedimento il Presidente del Tribunale amministrativo regionale di Brescia ha desunto dall'art. 2, comma 1, lett. a) della direttiva ricorsi n. 665/89 l'intento (confermato dal secondo, quarto e quinto considerando della stessa direttiva) di *“privilegiare ogni possibile, immediato intervento da parte del giudice volto ad ovviare ad ogni violazione che sia stata commessa in sede di gara, sì che l'aggiudicazione definitiva possa intervenire a favore dell'impresa, la cui offerta debba essere prescelta in base alla legittima applicazione delle norme che disciplinano lo svolgimento della procedura di gara”*.

Inoltre, nell'invocare i principi comunitari di non discriminazione e di ef-

(118) In *Foro amm.*, CdS, 2004, 1000; in www.giustamm.it, con il commento di TARULLO, *La Corte di giustizia e la tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: un nodo da sciogliere*.

(119) In *Foro amm. Tar*, 2003.

(120) In *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 913 ss.

fettività della tutela giurisdizionale, il giudice bresciano ha sottolineato (nuovamente) il rischio di un trattamento discriminatorio tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, osservando che “*mentre nelle controversie fra soggetti privati ovvero in quelle proposte da questi ultimi contro la pubblica Amministrazione, che siano affidate alla giurisdizione del giudice ordinario, è possibile conseguire una tutela urgente prima della proposizione della causa di merito, l’attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione in materia di controversie concernenti gli appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture impedisce che la tutela cautelare possa intervenire prima dell’introduzione dell’impugnazione di un provvedimento posto in essere nel corso della relativa procedura di gara*”. Tale rischio viene dal rimettente ritenuto suscettibile di tradursi nella violazione dell’art. 10 del Trattato, “*trovando una pretesa assistita dal diritto comunitario una tutela cautelare meno efficace e ridotta rispetto ad altre forme della stessa, così come prevista dall’ordinamento nazionale*”.

Alla luce di tali premesse, nella ordinanza in parola si è chiesto alla Corte di Giustizia di accertare:

1) se la diversa tutela cautelare prevista per le pretese comunitarie accordabile dal giudice amministrativo nazionale nelle procedure d’appalto rispetto a quella prevista nell’ordinamento interno per i diritti riconosciuti nelle liti fra soggetti privati ovvero in quelle fra questi ultimi e l’Amministrazione per le quali abbia giurisdizione nell’ordinamento nazionale il giudice ordinario violi o meno il principio di collaborazione sancito dall’art. 10 del Trattato, che fa obbligo, in assenza di un sistema processuale armonizzato, di riconoscere alle suddette pretese comunitarie l’identica forma di tutela e non già una tutela meramente incidentale e, dunque, meno efficace rispetto a quella garantita con carattere di generalità agli altri diritti nazionali;

2) se, inoltre, l’art. 21, l. n. 1034/1971, così come novellato dall’art. 3, l. n. 205/2000, nella parte in cui non prevede fra i possibili mezzi di ricorso urgente quello *ante causam*, come tale diretto ad impedire in via immediata che l’Amministrazione dia ulteriore corso alla sottoscrizione del contratto dopo la conclusione di una procedura di gara, del tutto indipendentemente dalla proposizione di una previa azione d’impugnazione di un atto della stessa procedura, rappresenti o meno sufficiente adempimento della previsione di cui all’art. 1, n. 3, della direttiva 21 dicembre 1989, n. 665/CEE, che fa obbligo a tutti gli Stati membri d’introdurre nei rispettivi ordinamenti nazionali ricorsi pienamente accessibili per quanti intendano richiedere la riparazione di un danno subito o comunque temano di subire una lesione in dipendenza di una decisione della commissione di gara per il conseguimento di un appalto pubblico;

3) se la tutela cautelare accordabile dal giudice amministrativo nazionale integri o meno violazione dell’art. 2, lett. a) della suddetta direttiva, che fa ob-

bligato di prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici;

4) se, infine, la stessa forma di tutela cautelare violi o meno concorrentemente l'art. 6, comma 2, del Trattato che, nel codificare il rispetto da parte dell'Unione dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha fatto proprio il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale stabilito dagli artt. 6 e 13 della stessa Convenzione, facendo obbligo agli Stati membri di assicurarne la piena operatività nei rispettivi ordinamenti nazionali.

Con l'ordinanza del 29 aprile 2004 la Corte di Giustizia, richiamando i propri precedenti, ha stabilito che *“l'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto in esame”* (punto 22). Considerando che *“tale risposta deriva da una disposizione specifica del diritto comunitario ossia l'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva”*, la Corte ha reputato non doversi *“fare riferimento a disposizioni più generali dell'ordinamento giuridico comunitario, quali, in particolare, gli artt. 10 CE o 6, n. 2, UE”*, norme evocate dal Giudice rimettente nella prima e nella quarta questione; di qui l'ovvia conclusione che *“non si deve (...) rispondere a tali due questioni”* (punto 23 dell'ordinanza).

La Corte di Giustizia ha, quindi, ritenuto non conforme al quadro comunitario la normativa nazionale italiana che non assicurava al ricorrente la possibilità di agire in giudizio *indipendentemente da ogni azione previa*, chiedendo l'emanazione di un *qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto*. La prescrizione scaturente dal dictum della Corte di Giustizia era inequivocabilmente diretta all'inserimento della tutela cautelare ante causam nell'ordinamento processuale amministrativo italiano, che era stato ritenuto carente sotto il profilo della accessibilità ad una tutela piena ed effettiva, avendo omesso lo Stato italiano di attuare l'art. 2, n. 1, della direttiva 89/665. Secondo i giudici comunitari, la sollecita definizione dei ricorsi cautelari non era sufficientemente garantita dal procedimento incidentale previsto dall'art. 21, l. TAR, perché successivo o al massimo contestuale alla proposizione dell'impugnazione principale.

Ancora una volta, con le surriportate statuizioni il Collegio di Lussem-

burgo dimostra di non voler accettare compromessi o mediazioni con le dissonanti soluzioni processuali accolte negli Stati membri, ancorché avallate - come nel caso del nostro regime di tutela cautelare - dalle rispettive Corti costituzionali.

La soluzione fornita dalla Corte di Giustizia, da cui è poi conseguita l'obbligatoria introduzione nel nostro ordinamento processuale amministrativo della tutela cautelare *ante causam* (limitatamente al settore degli appalti pubblici) non è andata esente da critiche in dottrina (121), che ha tacciato l'indirizzo dei giudici comunitari come foriero di una eccessiva "comunitarizzazione" del processo amministrativo (122) e frutto di un formalismo del tutto inappropriato, specie quando la medesima questione è stata già esaminata dalla Corte costituzionale e dalle giurisdizioni superiori dello Stato membro coinvolto.

La pronuncia in parola (come si avrà modo di sottolineare nelle conclusioni della presente relazione) suggerisce una serie di interrogativi sul carattere effettivamente additivo del dibattito svolto in sede comunitaria sul tema della tutela cautelare rispetto all'analogo dibattito agitato in sede nazionale e se il primo conduca effettivamente ad acquisizioni ulteriori rispetto a quelle autonomamente conseguite nell'ambito del secondo.

In effetti, nell'imporre ai legislatori nazionali di prevedere nei rispettivi sistemi di giustizia amministrativa lo strumento della tutela cautelare *ante causam* la Corte di Giustizia sembra in contraddizione con la propria giurisprudenza sul principio di effettività della tutela, che non implica una visione letterale della normativa considerata, ma la valutazione, in termini esclusivamente effettuali, della sua capacità reale ("l'effettività", appunto) di soddisfare le esigenze di tutela degli interessati. Da questo punto vista, è consentito rite-

(121) In tal senso, si veda, da ultimo, CONTESSA, *op. cit.*, il quale definisce come "ancipite" l'approccio comunitario al tema della tutela cautelare, imponendo la Corte di Giustizia ai legislatori nazionali l'adozione dello strumento cautelare *ante causam* che risulta in sostanziale distonia con l'assetto positivo dello stesso ordinamento processuale comunitario, che non prevede un siffatto tipo di tutela contro gli atti delle Istituzioni comunitarie. Particolarmente puntuali sono i rilievi svolti, in proposito, da ROTIGLIANO, *La tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici: molto rumore per nulla*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 10, 3400 e da VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 848 ss.

(122) L'osservazione è di CHITI, *La tutela cautelare ante causam e la progressiva comunitarizzazione del processo amministrativo: alcune riflessioni critiche*, in *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, a cura di M.A. SANDULLI, suppl. al n. 12/2004 del *Foro amm. Tar*, 61; tale osservazione è riportata, adesivamente, da CORAGGIO, *La disciplina del contenzioso nel codice degli appalti (Relazione al Convegno tenuto a Napoli il 16 febbraio 2007 a cura della Seconda Università di Napoli)*, in *Foro amm. Tar*, 2007, 3, 1210, il quale denuncia una "certa invasività dell'ordinamento comunitario nei confronti degli Stati membri" e da PAOLANTONIO, *Note sulla c.d. tutela ante causam nel codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, IV, *Diritto processuale amministrativo*, Padova, 2007, 331.

nere che la tutela cautelare provvisoria monocratica, già prevista nel nostro ordinamento dall'art. 21, comma 9, l. TAR, risponde in modo completo alle istanze di effettività della tutela giurisdizionale. È un mezzo rapido e privo di formalità defatiganti. Si propone infatti con separata istanza notificata alle controparti (anche con utilizzazione dei nuovi mezzi di notifica in tempo reale), presupponendosi solo l'esistenza di un ricorso giurisdizionale anche contestuale (integrabile successivamente attraverso motivi aggiunti), comunque depositato, ed anche se non sia completato con la prova di tutte le notifiche, come è confermato indirettamente dall'espressa previsione della pronuncia di un decreto motivato da parte dell'organo monocratico investito dell'istanza, anche con contraddittorio non completo. Tale procedura cautelare sembra potersi qualificare come "sollecita" ed "urgente", poiché la misura provvisoria potrà sempre essere conseguita in un ridottissimo arco temporale, senza attendere l'assegnazione della causa ad una delle camere di consiglio programmate (e senza neppure dover dare prova, come detto, del completamento delle operazioni di notificazione).

Né l'esigenza di celerità nell'erogazione della tutela cautelare potrebbe essere frustrata nei casi di assenza od impedimento del presidente (del Tribunale amministrativo regionale o di una sua Sezione) al momento del deposito del ricorso o della separata (e successiva) istanza, atteso che il silenzio della norma sembra autorizzare una possibile sostituzione del presidente con altro magistrato (ad esempio, il più anziano) presente nell'ufficio, senza che occorra all'uopo una specifica delega.

Ai rilievi esposti si aggiunga che, come evidenziato in dottrina, il fondamento della tesi sostenuta della Corte di Giustizia non si rinviene nelle direttive del 2004, le quali si limitano a richiamare la direttiva ricorsi n. 665/89. "Conformemente" ad essa "gli Stati membri assicurano l'applicazione delle presente direttiva tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti" (artt. 81, direttiva 2004/18 e 72, direttiva 2004/17). Dunque, l'espressa previsione della tutela cautelare *ante causam* è frutto di una vera e propria opera interpretativa della giurisprudenza comunitaria citata (come le misure cautelari provvisorie introdotte nel 2000 sono il prodotto della giurisprudenza del T.A.R. Lombardia). Lo strumento della tutela cautelare *ante causam* non è direttamente contemplato nella direttiva ricorsi, che come già più volte ribadito non la richiede espressamente, né nelle nuove direttive del 2004, che a quella si limitano a rinviare; in quelle direttive "è solo previsto che la brevità delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici richiede un trattamento urgente delle violazioni delle norme comunitarie o nazionali di recepimento, senza alcuna specificazione degli strumenti confacenti" (123). Dal punto di vista stretta-

(123) CHITI, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, cit., 901; nello stesso senso, BARBIERI, *Diritto comunitario, processo amministrativo e tutela ante causam*, cit., il quale evi-

mente letterale, le direttive ricorsi, lungi dall'esplicitare l'adesione al modello della tutela ante causam, prevedono semplicemente una tutela cautelare basata sulla "procedura d'urgenza" e sul canone di "massima sollecitudine" (artt. 2, par. 1, lett. a, delle direttive 665/89 e 13/92).

La direttiva ricorsi, cui la Corte di giustizia fa riferimento, è al riguardo quanto mai generica ed anzi la disposizione che si occupa dell'argomento potrebbe agevolmente indurre alla conclusione opposta poiché impone il riconoscimento di un potere "di prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza le misure necessarie intese a riparare la violazione o ad impedire il prodursi di danni", rendendo così evidente la completa parificazione fra l'impedimento del danno (tramite lo strumento cautelare) e l'eliminazione di un danno già verificatosi (che presuppone una sentenza di merito).

Nella visione sostanzialistica della direttiva, dunque, non rileva il momento dell'intervento cautelare bensì l'ampiezza del relativo potere e la sua concreta efficacia. E a questi parametri è perfettamente rispondente il nostro processo cautelare dopo la riforma del 2000 (per tacere della giurisprudenza precedente), circostanza che la Corte di giustizia non ha verificato e che pure era stata ripetutamente evidenziata sia dal Consiglio di Stato che dalla Corte costituzionale (ordinanza n. 179 del 2002) quando avevano entrambi ritenuto su questa base che non fosse necessario prevedere un tal genere di tutela ed il cui precoce e generalizzato inutilizzo nella pratica processuale ne palesa in modo evidente l'inessenzialità al fine di garantire pienezza ed effettiva di tutela giurisdizionale.

Non si è mancato, inoltre, di rilevare come il nuovo tipo di tutela costituisce una lesione ulteriore - dopo la cautela presidenziale introdotta dalla l. n. 205/2000 - alla tradizionale collegialità della giustizia amministrativa e rischia di squilibrare il delicato rapporto esistente tra il presidente e il collegio (124).

Peraltro, lo strumento della tutela cautelare *ante causam* perentoriamente imposto agli Stati membri dalla Corte di Giustizia non si rinviene in sede comunitaria, ove non vi è una tutela del genere. E' sufficiente richiamare, al riguardo, l'art. 83, paragrafo 1 del Regolamento di procedura innanzi alla Corte di Giustizia, il quale ammette la proponibilità di un'istanza cautelare innanzi

denzia che nessuna direttiva comunitaria afferma espressamente che la tutela cautelare debba essere assicurata indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito; CONTESSA, *op. cit.*; CORAGGIO, *op. cit.*; LAZZARA, *Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1169, il quale ritiene che la Corte di giustizia sembra avere in mente un tipo di tutela urgenza più simile a quella sommaria non cautelare che a quella preventiva; PAOLANTONIO, *op. cit.*, 332; ROTIGLAINO, *op. cit.*; VILLATA, *op. cit.*, 855, rileva che "l'affermazione secondo cui la direttiva in questione prevederebbe la facoltà di chiedere la misura interinale senza necessità della previa azione di merito è un'invenzione della Corte. Non ve n'è traccia nella direttiva".

(124) CORAGGIO, *op. cit.*

ai Giudici comunitari solo previa proposizione di un ricorso di merito (in tal modo evidentemente postulando l'inammissibilità di forme di tutela cautelare ante causam avverso gli atti delle Istituzioni e degli Organismi dell'Unione) (125). In sede comunitaria, dunque, l'esercizio dei poteri cautelari della Corte di Giustizia è espressamente subordinato alla instaurazione del ricorso nel merito (come si evince, tra l'altro, dal primo inciso dell'art. 242), essendo accolta in pieno la tecnica processuale che informa il nostro processo amministrativo. Se, quindi, a tali disposizioni si volesse attribuire una qualche valenza paradigmatica (si noti che la complessiva visione organizzativa perseguita dalla Corte di Giustizia guarda ai giudici dei singoli Stati come ad una sorta di "articolazione territoriale" della Corte medesima), non v'è dubbio che essa andrebbe ad indebolire, piuttosto che a rafforzare, le tesi invalse in seno alla giurisprudenza comunitaria.

Come esattamente osservato in dottrina, il terreno della tutela cautelare manifesta in modo evidente un approccio comunitario al tema delle tecniche processuali definito "a geometria variabile" (126), in base al quale il livello sia qualitativo che quantitativo degli strumenti di tutela cautelare che i Giudici comunitari impongono agli ordinamenti nazionali risulta ben diverso (ed assai più stringente) rispetto al livello di incisività che essi stessi realizzano quando vestono i panni di Giudici degli atti amministrativi delle Istituzioni comunitarie.

Comunque sia, occorre prendere consapevolezza del fatto che la giurisprudenza della Corte lussemburghese pone veri e propri principi del diritto comunitario, vincolanti per gli Stati membri: oramai la indefettibilità di una tutela cautelare ante causam è uno di questi, quantomeno nell'ambito degli appalti pubblici comunitari. Conseguentemente, per quanto possa sembrare che la soluzione italiana successiva alla novella del 2000 si facesse ampiamente carico delle esigenze di effettività/tempestività della tutela cautelare espresse dalle fonti sovranazionali, e che per tale motivo essa soddisfi in modo complessivamente appagante (come in fondo ha rimarcato la Consulta nel 2002) l'elevata domanda di "giustizia cautelare", la pronuncia della Corte di giustizia ha creato un vuoto legislativo, colmato dal Codice dei contratti pub-

(125) La disposizione in questione (inserita nell'ambito del capo rubricato "Della sospensione dell'esecuzione e degli altri provvedimenti urgenti mediante procedimento sommario") così recita: "La domanda, ai sensi degli articoli 242 CE e 157 del Trattato CEEA, per la sospensione dell'esecuzione di un atto di un'istituzione è ricevibile solo se il richiedente ha impugnato tale atto in un ricorso dinanzi alla Corte". In proposito, VILLATA, *op. cit.*, 854, osserva che "innanzi alla Corte di giustizia non è possibile chiedere una misura cautelare se non si sia instaurato il giudizio di merito, ed anzi la strumentalità, l'accessorietà e la provvisorietà della misura cautelare in funzione della pronuncia di merito conclusiva di un giudizio già pendente è motivo conduttore di tutta la giurisprudenza comunitaria sul tema".

(126) MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001, p. 46.

blici, con l'introduzione nel settore degli appalti pubblici dello strumento imposto dai Giudici comunitari.

10. L'art. 245 del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, introduce la tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo.

Tra le novità più significative introdotte dal Codice un ruolo di primo piano dev'essere assegnato alle disposizioni della IV parte, dettate in tema di tutela giurisdizionale. Ci si riferisce agli artt. 244-246, nei quali il Codice affronta il nodo gordiano del riparto di giurisdizione, disciplina gli strumenti di tutela giurisdizionale (o equiparati), che, in forza dei recenti orientamenti della giurisprudenza comunitaria, devono essere garantiti ai potenziali contraenti e, da ultimo, riscrive il regime processuale delle controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi.

Le direttive 2004/17 e 2004/18 impongono agli Stati membri di garantire l'efficace tutela dei soggetti partecipanti a pubblici appalti, mediante il richiamo delle cc.dd. direttive ricorsi (89/665 e 92/13). Pertanto, il Codice, nel tentativo di ricercare una equilibrata composizione tra tutela degli interessi sostanziali che si pongono alla base della contrattazione pubblicistica ed esigenze di celerità nella definizione delle relative controversie, opera una sintesi ricognitiva dei vigenti strumenti di tutela contenziosi, precisando i limiti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed introducendo, in ossequio alla giurisprudenza comunitaria, la tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo relativo agli appalti pubblici. In considerazione della estrema rilevanza degli interessi coinvolti, la codificazione della materia costituiva una ineludibile necessità, che il legislatore ha soddisfatto dettando un *corpus* normativo tutto sommato omogeneo, coerente con l'intento di fondo di fare degli appalti pubblici una materia davvero speciale, sebbene, com'è prevedibile, suscettibile di recare non pochi problemi applicativi sul versante della tutela cautelare *ante causam* (127).

(127) Per un'ampia ricostruzione dell'evoluzione del potere cautelare preventivo del giudice amministrativo prima della introduzione della tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo, si rinvia a GAROFOLI, *La nuova tutela cautelare. Profili sostanziali e processuali*, in CARINGELLA - GAROFOLI - MONTEODORO, *Trattato di giustizia amministrativa, vol. II, Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*, Milano, 2006, 757 e ss.; in argomento, sempre prima dell'entrata in vigore del Codice, CARANTA, *La tutela cautelare ante causam contro gli atti adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici*, in *Urb. e app.*, 2003, 885 ss.; CHITI, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno sviluppo davvero ineludibile?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 897; *id.*, *La tutela cautelare ante causam e la progressiva comunitarizzazione del processo amministrativo: alcune riflessioni critiche*, in *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva* (a cura di Sandulli M.A.), Milano, 2005, 57; F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in www.giustizia-amministrativa.it; GUIDARELLI, *I provvedimenti cau-*

A completamento delle disposizioni in tema di giurisdizione, il Codice, nell'art. 245, individua gli strumenti di tutela, sia ordinari che cautelari, introducendo (nei commi da 3 a 8) la tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo, indipendente dalla previa introduzione del giudizio di merito (in tal senso, appunto, *ante causam*) (128).

telari monocratici nel processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 727; LEONARDI, *La Corte di Giustizia interviene nel controverso dibattito italiano in materia di tutela cautelare ante causam*, in *Foro amm. Tar*, 2004, 5, 1226; MARTINELLI, *Notazioni in tema di tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, in *Foro amm. Tar*, 2004, 3739; MINGATI, *Tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo italiano ed ordinamento comunitario: problemi di effettività della tutela giurisdizionale avverso le procedure di aggiudicazione dei pubblici appalti*, in *Riv. trim. appalti*, 2005, 185; MORFINI, *La tutela cautelare ante causam e il principio di effettività nel settore degli appalti pubblici: diritto interno e comunitario*, in *Trib. amm. reg.*, 2005, II, 213; PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000* (a cura di Sassani, Villata), Torino, 2001, 83 ss.; PICOZZA, *La tipologia e gli effetti del processo cautelare dopo la legge n. 205/2000*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario* (a cura di Picozza), Padova, 2003; QUERZOLA, *Colpo d'ariete della corte di giustizia al tabù della tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 353; *id.*, *La Corte di giustizia ancora come il Benvenuto Cellini dei diritti processuali nazionali: tutela cautelare e processo amministrativo spagnolo (o europeo?)* (Nota a Corte di giustizia CE, sez. VI, 15 maggio 2003), in *Dir. proc. amm.*, 2004, 266 ss.; TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva comunitaria*, Milano, 2004.

(128) Sull'argomento, i contributi editi successivamente all'entrata del Codice dei contratti pubblici sono già diversi: per una trattazione organica della disciplina di cui all'art. 245 del Codice, BUONVINO, *I nuovi mezzi di tutela cautelare. Relazione svolta al convegno "Il codice dei contratti un anno dopo", organizzato per il decennale della rivista Urbanistica e appalti*, Roma, 19 ottobre 2007, in www.ildirittoepericoncorsi.it; CORRADINO, *Il giudizio sui "settori sensibili" (art. 23 bis c.d. legge T.A.R. e disposizioni processuali inserite nel recente "Codice dei contratti")*, in *I riti speciali nel giudizio amministrativo* (a cura di Corradino, Dato), Torino, 2008, 332 ss.; DE CAROLIS, *La tutela giurisdizionale nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2006, 1130 ss.; DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2007, 500 ss.; *id.*, *La tutela cautelare*, in *Manuale di giustizia amministrativa* (a cura di Caringella, De Nictolis, Giovagnoli, Poli), tomo II, Roma, 2008, 129 ss.; GAROFOLI, *Il contenzioso. La tutela cautelare ante causam*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI, VI, 2008, Milano, 3999 ss.; MADDALENA, *Giurisdizione e norme processuali (artt. 244-246)*, in *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (a cura di Sanino), Torino, 2006, 681 ss.; MEZZOTERO, *Il riparto di giurisdizione e gli strumenti di tutela nel codice degli appalti*, in *Commentario al Codice degli appalti* (a cura di Saitta), Padova, 2008, 1249 ss.; PAOLANTONIO, *Note sulla c.d. tutela ante causam nel codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, IV, Diritto processuale amministrativo*, Padova, 2007, 331; RUSCICA, *Le novità in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2008, 185 ss.; TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam introdotta dall'art. 245 del codice degli appalti*, in www.giustamm.it.

In argomento, tra gli ulteriori contributi si segnalano: ARDIZZI, *La tutela cautelare ante causam alla luce del codice dei contratti pubblici*, in *Giurisdiz. amm.*, 2008, 1, parte IV, 39 ss.; CRISCENTI, *Gli strumenti di tutela nel codice dei contratti pubblici tra complessità e velocità. Relazione svolta al convegno "Gli strumenti di tutela nel Codice dei contratti pubblici"*, organizzato dall'Ordine degli avvocati di Messina, 19 aprile 2007, in www.giustizia-amministrativa.it; DE GIOIA, *La tutela cautelare ante causam nel nuovo codice dei pubblici appalti: il procedimento inaudita altera parte e l'istruzione probatoria*, in www.nel-diritto.it; FRENI, *Sulla tutela cautelare ante causam. Brevi note a margine dell'art. 245 del Codice degli appalti*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2006, 2087; C.E. GALLO, *La tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici: problemi e prospettive*, in www.giustamm.it; GAVERINI, *La giurisdizione del giudice*

Si tratta, è bene evidenziarlo fin da subito, di uno strumento di tutela ulteriore e settoriale (129), che si aggiunge a quelli già contemplati dal sistema processuale generale, in vista della piena attuazione dei principi del giusto processo e di effettività della tutela giurisdizionale. L'imposizione da parte della Corte di Giustizia di una forma di tutela cautelare *ante causam*, ossia "preventiva" o "pura" (che non accede al ricorso introduttivo, né è formulata con atto separato e successivo, ma è destinata ad essere deliberata dal giudice nell'ambito di un processo incentrato esclusivamente sulla valutazione della sussistenza o meno dei presupposti per la concessione della misura richiesta) viene ad incidere su di un tessuto normativo già apertosi all'atipicità in materia cautelare, grazie all'intervento della legge n. 205/2000, ma in ogni caso ancorato alla necessità della previa instaurazione del giudizio di merito, attraverso la notifica ed il deposito del ricorso (art. 21, comma 8 e 9, l. n. 1034/1971).

Il carattere aggiuntivo dello strumento introdotto dal Codice trova conferma nel rilievo che, nell'ambito delle controversie indicate dall'art. 245, comma 1, d.lgs. 163/2006, sono attivabili anche i congegni cautelari *post causam* già previsti dalla vigente disciplina processuale. L'art. 245, comma 2, d.lgs. 163/2006, infatti, prevede espressamente l'applicabilità della tutela cautelare collegiale, di quella monocratica e delle misure cautelari provvisorie proprie del rito accelerato di cui all'art. 23 bis, l. n. 1034/1971. Opera, altresì, il rimedio della sospensione della sentenza su istanza di parte in grado di appello *ex art.* 33, comma 3, l. n. 1034/1971, nonché quello della c.d. ottemperanza cautelare previsto dall'art. 21, comma 14, l. n. 1034/1971. La misura cautelare *ante causam*, pertanto, è soltanto uno dei possibili rimedi invocabili dal soggetto legittimato al ricorso; ne segue il suo carattere facoltativo, trattandosi di uno strumento (settoriale) che si aggiunge a quelli che già fanno

amministrativo in materia di appalti e le forme di tutela, anche cautelare, nel codice degli appalti (d.lgs. n. 163/2006): spunti di riflessione, in *Foro amm. Tar*, 2006, 11, 3554; MAIMONE, *La tutela cautelare ante causam nell'ambito della giurisdizione esclusiva del G.A.*, in *Rass. avv. St.*, 2006, IV, 334 ss.; PAOLANTONIO, *Note sulla c.d. tutela ante causam nel codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, IV, *Diritto processuale amministrativo*, Padova, 2007, 331; ROTIGLIANO, *La tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici: molto rumore per nulla*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 10, 3400; M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit; F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale: prime riflessioni*. Relazione alla Giornata di studio su: "Il nuovo Codice dei contratti pubblici: prime riflessioni" - Lamezia Terme, 18 maggio 2006, in www.giustamm.it; M.A. SANDULLI, *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici (note a margine degli artt. 244-246 del codice De Lise)*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 3375, e in www.federalismi.it.

(129) La relazione che accompagna il Codice evidenzia, al riguardo, la sussistenza della delega legislativa ad introdurre la tutela cautelare *ante causam* nel processo relativo ai pubblici appalti, in quanto la legge delega prevede il recepimento delle direttive 2004/18 e 2004/17; sia la direttiva 2004/17 che la direttiva 2004/18, rispettivamente agli artt. 72 e 81, impongono agli Stati membri di assicurare l'applicazione delle direttive medesime con meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti, in conformità alle cc.dd. direttive ricorsi (direttiva 1989/665 per lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, direttiva 1992/13 per lavori, servizi e forniture nei settori speciali).

parte del sistema processuale (generale).

La disciplina della tutela *ante causam* per gli appalti, imposta all'Italia solo per gli appalti sopra soglia, è stata estesa dal Codice anche alle controversie relative agli appalti sotto soglia; tale scelta, sicuramente da condividere, sotto il profilo dell'uniformità di disciplina processuale assicurata alla materia dei pubblici appalti, a prescindere dal loro importo, pur sollevando alcuni dubbi di legittimità costituzionale - sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza e del diritto di difesa (artt. 3, 24 e 113 Cost.), stante l'assenza di un'analogia disciplina per tutte le altre controversie devolute ai giudici amministrativi (130) - può costituire un valido banco di prova al fine di un futuro riconoscimento generalizzato della tutela preventiva nel processo amministrativo, al pari di quanto avviene nel processo civile. Si parla, in proposito, di c.d. effetto *spill over* (131), il quale si realizza quando la regola processuale imposta dalla Corte di Giustizia trascende l'originario ambito oggettivo di applicazione ed è estesa alle situazioni giuridiche di rilievo interno da questa non contemplate (132).

Se è vero che la disparità dei rimedi processuali non può essere giustificata in ragione del rilievo comunitario di alcune di tali controversie (133), a

(130) Il rilievo è stato da subito formulato dalla dottrina: F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale*, cit., il quale in proposito auspica che “*il problema, se l'innovazione produrrà (...) una sorta di effetto volano, potrebbe essere risolto attraverso un ulteriore intervento legislativo inteso a generalizzare il nuovo strumento di tutela*”. Occorre ricordare che la Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato nel parere del 6 febbraio 2006, n. 355/2006, reso sullo di d.lgs., ha invitato l'Amministrazione a valutare l'opportunità di assumere una specifica ed urgente iniziativa legislativa diretta a prevedere l'estensione della tutela cautelare *ante causam* alla generalità dei casi di giurisdizione amministrativa; tale iniziativa, però, almeno allo stato, non ha avuto seguito.

(131) La lett. f) del comma 2 dell'art. 44, l. n. 69/2009, contenente la delega per la riforma del processo amministrativo, prevede la possibilità di generalizzare la tutela cautelare *ante causam*. La prevista generalizzazione dell'istituto, al di là delle materie già contemplate dall'art. 245 del Codice dei contratti pubblici, è stata poi attuata con l'art. 73 della bozza provvisoria del Codice del processo amministrativo (in www.lexitalia.it, n. 2/2010, con annotazioni di LIBERATI), su cui si rinvia al lavoro di prossima pubblicazione su questa *Rassegna*.

(132) Sul punto, BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, cit., 128; CARANTA, *La comunitarizzazione del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 1996, 451; DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in europa fra integrazione e diversità*, cit. 28; PROTTO, *L'effettività di tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti. Studio sull'influsso dell'integrazione europea sulla tutela giurisdizionale degli operatori economici nei confronti delle amministrazioni nazionali*, Milano, 1997, 5; TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, cit., 30; *id.*, *Giustizia amministrativa ed appalti pubblici: influssi comunitari e linee di tendenza*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 1113.

(133) In tal senso M.A. SANDULLI, *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici*, cit., la quale precisa che “*una tale disparità di trattamento rispetto alla disciplina processuale applicabile a fattispecie prive di rilievo comunitario contrasta con i principi costituzionali in tema di uguaglianza e di diritto di difesa. È pertanto auspicabile che il legislatore intervenga sollecitamente a disciplinare il rimedio ante causam in generale o che, quanto meno, i giudici amministrativi sottopongano in tempi brevi la questione alla Consulta*”. Della stessa opinione è TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit., che richiama il parere reso dalla sezione consultiva del Consiglio di Stato nell'adunanza del 6

superare il sospetto di incostituzionalità può valere il rilievo che non si tratta di una normativa che reca una *deminutio* di tutela, ma che l'accresce (sia pure in via solo teorica), in vista della successiva estensione del rimedio ad altri settori dell'ordinamento.

Al riguardo, sebbene parte della dottrina abbia prospettato la necessità di introdurre la tutela cautelare *ante causam* anche nel contenzioso che esula dalla materia degli appalti pubblici (134), sembra preferibile aderire alla soluzione restrittiva sostenuta da coloro i quali ritengono che tale forma di protezione debba restare circoscritta all'ambito oggettivo di applicazione imposto dalla Corte del Lussemburgo (135).

In senso contrario alla generalizzazione della tutela cautelare *ante causam*, si svolgono, in dottrina, le seguenti argomentazioni:

- il legislatore non è obbligato ad assicurare in favore di tutte le situazioni giuridiche soggettive le medesime forme di tutela giurisdizionale, in quanto, nella regolamentazione degli istituti processuali e nella previsione di forme di tutela differenziate questo gode di una ampia discrezionalità, da esercitare nei limiti della ragionevolezza, con riguardo alla particolarità del rapporto dedotto in giudizio (in tal senso, peraltro, si era espressa la Corte costituzionale con la citata ord. 10 maggio 2002, n. 179);

- la tempestività e la effettività della tutela cautelare sono egualmente garantite dal complesso delle disposizioni processuali di matrice interna, così come riformate a seguito della l. n. 205/2000 (Corte cost., ord. 10 maggio 2002, n. 179);

- per principio generale dell'ordinamento, ogni azione cautelare, anche *ante causam*, presuppone sempre l'accertamento del *fumus boni iuris*, non potendosi fondare su mere esigenze di celerità funzionale;

- ammettendo che la tutela cautelare *ante causam* si fondi su mere esigenze di celerità funzionale, allora il decreto cautelare *ex art.* 245, d.lgs. n. 163/2006 costituirebbe uno strumento del tutto assimilabile al decreto presi-

febbraio 2006, che invitava ad *assumere una specifica ed urgente iniziativa legislativa diretta a prevedere la tutela cautelare per la generalità dei casi di giurisdizione amministrativa.*

(134) In tal senso, CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 453; M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, cit.; TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, cit.; *id.*, *La nuova tutela cautelare ante causam introdotta dall'art. 245 del Codice degli appalti*, cit.

(135) BARBIERI, *Diritto comunitario, processo amministrativo e tutela ante causam*, cit.; CHITI, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno sviluppo davvero ineluttabile?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 897 ss.; *id.*, *La tutela cautelare ante causam e la progressiva uniformazione del processo amministrativo: alcune riflessioni critiche*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Le nuove frontiere del giudice amministrativo, tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Milano, 2005, 57 ss.; PAOLANTONIO, *Note sulla c.d. tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, cit., 331 ss.; VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, cit.

denziale *inaudita altera parte* previsto in linea generale dalla legge TAR, considerato che, proprio come avviene nell'ipotesi di cui all'art. 21, comma 9, da un lato, occorre un atto che comunque sia notificato e depositato; dall'altro, sull'istanza del privato provvede sempre il Presidente o un altro giudice monocratico da questo designato.

Già all'indomani della pronuncia della Corte di giustizia del 2004 concernente l'ordinamento italiano, la giurisprudenza circoscriveva il vincolo scaturente dalla giurisprudenza comunitaria alla sola materia degli appalti sottoposta alla disciplina comunitaria o, al più, alle situazioni giuridiche soggettive comunitarie (136). Allo stato attuale della legislazione, dunque, in mancanza di un intervento legislativo estensivo (auspicabile o meno che sia), al di fuori dell'ambito degli appalti pubblici comunitari o, al più, delle situazioni giuridiche soggettive di matrice comunitaria, un ricorso volto ad ottenere una tutela cautelare "preventiva" o "pura", vale a dire scissa dal giudizio di merito, è inammissibile, in quanto rappresenta un rimedio non previsto in via generale nell'ordinamento processuale amministrativo. Si consideri, peraltro, che risponde ad un principio generale costantemente confermato che l'estensione al processo amministrativo di istituti di diritto processuale civile è ammissibile solo in presenza di una espressa previsione legislativa, che manca per il procedimento cautelare *ante causam* ex art. 700 c.p.c. (137).

Quanto all'ambito applicativo della tutela cautelare *ante causam* prevista dall'art. 245, comma 3, d.lgs. n. 163/2006, si discute se il nuovo strumento di tutela si riferisca alle *materie elencate nello stesso art. 245, comma 1, o alla materia delle procedure di affidamento come contemplata dall'art. 23 bis, l. n. 1034/1971*, il cui rito è espressamente richiamato.

L'art. 245, comma 1, d.lgs. n. 163/2006, si riferisce agli atti delle procedure di affidamento, nonché degli incarichi e dei concorsi di progettazione, relativi a lavori, servizi e forniture previsti dal codice degli appalti, nonché ai provvedimenti dell'Autorità. Tuttavia, l'art. 23 bis, l. n. 1034/1971, nel contemplare il rito speciale per le procedure di affidamento, lo estende anche agli atti relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate alle opere pubbliche e di pubblica utilità cui si riferiscono le procedure di affidamento. Se si riferisce la tutela *ante causam* alla materia "*procedure di affidamento*" in senso stretto, come prevista dall'art. 245, comma 1, d.lgs. n. 163/2006, la stessa non può essere invocata in relazione alle strumentali procedure espropriative. Se si riferisce, invece, la tutela *ante causam* alla ma-

(136) T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 30 luglio 2004, n. 7550, in *Foro amm. Tar*, 2004, 2232, con nota di MARTINELLI, *Notazioni in tema di tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, che ha ritenuto inammissibile una domanda cautelare *ante causam* proposta dalla Società Sportiva Calcio Napoli S.p.A. per l'iscrizione al torneo di calcio professionistico di serie B per l'anno 2004/2005.

(137) Cons. St., sez. V, 27 aprile 2006, n. 2374, in *Foro amm. CdS*, 2006, 4, 1201; *id.*, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 942, in *Giust. civ.*, 2005, 9, 2242.

teria “*procedure di affidamento*”, come contemplata dall’art. 23 *bis*, l. n. 1034/1971, con estensione alle strumentali procedure espropriative, allora anche per queste ultime sarebbe ammissibile la tutela *ante causam* (138).

Al riguardo, pare preferibile la tesi secondo cui la tutela cautelare *ante causam* è da riferirsi esclusivamente alle materie di cui all’art. 245, comma 1, del Codice, poiché il richiamo all’art. 23 *bis*, l. TAR vale soltanto ad indicare il rito applicabile alle controversie in tema di appalti e non anche ad individuare ulteriori materie nelle quali si possa proporre istanza per l’adozione di misure interinali e provvisorie *ante causam*; ulteriore conferma in tal senso sembrerebbe potersi trarre dal fatto che il comma 3 - introduttivo della tutela cautelare *ante causam* - non fa riferimento alcuno (come pure i commi successivi) all’art. 23 *bis*, ma solo all’art. 21, commi 8 e 9, l. TAR (139).

11. La strumentalità della tutela cautelare quale postulato inabdicabile e non sacrificabile in nome della rapidità della risposta giurisdizionale

Prima di valutare quale possa essere l’impatto pratico della nuova forma di tutela cautelare introdotta dall’art. 245 del Codice e se effettivamente - come pare doversi escludere - contribuisca ad un reale accrescimento di tutela, occorre premettere che la tutela cautelare (nel suo complesso considerata), solo in via prima approssimazione può costituire una forma rapida di soddisfazione delle esigenze di giustizia del cittadino: altro è la celere definizione dei giudizi nel rispetto del principio comunitario (ora costituzionalizzato all’art. 111) della ragionevole durata dei processi, altro è la concessione di una misura provvisoria e interinale, ad efficacia temporalmente limitata (*arg. ex art. 245, comma 6*), inidonea a definire l’assetto di interessi sotteso alla domanda giudiziale.

Non appare condivisibile l’opinione secondo cui l’effettività della giustizia amministrativa è garantita dalla tempestività (alla stregua del principio “*si faccia presto, indipendentemente se bene o male*”), dovendosi, per tale ragione, potenziare gli strumenti di tutela cautelare che incidono sul fattore tempo (140).

Né è condivisibile la tesi che, muovendosi nell’ottica del giudizio sul rapporto, ritiene che il modello di tutela cautelare imposto dalla Corte di Giustizia potrebbe identificare lo strumento atto a consentire la definitiva risoluzione della *res litigiosa*, senza che sia necessario instaurare e/o attendere l’ordinario giudizio a cognizione piena, ma stimolando l’esercizio del potere di autotutela

(138) Sul punto, DE NICTOLIS, *La tutela cautelare*, in *Manuale di giustizia amministrativa* (a cura di Caringella, De Nictolis, Giovagnoli, Poli), tomo II, Roma, 2008, 142.

(139) In tal senso, BUONVINO, *op. cit.*; CAPOGNA, *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice degli appalti*, Ipsa, 2007, 1759.

(140) DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo, nel nuovo assetto della tutela dettato dall’art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2001, 24.

della pubblica amministrazione resistente (141).

Né, ancora, convince il tentativo, compiuto in dottrina, di espandere *sic et simpliciter* al processo amministrativo l'attenuazione del principio di strumentalità della misura cautelare avvenuta nel processo civile (art. 669 *octies*, comma 6, 7 e 8; art. 669 *nonies*) e societario (art. 23, commi 1-4; art. 24, comma 3, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5) a seguito delle recenti riforme, sostenendo che al processo amministrativo possa analogicamente trovare applicazione la regola della facoltatività della introduzione del giudizio di merito, che potrebbe essere sostituito dalla definizione in sede cautelare del rapporto controverso (142).

Orbene, non v'è dubbio che l'estensione del modello processual-civile di c.d. strumentalità attenuata al processo amministrativo finirebbe per far trasformare sostanzialmente la tutela cautelare d'urgenza in una forma di tutela sommaria, in quanto tale anche autonoma rispetto alla decisione di merito (143). Com'è noto, la tutela sommaria non cautelare consente al giudice di giungere velocemente alla definizione della lite sulla base di una cognizione celere ed, eventualmente, incompleta; inoltre, il rito speciale (sommario) ha l'attitudine a definire il giudizio eventualmente attraverso una decisione anticipata (riduzione dei termini, ecc.) oppure assunta allo stato degli atti (144). Dalla tutela sommaria quella cautelare si distingue: sul piano funzionale, per essere al servizio della tutela principale;

(141) La tesi è sostenuta da VERCILLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo ed il paradigma imposto dalla Corte di Giustizia nell'ottica del giudizio sul rapporto*, in www.giustamm.it.

(142) Al riguardo, VIOLA, *Riforma del processo civile e giudizio amministrativo: l'attenuazione del principio di strumentalità della misura cautelare*, in www.giustamm.it, il quale ipotizza la possibilità di una sostanziale estensione giurisprudenziale (in mancanza di specifici interventi del legislatore) del principio di strumentalità attenuata del nuovo processo civile alla multiforme tipologia di processi che caratterizzano il nostro ordinamento ed in particolare, al processo amministrativo che costituisce certamente il campo di intervento più "vicino" al diritto processuale civile e interessante in una prospettiva di uniformazione dei diversi riti processuali; di analogo avviso, sia pur in modo dubitativo, è GOISIS, *op. cit.*; nonché ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996, 78 secondo cui la perdita del carattere strumentale della tutela cautelare nel processo amministrativo costituisce una evoluzione insita nel nostro sistema di giustizia amministrativa.

(143) GAVERINI, *op. cit.*, esprime un giudizio favorevole alla trasformazione della tutela cautelare *ante causam* in una forma di tutela sommaria, dovendosi consentire la progressiva emancipazione della fase cautelare *ante causam* rispetto al vero e proprio giudizio di merito, così come è già avvenuto per i provvedimenti positivi di cui all'art. 669 *octies*, c.p.c., rimettendo alle parti interessate la possibilità di instaurare un vero e proprio giudizio di merito qualora abbiano ragione di sostenere l'esistenza di valide motivazioni a supporto della loro posizione giuridica. Ciò che, ammette lealmente l'A., imporrebbe di interpretare il requisito del *fumus boni iuris* in modo più rigoroso, poichè "necessariamente l'accertamento della presumibile fondatezza dell'istanza dovrebbe essere effettuato con maggior rigore e più specifica attenzione".

(144) Sulla distinzione tra tutela cautelare e tutela sommaria (non cautelare), MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nei processi civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 593; sul punto, si veda, MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 952.

su quello giuridico-formale, per non avere l'attitudine a comporre definitivamente il conflitto di interessi; ed infine, per avere come presupposto una situazione di *periculum in mora*, invece non richiesta per la tutela sommaria, che procede celermente a prescindere da una concreta situazione di pericolo, grave e irreparabile.

Se sul piano della finalità perseguita tutela cautelare e tutela sommaria sembrano avvicinarsi notevolmente, atteso che proprio la speditezza del rimedio accomuna queste forme di tutela differenziata generalmente unificate nella categoria della "tutela d'urgenza", tuttavia, è evidente nella tutela sommaria la finalità è solo quella di consentire al giudice di pervenire il più rapidamente possibile alla definizione della controversia, mentre nella tutela cautelare la celerità rimane strumentale ad un accertamento definitivo a cognizione piena.

Poste queste premesse, non pare ragionevole assumere che, in nome di esigenze di immediatezza e rapidità della tutela giurisdizionale, ci si possa accontentare di una cognizione superficiale (quale quella propria della tutela cautelare), destinata tendenzialmente (*rectius*: facoltativamente) a sostituire la decisione di merito nella logica della strumentalità attenuata del processo civile, che si vorrebbe trapiantare nel processo amministrativo a vantaggio della prontezza della decisione. Una tale soluzione, per il processo amministrativo, non sarebbe rispondente al principio di effettività della tutela giurisdizionale e di tutela del contraddittorio, non potendosi abdicare la regola che impone di considerare il provvedimento cautelare accessorio e strumentale rispetto alla successiva tutela impugnatoria, che deve essere tempestivamente richiesta. Come si esaminerà in prosieguo, il Codice dei contratti si muove in quest'ottica, discostandosi dalle suindicate tendenze del processo civile (art. 669 *octies* c.p.c.), ove si è riconosciuta la possibilità per la tutela cautelare anticipatoria di mantenere la propria efficacia, ancorché non di giudicato, anche nel caso in cui il giudizio di merito non venga proposto.

Il mantenimento della regola della necessaria strumentalità e non autosufficienza della misura cautelare, che si connota nelle intenzioni del legislatore come una misura *ad tempus* e non in grado di produrre effetti irreversibili sulla vicenda controversa, è senz'altro da condividere, ove si tenga conto che nel sistema sostanziale e processuale amministrativo non è consentito che un provvedimento della pubblica amministrazione rimanga, *sine die*, in condizione di sospensione, anche quando questo permanere sia conseguenza di una scelta della parte pubblica. Non si potrebbe ammettere, perciò, che un provvedimento cautelare (in quanto tale a cognizione superficiale, emesso sulla base di un giudizio di probabilità e verosimiglianza e per di più reso *inaudita altera parte*) del giudice amministrativo possa permanere senza limiti di tempo, in quanto non connesso ad un giu-

dizio di merito che, prima o poi, dovrà comunque essere concluso (145). La situazione di incertezza, allorché si sia in presenza dell'esercizio della funzione amministrativa, è comunque apprezzata dal legislatore in modo negativo, tanto se si fa valere un interesse legittimo oppositivo quanto se si fa valere un interesse legittimo pretensivo. In ciò consiste la specificità del processo amministrativo, che impedisce la meccanica trasposizione della regola processualcivile di c.d. strumentalità attenuata, che trova una sua logica (anche deflattiva) nelle controversie tra privati.

La conclusione raggiunta nel Codice dei contratti, del resto, è corretta anche perché, in materia, non sarebbe possibile opporre al provvedimento cautelare senza termine il rimedio che viceversa è consentito nel processo civile. Nel processo civile, com'è noto, infatti, il soggetto destinatario di un provvedimento cautelare anticipatorio, nel caso in cui il giudizio di merito non sia stato tempestivamente avviato, ha comunque la possibilità, che gli è riconosciuta in giurisprudenza, di proporre un giudizio di accertamento negativo, al fine di far accertare che la controparte non è titolare del diritto in relazione al quale ha chiesto la cautela.

Nel processo amministrativo, un meccanismo del genere non sarebbe attivabile in tutti i casi in cui la tutela cautelare è rivolta nei confronti di un provvedimento, perché, secondo consolidato indirizzo giurisprudenziale, non si ritiene ammissibile il giudizio di accertamento a tutela di interessi legittimi. Il che significa che, in questa situazione, il provvedimento del giudice avrebbe un effetto a tempo indeterminato, non essendo consentito all'amministrazione di intervenire in proposito se non adeguandosi espressamente (e perciò con degli effetti che sono, dal punto di vista generale, ancora più criticabili rispetto a quelli introdotti dalla legge n. 168 del 2005 nel caso di provvedimenti cautelari nei procedimenti di abilitazione professionale).

Soltanto parziale sarebbe la possibilità di un rimedio costituito dal ricorso in sede giurisdizionale nei confronti del provvedimento che l'amministrazione abbia adottato in attuazione della tutela cautelare nell'ipotesi in cui questa tutela imponga un riesame, posto che, da un lato, in questo caso la possibilità di

(145) In questi termini, GALLO, *La tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici: problemi e prospettive*, cit.; nello stesso senso, M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, cit., la quale esprime favore per la scelta del Codice di confermare la non autosufficienza della misura cautelare, in considerazione della "rilevata peculiarità del processo amministrativo ed evidentemente degli interessi ivi coinvolti"; tali considerazioni sono riprese dall'A. nel successivo scritto *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit.; della stessa opinione è PAOLANTONIO, *Spunti di riflessione sulla tutela cautelare secondo la legge di delega per la codificazione del processo amministrativo*, in www.giustamm.it, secondo cui "l'istanza cautelare ante causam di cui al Codice dei contratti pubblici non ripete nulla dei principi affermati dalla dottrina processualcivile in materia di tutela cautelare c.d. uniforme: l'istituto del Codice sui contratti pubblici non presenta, in alcuna delle accezioni che la dottrina ha elaborato nei decenni, da Calamandrei in avanti, alcuno dei profili di autonomia e strumentalità che essa tutela deve presentare".

ricorso non potrebbe essere riconosciuta all'amministrazione e, dall'altro, che il provvedimento amministrativo conforme all'ordinanza cautelare non potrebbe che essere considerato, in sé, legittimo.

L'accessorietà della tutela cautelare amministrativa rispetto al merito del giudizio è perciò da considerare non rinunciabile in nome di esigenze di celebrità della risposta giurisdizionale. Del resto, in una materia, quale quella dei contratti pubblici, il reale bisogno di giustizia del cittadino si appunta non già sulla tutela cautelare, ma nella pronta definizione del merito, cui consegue la conformazione della successiva azione della stazione appaltante, che il rito accelerato disciplinato dall'art. 23 *bis*, l. n. 1034/1971 aveva inteso garantire. Invero, l'obiettivo della celere definizione dei giudizi, che assicuri al contempo una piena e soddisfacente tutela delle situazioni giuridiche dedotte in causa, è meglio perseguibile, ove possibile, attraverso una razionale riduzione dei tempi processuali, anziché attraverso l'ampliamento delle tecniche di tutela interinale. In sostanza, come acutamente sottolineato dai primi commentatori del nuovo sistema di tutela cautelare preventiva (146), *“la ragionevolezza (n.d.r.: dei tempi processuali) è forse più figlia della semplicità (del rito), che della (sua) velocità”*.

Le esigenze di speditezza vanno sempre temperate con la necessità di garantire una risposta giudiziaria qualitativamente adeguata, frutto di una ponderazione dei diversi interessi, rispettosa del principio del contraddittorio (che va maggiormente garantito quando sono in gioco interessi pubblici) e non limitata nel proprio svolgersi dall'impellente obbligo di dar luogo ad una pronuncia celere e molte volte, proprio perché tale, affrettata.

L'incompatibilità tra la riduzione dei tempi processuali e la concessione di rimedi cautelari è ben dimostrata dalla tendenza normativa a rendere più rigorosi i presupposti per la concessione delle misure cautelari in proporzione alla riduzione dei tempi previsti per la definizione del giudizio nel merito. Esempio è, in proposito, l'art. 14, d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190 (ora refluato nell'art. 246, comma 3, del Codice), che impone al giudice della cautela di valutare non solo l'irreparabilità e l'imminenza del pregiudizio del ricorrente, ma anche il preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera strategica, introducendo così una formula che sostanzialmente inibisce l'emissione di una qualsiasi misura cautelare, in quanto sconta in radice un giudizio di valore tutto sbilanciato in favore dell'interesse pubblico, non casualmente definito “preminente”; sicché, in tal caso, è consentito ritenere che una misura cautelare potrebbe essere concessa solo in ipotesi di contrapposizione con diritti individuali costituzionalmente protetti e afferenti, ad esempio, alla salute del ricorrente.

(146) CRISCENTI, *Gli strumenti di tutela nel codice dei contratti*, cit.

12. I profili comuni e differenziali della tutela cautelare ante causam disciplinata dall'art. 245 del Codice rispetto alla tutela cautelare ante causam civile

La nuova disciplina - contenuta nei commi da 3 a 8 dell'art. 245 -, se per taluni aspetti appare modellata sulle corrispondenti norme dettate dal codice di procedura civile, per altri se ne differenzia notevolmente in ragione delle peculiarità del processo amministrativo (è il caso, ad esempio, del procedimento *inaudita altera parte*, della non impugnabilità del provvedimento negativo e dei rimedi, azionabili anche d'ufficio, avverso il provvedimento di interinale e provvisorio di accoglimento)(147).

Del resto, la stessa relazione che accompagna il Codice, dopo aver premesso che per tutela cautelare *ante causam* s'intende l'ipotesi in cui una parte chiede la tutela cautelare prima di proporre il ricorso di merito, aveva rilevato la necessità che siffatto meccanismo venisse adeguato alle peculiarità del processo amministrativo e all'organizzazione della giustizia amministrativa, evidenziando come la disciplina proposta, oltre che costituire un agile strumento a tutela dei concorrenti pretermessi dalla gara, avesse anche una funzione latamente deflattiva del contenzioso, istituendo una sorta di primo filtro, utile a scoraggiare appelli alla giustizia con finalità meramente dilatoria. Tuttavia, come si dirà in sede conclusiva, dell'effettiva idoneità del rimedio congegnato dal Codice a garantire il conseguimento di siffatti obiettivi v'è da dubitare.

La disciplina del rimedio dettata dal Codice è, dunque, solo in parte mutuata da quella processualciviltistica (148).

Quanto ai profili comuni al corrispondente rimedio civilistico, si osserva, schematicamente, che:

- la domanda cautelare dev'essere esaminata da un giudice monocratico (presidente o suo delegato)(149);

(147) La disciplina del rito cautelare nel processo civile prevede, infatti, una prima ipotesi - che può dirsi ordinaria - in cui l'istanza cautelare è decisa dal giudice con ordinanza, in seguito all'instaurazione del contraddittorio mediante la convocazione delle parti in un'apposita udienza. La seconda ipotesi è, invece, quella della misura cautelare resa prima dell'instaurazione del contraddittorio, nel caso in cui la preventiva convocazione della controparte possa "*pregiudicare l'attuazione del provvedimento*" (*inaudita altera parte*). In tale evenienza, il giudice concede, se del caso, la misura cautelare richiesta con decreto motivato, fissando contestualmente, entro un termine non superiore a 15 giorni, l'udienza di comparizione delle parti ed assegnando all'istante un termine perentorio (non superiore a 8 giorni) per la notificazione della domanda cautelare e del decreto. A tale udienza, il giudice, nel contraddittorio tra le parti, provvede con ordinanza confermando, modificando o revocando le misure in precedenza adottate. Come si vede, il contraddittorio è soltanto posticipato. Si veda l'art. 669 *sexies*, commi 1 e 2, c.p.c.

(148) Sul punto, cfr., PAOLANTONIO, *Spunti di riflessione sulla tutela cautelare secondo la legge di delega per la codificazione del processo amministrativo*, cit.

(149) La relazione di accompagnamento al Codice, elencando le disposizioni mutate dal processo civile, parla espressamente di profili disciplinatori (artt. da 669 *bis* a 669 *quaterdecies* c.p.c.) da adattare

- l'istanza cautelare *ante causam* va proposta al giudice competente per il merito (art. 669 *ter*), onde evitare che il richiedente possa scegliersi il giudice della cautela;

- il giudice monocratico provvede o in forma decretale (*inaudita altera partem*) oppure con ordinanza (nel contraddittorio tra le parti), se l'urgenza lo permette (art. 669 *sexies*);

- il giudice monocratico provvede senza formalità, potendo comunque compiere gli atti di istruzione indispensabili (art. 669 *sexies*);

- con il provvedimento cautelare il giudice fissa un termine per la notifica alle altre parti del medesimo provvedimento (art. 669 *sexies*);

- il provvedimento cautelare è revocabile e modificabile dal giudice che lo ha emesso (art. 669 *decies*).

La specificità del processo amministrativo, diversamente da quanto previsto per la domanda cautelare *ante causam* nel processo civile (art. 669 *sexies*, comma 1 e 2), ha consigliato ai codificatori di introdurre un modello di tutela cautelare esclusivamente *ante causam*, ma non anche *inaudita altera parte*, nel senso processual-civilistico del termine, fondato cioè sull'accesso immediato al giudice, salva successiva notifica alle altre parti del ricorso introdotto, con il calce il decreto di fissazione dell'udienza o, direttamente, il decreto contenente la misura cautelare nei casi di maggiore ed indilazionabile gravità.

Il comma 4 dell'art. 245, infatti, richiede espressamente che l'istanza debba essere "*previamente notificata ai sensi dell'articolo 21, comma 1, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034*" (ossia tanto all'organo che ha emesso l'atto impugnato quanto ai controinteressati ai quali l'atto direttamente si riferisce, o almeno ad alcuno tra essi).

Il concetto di *inaudita altera parte*, nella tutela cautelare preventiva amministrativa (al pari, tuttavia, di quanto già accade per le misure provvisorie di cui al comma 9 dell'art. 21, l. n. 1034 del 1971, ai sensi del quale, il ricorrente può, "*contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie. Il presidente provvede con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio*"), non viene inteso, come nel processo civile, quale effettiva assenza della controparte alla quale non viene neppure notificato il ricorso (art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c.), bensì quale possibilità del giudice della cautela di provvedere anche senza sentire il contraddittore, a cui, comunque, l'istanza (solo questa e non anche, ovviamente, l'intero ricorso) è stata previamente notificata (che, quindi, è al corrente, quantomeno in astratto, che

al processo amministrativo.

Sui poteri monocratici del giudice di primo grado si veda BURICELLI, *Il giudice amministrativo monocratico di primo grado: riflessioni su ipotesi di riforma*, in www.giustizia-amministrativa.it.

è stato incardinato un procedimento cautelare che lo riguarda). In tal modo, i contraddittori avranno la possibilità, se lo ritengano e compatibilmente con la ristrettezza dei tempi imposta dall'urgenza di provvedere, di contraddire prima dell'adozione del provvedimento cautelare.

La scelta di diversificazione dei riti impone di vagliarne le ragioni sottese.

Un utile spunto lo si trae dalla relazione di accompagnamento al nuovo Codice, dalla quale emerge che non si è ritenuto necessario omettere la fase della notifica perché l'adempimento non richiede tempi incompatibili con la tutela *ante causam*. Vi è poi, probabilmente, l'inconscio obiettivo di differenziare e valorizzare la posizione dell'Amministrazione, resistente istituzionale nel processo amministrativo, rispetto a quella di ogni altro contraddittore privato nel processo civile, laddove la tutela ante causa senza contraddittorio immediato è prevista (150).

Tali argomentazioni non convincono una parte della dottrina (151), la quale non ha mancato di rimarcare che l'obbligo della previa notifica dell'istanza riduce il valore della tutela *ante causam*, connotata da esigenze di "eccezionale gravità ed urgenza", che suggerivano l'opzione, anche nel processo amministrativo, per il mero deposito dell'istanza così da consentire al Presidente di provvedere, laddove ne avesse ravvisato la necessità, anche a contraddittorio non instaurato, al pari di quanto previsto nel procedimento cautelare *ante causam civile*. In questo senso si rimarca come l'esigenza di eccezionale necessità ed urgenza non può non consistere nella difficoltà di notifica dell'istanza ante causam, sicché averla imposta vanificherebbe le esigenze di celerità ed immediatezza della tutela sottese alla introduzione del rimedio (152).

Questa soluzione, tra l'altro, avrebbe dato un senso all'obbligo, contemplato dal comma 6 dell'art. 245 e presente anche nel procedimento civile *inaudita altera parte*, posto in capo al richiedente, di notificare, alle altre parti e in termini stringenti, l'eventuale provvedimento di accoglimento (che nel processo civile opera solo per il decreto ed ha la funzione di integrare quel contraddittorio eliso in prima battuta per conferire reale celerità ed efficienza al procedimento). Per di più, si sottolinea che l'imposizione dell'onere della pre-

(150) In tal senso M.A. SANDULLI, *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici (note a margine degli artt. 244-246 del codice de Lise)*, cit.

(151) DE GIOIA, *op. cit.*; FRENI, *op. cit.*; PAOLANTONIO, *op. cit.*; PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008.

(152) PAOLANTONIO, *op. cit.*; N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2008, 157, evidenzia che "la strana prescrizione di un obbligo di previa notifica dell'istanza cautelare non pare in linea con quanto ipotizzato nel terzo comma, dato che l'interessato alla misura cautelare ante causam, mentre in un certo senso è sollevato dall'onere della previa notifica del ricorso, deve trovare, comunque, il tempo per previamente notificare l'istanza cautelare medesima".

via notificazione dell'istanza finisce per assimilare, dal punto di vista pratico, l'istanza di tutela cautelare *ante causam* al decreto presidenziale di cui all'art. 21, comma 9, l. TAR, sicchè ci si chiede quale sia, in concreto, la novità introdotta dall'art. 245 del Codice, che continua a prevedere la notifica dell'istanza alle parti necessarie.

In ogni caso, al di là delle ragioni di fondo e pur consapevoli della pertinenza delle suesposte obiezioni, la scelta del legislatore di mantenere fermo l'obbligo della notifica dell'istanza all'amministrazione ed al controinteressato (153) appare, ad avviso di chi scrive, pienamente coerente con la necessità di garantire, comunque, nel processo amministrativo la regola generale e fondamentale del contraddittorio, non potendosi l'amministrazione considerare una parte eguale alle altre, che dev'essere posta in grado (se lo riterrà) di rappresentare i propri interessi, anche con funzione di ausilio al giudice, chiamato ad intervenire in tempi ristrettissimi (154). Non è, del resto, da porre in discussione che - come rilevato dalla relazione di accompagnamento al Codice - la fase della notifica non richiede tempi incompatibili con la tutela *ante causam*.

Infine, a sostegno della correttezza della soluzione scelta dal Codice, non va trascurato che, diversamente dal processo amministrativo, l'esigenza di fondo che il processo civile (art. 669 *sexies*, comma 2) intende soddisfare legittimando l'adozione del provvedimento *inaudita altera parte* è quella di garantire l'effettività della misura cautelare in tutti quei casi in cui l'attuazione del contraddittorio, anticipatamente rispetto all'adozione del provvedimento, potrebbe mettere la controparte in condizione di compiere atti di disposizione (anche materiale) di beni su cui il provvedimento medesimo è destinato ad incidere. E' ovvio intendere che una tale esigenza nemmeno teoricamente potrebbe prospettarsi nel settore dei pubblici appalti.

Tenute ferme le ragioni d'ordine sistematico che impongono anche in tale fase di garantire il contraddittorio formale, dal punto di vista pratico, sorge il problema se, a tal fine, si renda necessario fornire al giudice prova del perfezionamento (per entrambe le parti) del procedimento di notificazione ovvero sia sufficiente la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario, eventualmente anche procedendo alla notificazione ai sensi della l. 21 gennaio 1994, n. 53, che autorizza la notifica a mezzo posta al difensore munito di procura (155).

(153) E' da ritenere, al riguardo, che valga la regola dell'art. 21, comma 1, legge T.A.R., sicchè è sufficiente, ai fini dell'ammissibilità dell'istanza, la notifica ad almeno uno dei controinteressati, fatto salvo il potere del giudice di ordinare l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri controinteressati, ove tale incombente risulti compatibile con la situazione di urgenza dedotta dal richiedente la misura.

(154) Su questi profili, con riferimento all'analoga misura cautelare presidenziale *ex art. 21*, comma 9, l. TAR si vedano le condivisibili osservazioni di LUMETTI, *op. cit.*

(155) L'applicabilità delle disposizioni di cui alla l. n. 53 del 1994 per le notifiche da eseguire

In questo secondo caso è ovvio che il contraddittorio non sarebbe integro e la funzione garantista della norma andrebbe sostanzialmente vanificata; sicchè appare preferibile il diverso orientamento che impone di provare l'avvenuta notifica (156). Tale impostazione trova, del resto, conforto nell'art. 12, l. n. 205 del 2000, che faculta il Presidente del T.A.R. a disporre la notifica con qualsiasi mezzo idoneo, anche per fax o per via telematica. Inoltre, anche la Corte costituzionale (157) ritiene che in ipotesi di contraddittorio non integro il giudice ben possa ordinare la notifica con i nuovi e rapidissimi mezzi di comunicazione fissando una nuova udienza (peraltro, nel caso della tutela cautelare preventiva, neppure necessaria, considerato che la convocazione delle parti è solo eventuale) a brevissimo.

In ragione della delicatezza degli interessi coinvolti e delle questioni giuridiche normalmente sottese al contenzioso in materia di appalti pubblici, non appaiono convincenti le argomentazioni svolte da quella dottrina (158), che auspica che *“in sede di adattamento del modello cautelare civile al processo amministrativo (degli appalti) non sarebbe stato fuori luogo consentire all'amministrazione di farsi rappresentare, nel giudizio ante causam, da un proprio dipendente avente la qualifica di dirigente, a simiglianza di questo già previsto per il rito dell'accesso ai documenti amministrativi”*.

Le ragioni logistiche ed organizzative, relative alla mancata conoscenza dei fatti da parte del difensore tecnico, non paiono, comunque, sufficienti a far ritenere praticabile una tale soluzione, che condurrebbe ad una possibile dissociazione tra la linea difensiva seguita dall'amministrazione (ove rappresentata da un proprio dirigente) nella fase cautelare rispetto alle difese della successiva fase di merito (in cui è la rappresentanza non potrebbe che essere affidata ad un difensore tecnico, di fiducia, quando l'amministrazione resistente non fruisca dell'obbligatorio patrocinio della difesa erariale, e appunto

alle amministrazioni dello Stato presso la sede della competente Avvocatura dello Stato, prima esclusa (considerato che l'art. 4, comma 1, l. cit. prevede, ai fini della notifica per così dire “personale”, che sia l'avvocato notificante sia l'avvocato destinatario della notificazione siano iscritti al medesimo Albo professionale) è stata, ora, espressamente prevista dall'art. 55, l. 18 giugno 2009, n. 69, su cui si v. la Circolare dell'Avvocato Generale n. 6/2010, in www.avvocaturastato.it.

(156) In questo senso, CORAGGIO, *op. cit.*, il quale, a sostegno, rimarca che *“nella logica della sentenza della Corte costituzionale la tutela del notificante non deve andare a scapito del destinatario, nel caso in cui dalla notifica nasca per costui un diritto, un potere o un onere”*. L'art. 73, comma 2, ultimo periodo, della bozza provvisoria di Codice del processo amministrativo, in ragione dei diversi orientamenti da parte dei Presidenti circa l'obbligo della prova della notifica, prevede che *“Qualora l'esigenza cautelare non consenta l'accertamento del perfezionamento delle notificazioni, per cause non imputabili al ricorrente, il presidente può comunque provvedere”*.

(157) Ord. 10 maggio 2002, n. 179, cit.

(158) TARULLO, *La nuova tutela cautelare*, cit. In generale, per la ricostruzione delle diverse tipologie di delega delle funzioni difensive dell'Avvocatura dello Stato a dipendenti dell'amministrazione, si rinvia a MEZZOTERO - ZUCCARO, *La notificazione della sentenza di primo grado all'amministrazione costituita personalmente ex art. 417 bis c.p.c.: la Cassazione non persuade (Cass. civ., sez. lav., 22 febbraio 2008, n. 4690)*, in *Rass. avv. St.*, 2008, I, 208 ss.

ope legis (159) all'Avvocatura dello Stato, ove si tratti amministrazione statale). A ciò aggiungasi che, quando l'amministrazione procedente sia un'amministrazione statale, la previa notifica dell'istanza va effettuata presso gli uffici della competente Avvocatura dello Stato, domiciliataria *ex lege*, sicché quelle esigenze di celerità tanto valorizzate dalla dottrina qui avversata verrebbero ad essere frustate, ove la difesa erariale dovesse trasmettere il ricorso all'amministrazione (che in molti casi non ha uffici nella città sede del T.A.R.) per consentirne la diretta difesa a mezzo di dirigente.

Alla discrezionalità del Presidente (o del suo delegato) è rimesso il potere di *sentire le parti*, diversamente da quanto previsto per il procedimento cautelare civile, laddove, quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, s'impone al giudice della cautela di differire l'integrazione del contraddittorio, esonerando il ricorrente dalla notifica del ricorso alla controparte.

Nel processo amministrativo, dunque, la parte, pur astrattamente edotta sia della pendenza del procedimento cautelare *ante causam* che delle pretese dell'istante, laddove non sia possibile sentirla, non può che "*rimanere alla finestra*", in attesa di conoscere l'esito del procedimento (in caso di accoglimento dell'istanza, il richiedente ha l'obbligo di notificarglielo entro un termine perentorio, fissato dal giudice, non superiore a cinque giorni); in caso di soccombenza, quindi, può far valere per la prima volta le proprie ragioni avanzando istanza di revoca o di modifica o proponendo reclamo (quest'ultimo, secondo la tesi prevalente, da esperire dinanzi allo stesso organo che ha emesso il provvedimento, a differenza di quanto accade nel procedimento cautelare civile, laddove, con il termine "reclamo", disciplinato dall'art. 669 *terdecies*, s'indica un procedimento articolato dinanzi ad un organo collegiale di cui non può far parte il giudice che ha emesso il provvedimento cautelare oggetto di gravame).

13. Analisi della disciplina codicistica della tutela cautelare ante causam: i presupposti dell'istanza

L'esame della disciplina dettata dal Codice relativamente al nuovo meccanismo di tutela preventiva deve muovere dai presupposti per l'adozione della misura cautelare *ante causam*.

Al riguardo, la formulazione del comma 3 dell'art. 245 induce a ritenere che sia richiesto un *periculum in mora* particolarmente qualificato, richiedendosi una situazione di "*eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie*" (misure monocratiche *post causam*) di cui all'articolo 21, comma 9,

(159) Art. 1 T.U. 30 ottobre 1933, n. 1611.

l. TAR. La norma si riferisce a casi di gravità ed urgenza che si prospettano come eccezionali, ossia a situazioni del tutto straordinarie tali da richiedere un provvedimento giurisdizionale assolutamente indilazionabile. E' il caso, cioè, di ipotesi connotate da un *periculum in mora* di particolare intensità e di maggiore ridondanza rispetto al presupposto previsto sia per le misure cautelari collegiali di stampo tradizionale (che implicano l'allegazione di un "*pregiudizio grave e irreparabile*") sia per quelle monocratiche post causam (adottabili "*in caso di estrema gravità ed urgenza*").

Si tratta di una variazione per così dire "quantitativa" rispetto alla formula impiegata nel comma 9 dell'art. 21, l. n. 1034/1971: infatti, nella disposizione del Codice la gravità ed urgenza è connotata da una particolare intensità, dovendosi trattare di un caso "eccezionale", mentre ai fini della tutela monocratica *post causam* la gravità e l'urgenza devono essere soltanto "estreme"(160).

La distinzione tra le due forme di tutela non è, quindi, di tipo meramente cronologico (correlata alla circostanza che la prima è richiesta *ante causam*, mentre la seconda in corso di causa), ma riveste portata sostanziale, essendo stata rimarcata nel Codice l'eccezionalità della situazione che giustifica l'accesso al giudice prima della introduzione del giudizio (161).

Possono, così, prefigurarsi distinti presupposti di intensità progressivamente decrescente per richiedere l'intervento cautelare del giudice amministrativo:

a) una fortissima imminenza del pericolo che porti appunto alla possibilità di esperire la tutela *ante causam*;

b) un pericolo assai grave ed urgente, tale da non consentire neppure l'attesa della prima camera di consiglio disponibile che conduce alla misura cautelare provvisoria;

c) un *periculum in mora* "normale" che faccia configurare la tutela cautelare in corso di causa erogabile da parte del Collegio.

Il danno prospettato dall'istante *ante causam* deve, quindi, connotarsi in termini di straordinarietà ed irreparabilità, tale da imporre un provvedimento assolutamente indilazionabile da parte del magistrato, onde evitare che l'esecuzione materiale del provvedimento (in ipotesi, il progredire del procedimento di gara), possa determinare una situazione di fatto non più modificabile,

(160) Sul particolare rigore nel riscontrare la sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 245 del Codice e sulla distinzione rispetto alla tutela cautelare presidenziale *intra litem*, cfr., le osservazioni di M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit.

(161) In questo senso, BUONVINO, *op. cit.*; *contra*, GAVERINI, *op. cit.*, il quale sostiene che "*la norma dell'art. 245 comma 3, consente nel suo complesso di ritenere che il rimedio ante causam potrà essere concesso non nei medesimi casi in cui sarebbe assentibile la normale cautela presidenziale, ma solamente qualora i tempi tecnici per la redazione di un ricorso e la notificazione dello stesso potessero compromettere definitivamente il diritto o l'interesse del soggetto richiedente; valutazione che, come è ovvio, spetterà al prudente apprezzamento del giudice amministrativo*".

neppure in forza di successive misure cautelari (162).

Sul punto, tuttavia, è da segnalare che il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema del Codice, aveva raccomandato al Governo di rendere identici i presupposti per la proponibilità dell'istanza di misure cautelari *ante causam* a quelli per la proponibilità dell'istanza di misure cautelari provvisorie (*post causam*); tanto al fine di evitare difficoltà interpretative e di assimilare, sostanzialmente, i due rimedi, quanto ai presupposti per l'accesso alla tutela giurisdizionale (163). Non accogliendo tale suggerimento, il Governo ha, di contro, dato luogo ad una "graduazione" delle misure provvisorie ed interinali, concedendo quella *ante causam* solamente quando la gravità e l'urgenza della situazione presentino caratteri di straordinarietà tali da non poter attendere neppure la previa notifica del ricorso.

Sul versante del requisito del *fumus boni iuris*, sebbene il comma 3 dell'art. 245 non contenga alcun riferimento a tale presupposto, deve concludersi che una valutazione di tal genere non possa mai essere omessa dal giudice della cautela, sia pure nel quadro della estrema sommarietà che caratterizza il procedimento.

Per quanto sia ovvio che in questa fase l'*editio actionis* non debba (né possa, data l'estrema urgenza) essere compiutamente dispiegata dall'istante, pare evidente, ad ogni modo, che "*l'istanza dovrà comunque contenere in estrema sintesi i motivi di gravame*" (164). La rappresentazione del *fumus*, ovvero sia dei profili che costituiranno il successivo ricorso di merito, resta ineludibile. Del resto, nelle controversie di cui all'art. 245, comma 1, del Codice, nelle quali è esperibile la tutela cautelare *ante causam*, trova applicazione il rito di cui all'art. 23 *bis*, l. TAR, ai sensi del quale la domanda cautelare deve evidenziare l'illegittimità dell'atto impugnato.

(162) TARULLO, *La nuova tutelare cautelare*, cit., cita, in proposito, il caso in cui l'impresa esclusa dalla gara (o alla stessa non invitata) debba rivolgersi al giudice nell'imminenza della seduta fissata dalla commissione di gara per l'apertura delle buste contenenti le offerte.

(163) Cons. St., sez. cons. atti normativi, 6 febbraio 2006 n. 355/06, cit.: "*Appare evidente, al riguardo, che occorre uniformare da un punto di vista lessicale le due previsioni, al fine di evitare difficoltà interpretative ed applicative, e pertanto rendere identici i presupposti di fatto per l'esercizio del potere cautelare ante causam e in corso di causa. Né la diversa sfumatura delle due aggettivazioni - pur esistente - appare giustificata dalla diversità della tipologia di intervento cautelare*".

(164) Così, condivisibilmente, CRISCENTI, *Gli strumenti di tutela nel codice dei contratti pubblici*, cit. Dello stesso avviso, GALLO, *La tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici*, cit.; M.A. SANDULLI, Introduzione al tema, in *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, cit., 8. Particolarmente calzanti appaiono le osservazioni svolte sul punto da PAOLANTONIO, *op. cit.*, 337, il quale rileva: "*che si tratti di tratteggiare, alleggerire o semplificare, credo che l'istanza di cui parla l'art. 245 del codice debba senza dubbio contenere l'illustrazione, più o meno articolata, di tutti i motivi di legittimità rivolti nei confronti dell'atto o del provvedimento (quando si tratti di azione impugnatoria) nella disponibilità, ossia a conoscenza, dell'istante, nessuno escluso*". Da tale rilievo l'A. trae la conclusione che l'istanza ex art. 245 del Codice sia sostanzialmente riproduttiva dell'istanza di misure cautelari provvisorie ex art. 21, comma 9, l. n. 1034/1971 e, come tale, insuscettibile di trovare diffusa applicazione nel processo amministrativo.

Se la tutela cautelare *ante causam* è proposta in relazione ad una controversia civilistica, i fatti possono essere, di regola, agevolmente comprovati, sia pure in via solo indiziaria: la stessa esposizione dei fatti al giudice, l'audizione della parte o di un testimone, possono contribuire a rendere chiara ed evidente l'esigenza urgente di una cautela *ante causam*. Diversamente, in una controversia impugnatoria sulle procedure di affidamento, vengono in considerazione complesse questioni giuridiche, sicchè l'assenza di una rappresentazione delle censure rivolte avverso il provvedimento rende difficilmente percepibile la sussistenza del *fumus boni juris* (165).

Non può, quindi, ritenersi ammissibile una istanza di tutela cautelare *ante causam* con cui il richiedente si limiti a formulare la richiesta di misure urgenti, allegando semplicemente la sussistenza di esigenze di celerità funzionali ad evitare che la situazione divenga irreversibile (*periculum*), senza contenere alcuna deduzione (sia pur sintetica) a corredo della illegittimità del provvedimento dell'amministrazione procedente.

Una domanda cautelare disgiunta dall'allegazione e sintetica illustrazione dei profili di illegittimità del provvedimento (poiché di questo si tratta in una procedura di evidenza pubblica) non potrà consentire al giudice di apprezzare la meritevolezza della pretesa. Tale conclusione è imposta dal principio della domanda di parte che permea il processo amministrativo (in tutte le sue fasi), non potendo il giudice integrare d'ufficio il *thema decidendum*, rimesso all'esclusivo dominio della parte istante (166). I fondamentali principi del nostro ordinamento processuale amministrativo impediscono di ritenere ammissibile la proponibilità di un'istanza cautelare "al buio" o meramente "esplorativa" (motivata in forza del solo *periculum*). Tanto nel processo civile che nel processo amministrativo incombe sulla parte l'onere di allegare i fatti giuridici sui quali poggia la propria pretesa. Il principio dispositivo costituisce, al contempo, garanzia per l'amministrato - perché lo ammette alla tutela giurisdizionale sol che prospetti una lesione alla propria posizione giuridica, a prescindere da ogni accertamento previo - ma anche un limite - perché per avere accesso alla giustizia occorre muovere censure giuridiche all'altrui condotta: del debitore convenuto che non paga come dell'amministrazione che illegittimamente esclude un'impresa dalla gara. In altri termini, non è sufficiente subire un pregiudizio per *chiedere* giustizia: per ottenerla, occorre che il giudice accerti la fondatezza della pretesa, prospettando l'ingiustizia dell'altrui condotta. "Più in generale, a fronte dell'amministrazione pubblica pare poco razionale, anzi inaccettabile, che si possa avere una mera tutela cautelare scissa dalla completa espressione dei motivi di asserita illegittimità dell'ope-

(165) In questi termini, condivisibilmente, DE NICTOLIS, *La tutela cautelare*, in *Manuale di giustizia amministrativa* (a cura di Caringella, De Nictolis, Giovagnoli, Poli), tomo II, Roma, 2008, 129 ss.

(166) L'assunto è ben sviluppato da ROTIGLIANO, *op. cit.*

rato amministrativo: come è tradizione del processo amministrativo e dello stesso diritto comunitario"(167).

Del resto, la sintetica rappresentazione dei profili di illegittimità del provvedimento, al di là delle ragioni di principio che la impongono, appare funzionale all'attuazione di un più compiuto contraddittorio tra le parti, al quale il legislatore non ha inteso rinunciare neppure in questa fase, prescrivendo l'obbligo della previa notifica dell'istanza di tutela cautelare *ante causam*.

Da ultimo, a sostegno della tesi esposta, soccorre il rilievo che la misura cautelare *ante causam* accordata ai sensi dell'art. 245 del Codice è accessoria e strumentale rispetto alla successiva tutela impugnatoria, che deve essere tempestivamente richiesta (168). Tanto, diversamente dalla scelta compiuta dal legislatore del 2005, che, come detto, nel riformare la tutela cautelare nel processo civile, ha previsto l'eventualità che la misura cautelare mantenga la propria efficacia (sebbene non quella propria del giudicato) anche qualora il giudizio di merito non venga introdotto. Tuttavia, è da ritenere che il venir meno dell'obbligo di incardinare il giudizio di merito nei casi espressamente previsti dalla legge di riforma (n. 80 del 2005) non esoneri, neppure nel processo civile, l'istante dall'obbligo di indicare l'azione di merito (169): tale conclusione, oltretutto imposta dall'impianto complessivo della riforma del procedimento cautelare, trova il conforto di un recente indirizzo giurisprudenziale, formatosi in tema di processo societario, secondo cui anche per i provvedimenti anticipatori (oltretutto, ovviamente, per quelli conservativi), nei quali l'interesse delle parti può esaurirsi nell'ottenimento della cautela senza neces-

(167) CHITI, *op. cit.*, 65.

(168) Di diverso avviso è TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit., il quale evidenzia che la misura cautelare anticipata si pone in rapporto di strumentalità non con il giudizio di merito, ma con il giudizio cautelare ordinario. Secondo l'A., nella lettera della norma è costante il riferimento al ricorso cautelare *ex art. 21 legge TAR*, con il che si giustificano tutte le interpretazioni volte a qualificare la misura cautelare in parola alla stregua di un rimedio "*precautelare*". Ciò non tanto perché accordato in precedenza di una misura cautelare ordinaria, ma soprattutto perché adottato in funzione di una sua futura cristallizzazione nella emananda tutela cautelare ordinaria. In proposito, secondo l'A., un ruolo decisivo gioca l'espressione "*misure indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare di cui ai commi 8 e 9 del citato articolo 21*". L'uso della congiuntiva, conclude l'A., lascia intendere la necessità della proposizione della domanda cautelare ordinaria, che è tra l'altro confermata dal successivo comma sesto, ove si stabilisce che la misura cautelare perde efficacia con il decorso di 60 giorni o comunque con la pronuncia cautelare ai sensi dell'art. 21.

(169) Sull'attenuazione del nesso di strumentalità necessaria tra fase cautelare e merito nel processo civile, a seguito della riforma di cui alla legge n. 80 del 2005, si veda CAPPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro it.*, 2007, V, 69 ss.; DALMOTTO, *Il rito cautelare competitivo*, in www.judicium.it; DE GIOIA, *Quel nesso tra fase cautelare e merito. Si rallenta la strumentalità necessaria. Il nuovo art. 669-octies c.p.c.: il modello è il r f r  francese*, in *D&G - Dir. e giust.*, 2006, n. 32, 37 e ss.; PACILLI, *Il vincolo di strumentalit  a doppio binario tra tutela anticipatoria e tutela di merito nella novellazione del 2005*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1365 ss.; SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie, appendice di aggiornamento a Il nuovo processo cautelare* (a cura di Tarzia), Padova, 2006.

sità di iniziare la causa di merito *ex art. 669 octies c.p.c.*, permane la necessità di allegare fin dalla proposizione del ricorso introduttivo cautelare la domanda invocabile nel merito (170).

L'azione cautelare, anche nel processo civile, non è esperibile in sé e per sé, indipendentemente da ogni collegamento, sia pure eventuale, con un'azione di merito, essendo, appunto, coesistente all'istanza cautelare l'enunciazione nel ricorso del tipo di tutela da invocare in via ordinaria, alla cui salvaguardia, in via sommaria ed urgente, si ricorre. Tant'è vero che, in via generale, la tutela *ante causam* dev'essere richiesta al giudice competente a conoscere del merito (art. 669 *ter* c.p.c.), mentre quella in corso di causa va rivolta al giudice della stessa (art. 669 *quater* c.p.c.); regole, queste ultime, lasciate immutate dalla legge n. 80 del 2005, che ha attenuato quel nesso di assoluta e rigida strumentalità tra giudizio cautelare e giudizio di merito. Inoltre, l'allegazione della domanda di merito è funzionale alla verifica del *fumus boni juris*, che va parametrato alla situazione giuridica soggettiva che il ricorrente si attribuisce ed alle modalità, tra le diverse ipotizzabili, nelle quali vuole tutelarla (171), nonché, ancora, alla tutela del diritto di difesa della parte intimata.

E' ovvio intendere che tali considerazioni, valide per il giudizio cautelare civile riformato a c.d. "strumentalità attenuata", debbano a *fortiori* estendersi alla tutela cautelare *ante causam ex art. 245* del Codice, caratterizzata, per espressa volontà del legislatore, da un vincolo di accessorialità e strumentalità rispetto alla successiva tutela impugnatoria.

Del pari, pur avendo il legislatore disegnato un procedimento cautelare fortemente anomalo, non pare eludibile l'obbligo per il giudice di operare un raffronto degli interessi in gioco, potendo la misura accordarsi solo quando gli effetti pregiudizievoli derivanti dal provvedimento impugnato in capo al richiedente si profilino più gravi del danno che l'eventuale accoglimento dell'istanza cautelare potrebbe arrecare all'interesse pubblico del quale è titolare l'amministrazione ovvero, come nel caso dell'art. 246, comma 3, al "preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera".

Da tale rilievo consegue che, pur non rinvenendosi alcuna prescrizione

(170) Trib. Latina, ord. 1 ottobre 2004, n. 7503/2004, in www.judicium.it, che ha dichiarato inammissibile un ricorso cautelare atipico *ex art. 700 c.p.c.*, per non avere il ricorrente indicato in maniera chiara e univoca il *petitum* e la *causa petendi* dell'azione che intendeva far valere in sede di cognizione ordinaria; nello stesso senso, Trib. Foggia, 5 febbraio 2004, in *Giur. merito*, 2004, 914, che ritiene necessaria l'indicazione nel ricorso cautelare dell'azione sostanziale che s'intende tutelare, la quale deve comunque potersi desumere da elementi plurimi ed inequivoci, che siano agevolmente ricavabili dal testo del ricorso. Sostiene questa tesi, con riferimento alla tutela cautelare *ante causam* introdotta dal Codice, F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale*, cit., che richiama a sostegno della necessaria indicazione dell'azione di merito il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato.

(171) In tal senso, in dottrina, MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, in *Corr. giur.*, 2004, 2148.

al riguardo nell'art. 245, il provvedimento (decreto o ordinanza che sia), di rigetto o di accoglimento della domanda, deve contenere “*un minimo di motivazione*”(172) (da ritenersi, ovviamente, un *quid minus* rispetto alla succinta motivazione di cui all'art. 26 l. TAR) sul *fumus* e sul *periculum* qualificato, oltrechè sull'incidenza del tempo in relazione alla situazione dedotta dal ricorrente, mediante l'indicazione delle ragioni che hanno determinato il giudice ad accordare la misura cautelare *ante causam*, in ossequio al principio precettivo di cui all'art. 111 Cost. e in vista della conformazione della successiva azione amministrativa.

Con particolare riferimento al provvedimento di rigetto, la motivazione risulta oltre modo necessaria, considerato che la reiezione della domanda ne impedisce la rinnovazione (fatta salva la successiva proposizione di un autonomo ricorso), definendo, quindi, l'assetto di interessi sotteso alla proposizione della domanda cautelare. Dalla motivazione addotta nel decreto, l'istante è posto in grado di conoscere le ragioni del rigetto, potendo la motivazione resa soddisfare l'interessato e indurlo a recedere dall'intento di proporre ricorso; ovvero chiarire all'amministrazione se, indipendentemente dall'intervenuto rigetto (che può correlarsi anche al difetto dei prescritti, eccezionali motivi d'urgenza), non sussistano, comunque, aspetti critici della vicenda tali da poterla indurre a recedere dalle scelte amministrative oggetto di contestazione (173).

Riguardo all'eventuale attuazione del contraddittorio (sostanziale) a seguito della proposizione dell'istanza cautelare *ante causam*, la formulazione dell'art. 245, comma 4, si differenzia da quella dell'art. 21, comma 9, l. TAR, là dove si consente al presidente di provvedere “*con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio*”.

Essendosi in presenza di un'urgenza qualificata, tale da rendere il provvedimento assolutamente indifferibile, la garanzia del contraddittorio appare recessiva rispetto alla piena attuazione del principio di tempestività (*rectius*: immediatezza) della tutela. Tuttavia, la convocazione delle parti da parte del Presidente non è dalla norma completamente esclusa, per come emerge dall'inciso “*sentite le parti, ove possibile*”, potendo risultare utile allo stesso giudice sollecitare il contraddittorio tra le parti per acquisire ulteriori elementi di valutazione. Il contraddittorio con le parti cui l'istanza è stata notificata (ovvero con le altre nei cui confronti il giudice ritenga debba essere esteso) è rimesso dalla norma alla discrezionalità del giudice, fermo restando che, pur

(172) Usa questa espressione, TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.; la necessità della motivazione del provvedimento *ante causam*, “*soprattutto sulla effettiva improcrastinabilità e sulla non manifesta inammissibilità ed infondatezza*”, è rimarcata da M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit.

(173) In tal senso, condivisilmente, BUONVINO, *op. cit.*

in mancanza di convocazione, l'amministrazione ed i controinteressati potranno depositare in Segreteria memorie e documenti, per contrastare le ragioni di eccezionale gravità ed urgenza allegate dall'istante a sostegno della domanda cautelare *ante causam* (174). A tale conclusione, peraltro, conduce il rilievo che ben potrebbe il giudice, pur ritenendo non possibile l'audizione delle parti, disporre l'acquisizione di atti e documenti, secondo un principio di informalità dell'istruttoria che regge in generale ogni procedimento cautelare; sicchè, non si vede perché non dovrebbe essere consentito alle stesse controparti, in mancanza di audizione, di produrre documenti e memorie (semprechè l'estrema ristrettezza dei tempi lo consenta)(175).

L'art. 245, comma 3, del Codice non indica i possibili contenuti della misura cautelare *ante causam*, lasciando intendere che essa partecipi del carattere di atipicità che ormai connota il regime ordinario della cautela *post causam*. La prefigurazione di un ventaglio aperto di provvedimenti cautelari plasmabili in base alla specifica richiesta del ricorrente ed al calibro dei contrapposti interessi presenti nella vicenda amministrativa, se appare consonante con il principio di effettività ed adeguatezza della tutela giurisdizionale (176), per altro verso dà corpo all'idea che nel giudizio cautelare *ante causam* trovino esplicazione i poteri propri della giurisdizione di merito. Le misure pronunciabili sono qualificate dall'art. 245, comma 3, d.lgs. 163/2006, come interinali e provvisorie. Tale aggettivazione non può non avere riflessi sulla struttura del provvedimento cautelare, il quale non solo non dovrà pregiudicare il futuro esito della causa ma, neppure, il futuro esito di una successiva misura cautelare *post causam*, quale che ne sia il contenuto. Al riguardo si è prospettato che l'unica tipologia di misura compatibile con le esigenze di massima interinalità sottese all'istituto sia quella della sospensione della procedura. Un siffatto rimedio consente di apprestare una forma di tutela adeguata in attesa della successiva valutazione cautelare *post causam*; evitando che la procedura avanzi, si congela lo *status quo* in attesa che un vaglio più ponderato possa compiersi una volta instaurato il giudizio di merito (177).

(174) In questo conclude N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2008, 152, con riferimento alle misure cautelari presidenziali provvisorie di cui all'art. 21, comma 8, legge TAR, riferendo l'ipotesi al caso in cui il Presidente non sia rapidissimo a pronunciarsi. Sembra, tuttavia, che la facoltà del deposito di memorie e documenti da parte dell'amministrazione e dei controinteressati, con riferimento alla tutela cautelare *ante causam* disciplinata dall'art. 245 del Codice, debba ammettersi in ogni caso, a prescindere dalla eventuale lentezza del giudice nel provvedere sull'istanza e pure quando non abbia ritenuto di convocare le parti per sentirle.

(175) A tale conclusione pare aderire, implicitamente, DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, cit., 515-516; l'equipollenza tra audizione della parti e deposito delle memorie è sostenuta da ROTIGLIANO, *op. cit.*

(176) TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva comunitaria*, Milano, 2004, 575 ss.

(177) TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

Unitamente alla sospensione della procedura, il giudice amministrativo ben può dettare all'amministrazione ulteriori regole di condotta che, senza incidere direttamente sugli interessi in gioco, siano volte a cautelare la posizione delle imprese concorrenti, quali, ad esempio, obblighi di comunicazione ed informazione ai partecipanti o all'Autorità di vigilanza, ordini di restituzione di cauzioni incamerate, richieste di pareri tecnici o accertamenti il cui esito sarà poi lo stesso giudice a valutare, nel momento in cui sarà richiesto di adottare una misura cautelare *intra litem*. Il limite è, però, sempre rappresentato dal carattere interinale di ogni precetto, la cui attuazione non deve alterare gli interessi in controversia, quali si presentano al momento dell'accesso al giudice della cautela.

14. La rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza territoriale: dalla migrazione cautelare alla tutela cautelare errante?

Con disposizione eversiva rispetto al noto principio generale di derogabilità della competenza territoriale nel processo amministrativo, il comma 4 dell'art. 245 del Codice prevede la rilevabilità d'ufficio delle questioni di competenza.

Il Codice pone, dunque, la regola della inderogabilità della competenza per la fase cautelare *ante causam* del giudice competente per il merito, per porre freno al dilagante fenomeno del *forum shopping* o migrazione cautelare tipico del processo amministrativo, ossia la scelta del giudice della cautela in ragione dei diversi orientamenti giurisprudenziali formatisi sulla questione oggetto di lite, che costituisce una forma di abuso del processo indubbiamente odiosa *a latere partis* (178).

(178) Sulla questione, si veda Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., ord. 28 luglio 2004, n. 661 (in *Foro it.*, 2005, III, 138; *Foro amm. CdS*, 2004, 2303, con nota di CORSARO, *Processo amministrativo: rapporti tra regolamento di competenza e tutela cautelare*; www.giustamm.it, con nota di RAIMONDI, *Un freno al turismo cautelare*), che, in una controversia soggetta al rito di cui all'art. 23 bis, l. TAR, ha affermato che, ove sia stata proposta istanza di regolamento di competenza prima dell'esame della domanda cautelare, il giudice amministrativo deve necessariamente procedere alla sua preventiva delibazione e, nel caso in cui non rilevi la sua manifesta infondatezza, deve astenersi, almeno nei casi in cui risulti applicabile l'art. 23 bis, l. TAR, dal provvedere sulla domanda cautelare, che dovrà essere decisa dal giudice ritenuto competente dal Consiglio di Stato. *Contra*, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, ord. 24 settembre 2004, n. 1475, in www.lexitalia.it, n. 10/2004, con nota di GIURDANNELLA e MATTIA, *Può decidere sul cautelare anche il Tribunale la cui competenza territoriale sia stata contestata*. Con tale decisione, il Tribunale siciliano, pur ammettendo che l'indirizzo patrocinato dal C.G.A. “*appare ispirato al pregevole e condiviso intento di evitare fluttuanti trattazioni dei ricorsi da parte di Tribunali territorialmente diversi e di stigmatizzare gli ormai diffusi fenomeni di c.d. migrazione cautelare*”, lo ha comunque ritenuto in contrasto con l'art. 30, l. TAR, da cui è desumibile “*un principio generale che il legislatore ha voluto solo precisare (nella norma in esame) con riferimento ad una ipotesi che avrebbe potuto suscitare dubbi; sicché, non si può dubitare della persistenza del potere cautelare nelle ipotesi (non espressamente disciplinate dal legislatore) in cui si discuta solo del difetto di competenza territoriale*”, anche in ragione della circostanza che la contraria soluzione avrebbe “*come effetto primario quello di creare inammissibili*

Secondo l'orientamento tradizionale, l'eventuale difetto di competenza territoriale non impedisce al giudice adito di esaminare la domanda cautelare pur in presenza di un regolamento di competenza, potendo il giudice, in forza dell'art. 48, comma 2, c.p.c., ritenuto applicabile al processo amministrativo, compiere gli atti che ritiene urgenti (ivi compresa l'adozione delle misure cautelari, ove richieste) (179).

La disposizione di cui al comma 4 dell'art. 245, proprio al fine di evitare quel fenomeno descritto in termini di "*migrazione cautelare*" (180), collocandosi nel solco di quella tendenza legislativa sempre più incline a riconoscere nuove ipotesi di competenza territoriale-funzionale ed inderogabile (ad esempio, in materia di giustizia sportiva o di provvedimenti emessi da commissari delegati *ex lege* n. 225/1992) (181), ha attribuito al giudice il potere di rilevare d'ufficio la questione di competenza, nell'apprezzabile scopo di eludere l'intento dell'istante di aggirare le norme sulla competenza territoriale dei giudici amministrativi di primo grado. Come evidenziato in dottrina, "*la norma dimostra l'attenzione del legislatore per il rispetto del principio del giudice naturale precostituito per legge, ossia legato, secondo modalità oggettive e normativamente tipizzate e non già per la mera opzione di una parte, alla con-*

lacune nella continuità della tutela giurisdizionale di natura cautelare, la cui tempestiva erogazione è stata invece ritenuta necessaria della Corte costituzionale (ord. n. 241/2000)". Sui rapporti tra il regolamento di competenza e la tutela cautelare in chiave critica rispetto all'orientamento tradizionale, si veda BERTUZZI, *Eccezione di incompetenza e tutela cautelare nel processo amministrativo*, in www.lexfor.it; per una compiuta ricostruzione dei diversi orientamenti giurisprudenziali in materia, si veda CORSARO, *Processo amministrativo: rapporti tra regolamento di competenza e tutela cautelare*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 2302 ss.; PIZZA, *Regolamento di competenza e tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, 875 ss.; RUSCICA, *op. cit.*, 83 ss., ove ulteriori riferimenti.

(179) Cons. Stato, ad. plen., 20 gennaio 1997, n. 2, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 169. Allo stato attuale, la giurisprudenza è ferma nel ritenere che la proposizione del regolamento di competenza non preclude l'esame dell'istanza cautelare, riferendosi la preclusione prevista dall'art. 31, comma 2, l. n. 1034/1971 al passaggio in decisione del merito della controversia e non già della semplice istanza cautelare, venendo in rilievo in tal caso una semplice facoltà e non un obbligo: Cons. St., sez. V, 17 novembre 2006, n. 6065, in *Foro amm. CdS*, 2006, 11, 3165; *id.*, sez. VI, 22 novembre 2005, n. 6522, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, 874-875.

(180) L'espressione è di F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale*, cit. Il fenomeno è, altresì, indicato anche in termini di "*turismo cautelare*" o "*forum shopping*": si veda, RUSCICA, *op. cit.*, 83.

(181) Quanto alla giustizia sportiva, si veda l'art. 3, comma 2, d.l. 19 agosto 2003, n. 220 (come modificato in sede di conversione dalla relativa l. 17 ottobre 2003, n. 280): "*La competenza di primo grado spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione di misure cautelari, al tribunale amministrativo regionale del Lazio con sede in Roma. Le questioni di competenza di cui al presente comma sono rilevabili d'ufficio*"; quanto ai provvedimenti commissariali, si veda l'art. 3, comma 2 *bis*, d.l. 30 novembre 2005, n. 245, convertito in l. 27 gennaio 2006, n. 21, il quale dispone che "*in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge n. 225/1992, la competenza di primo grado a conoscere della legittimità delle ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti amministrativi spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione delle misure cautelari, al T.A.R. del Lazio - sede di Roma*"; ai sensi del successivo comma 2 *ter* dell'art. 3 cit. "*le questioni di cui al comma 2 bis sono rilevate di ufficio*".

troveria che è chiamato a decidere (anche alla luce dell'essenzialità della tutela cautelare in un sistema processuale che aspiri ad essere realmente efficace)"(182).

Tale previsione crea, tuttavia, una pluralità di problemi interpretativi.

Il legislatore ha inteso sovvertire le ordinarie regole processuali disponendo la rilevabilità d'ufficio di una questione solo in una limitata fase processuale, che si pone tra l'atro *in limine litis e ante iudicium*, lasciando fuori dall'ambito di operatività del rilievo ufficioso tutto l'ulteriore svolgimento dell'*iter* processuale, con l'aggravante di non aver coordinato la vecchia con la nuova normativa.

Procediamo con ordine.

E' possibile che, in ordine ad un'istanza cautelare rivolta al presidente di un T.A.R. territorialmente incompetente, il giudice rilevi d'ufficio la propria incompetenza, conformemente al disposto di cui all'art. 245, comma 4, del Codice, ovvero, al contrario, non formuli tale rilievo.

Nella prima ipotesi, è chiaro che il giudice non potrà pronunciarsi nel merito; ma - dopo aver dichiarato la propria incompetenza (183) - *dovrà fermarsi, lasciando all'istante ogni ulteriore iniziativa, o dovrà ordinare la trasmissione del fascicolo al T.A.R. che ritenga competente?*

Per risolvere la questione potrebbe forse trarsi spunto dall'art. 31, comma 5, l. TAR, il quale prevede, nel caso di rilievo del vizio di incompetenza (ovviamente, formulato con l'apposito strumento del regolamento di competenza nell'ipotesi di competenza territoriale derogabile, secondo la regola generale fissata dal comma 1 dell'art. 31, l. TAR, derogata dal Codice nel procedimento cautelare *ante causam*), che il giudice adito disponga la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato affinché decida sulla competenza.

In ogni caso, il giudice incompetente (per il merito) non può accordare la misura cautelare, qualora ritenga sussistente il presupposto dell'eccezionale gravità ed urgenza. Tale soluzione risulta aderente allo spirito della norma, che ipotizza un rapporto di pregiudizialità tra competenza per il merito (intesa come potere di provvedere sulla domanda) e competenza cautelare (intesa come potere di emettere la misura cautelare), sicché il giudice in tanto può emettere un provvedimento cautelare in quanto si riconosca come giudice competente a decidere il merito della controversia. L'opposta soluzione, per così dire sostanzialistica, vanificherebbe di fatto l'intento sotteso all'introduzione del meccanismo della rilevabilità d'ufficio della incompetenza e con-

(182) M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e diritto amministrativo*, cit.; sottolinea l'opportunità di una estensione del principio di rilevabilità d'ufficio della incompetenza territoriale oltre i confini delle "più opulente controversie in materia di appalti pubblici, PAOLANTONIO, *Spunti di riflessione sulla tutela cautelare secondo la legge di delega...*, cit.

(183) All'esito di un'apposita camera di consiglio, da fissarsi ai sensi dell'art. 31, comma 5, l. TAR, analogicamente applicabile.

sentirebbe, ancora una volta, al ricorrente di scegliersi il giudice della cautela.

Dovendosi ritenere che il meccanismo del rilievo officioso dell'incompetenza sia tale da comportare una definizione in rito del giudizio, con una pronuncia d'incompetenza, sembra allora che *la via da percorrere sia quella che conduce alla trasmissione del fascicolo al T.A.R. individuato come competente nel provvedimento declinatorio della competenza emesso dal giudice adito.*

Tuttavia, tale soluzione non risolve tutti i problemi.

Il T.A.R. *ad quem* potrà dichiararsi, a sua volta, incompetente o sarà tenuto ad adottare il provvedimento cautelare pur ritenendosi incompetente?

La prima via sembra la meno praticabile, perché altrimenti si correrebbe il rischio di non avere più ricorsi cautelari migranti, ma ricorrenti erranti (da un T.A.R. all'altro). Esigenze di celerità, ispirate al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale e della ragionevole durata dei giudizi, sembrano far propendere per la seconda soluzione, dovendosi ritenere preferibile che il T.A.R. *ad quem* accondiscenda alla decisione del primo giudice e si pronunci sulla cautela.

Resta, comunque, il dubbio, da alcuni prospettato, della "*forte asistematicità*" (184) di tale soluzione, considerato che la diretta trasmissione del fascicolo al T.A.R. ritenuto competente dal primo giudice è consentita solo nel caso dell'accordo traslativo, ossia unicamente quando le parti convengano sull'individuazione del giudice competente, per come disposto dall'art. 31, comma 4, l. TAR. Tuttavia, tale dubbio potrebbe essere superato, escludendo che tale ultima norma trovi applicazione nei procedimenti cautelari *ante causam*, nei quali l'accordo traslativo tra le parti è sostanzialmente reso superfluo dalla rilevabilità d'ufficio della questione di competenza; sicché, ben potrebbe il giudice, che si ritenga incompetente, rilevarlo, trasmettendo (non importa se in forma decretale o con ordinanza) il fascicolo al giudice ritenuto competente, senza che a tal fine occorra un previo accordo tra le parti (peraltro, in pratica, difficilmente ipotizzabile ove le parti destinatarie della notifica dell'istanza, per l'estrema ristrettezza dei tempi, siano rimaste totalmente inerti).

La soluzione proposta pare, del resto, in linea con il principio - affermato in dottrina (185) - secondo cui l'istituto della remissione del ricorso ad altro tribunale su accordo delle parti costituisce una specie di appendice della regola generale della derogabilità della competenza territoriale, che evita le lungaggini dell'esperimento del regolamento di competenza. Ne consegue che, ove - come nel procedimento cautelare *ante causam* - il giudice possa rilevare *ex*

(184) L'espressione è di TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

(185) CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 457; GIOVAGNOLI, *Il processo di primo grado*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, diretto da Caringella - Garofoli, Milano, 2006, 179.

officio la questione di competenza, senza che occorra la proposizione del regolamento di competenza per contestare la competenza del giudice adito, il meccanismo dell'accordo traslativo di cui all'art. 31, comma 4, l. TAR non rileva per lo spostamento della competenza. In definitiva, la rilevanza d'ufficio della questione di competenza elimina la necessità della proposizione del regolamento di competenza, rendendo non indispensabili i rimedi congegnati dalla legge (l'accordo traslativo, appunto) allo scopo di rendere superflua la pronuncia del Consiglio di Stato sulla questione di competenza. Tra l'altro, il regolamento di competenza appare *ictu oculi* inconciliabile con la natura di rimedio preventivo, ossia *ante causam*, della tutela apprestata dall'art. 245 del Codice, come del resto sostiene proprio la dottrina qui avversata (186).

Ove si tenga ferma tale soluzione, resta il problema delle forme e dei termini per la riassunzione del giudizio innanzi al T.A.R. ritenuto competente dal primo giudice, non potendo trovare applicazione la disposizione, dettata dall'ultimo comma dell'art. 31, l. TAR, specificamente riferita alla prosecuzione del giudizio in caso di accoglimento dell'istanza di regolamento di competenza.

In proposito, pur considerando il carattere d'urgenza che riveste il procedimento, non è consentito ipotizzare che, all'esito della declinatoria della competenza da parte del primo giudice, il giudizio prosegua innanzi al T.A.R. *ad quem* senza necessità di ulteriori atti d'impulso da parte dell'istante, potendo, comunque, risultare sufficiente una semplice istanza al presidente. Quanto al termine per la prosecuzione del giudizio, in mancanza di alcuna indicazione normativa che a ciò osti, non è da escludere che a fissarlo possa essere lo stesso provvedimento declinatorio della competenza emesso dal primo giudice cautelare.

Un'ulteriore questione posta dall'art. 245 in tema di competenza, che la giurisprudenza sarà chiamata a risolvere, attiene all'ambito processuale della rilevanza d'ufficio del comma 4. In altri termini, l'inderogabilità della competenza riguarda unicamente la fase della cautela *ante causam* ovvero, in forza del principio di simmetria/corrispondenza tra il giudice della cautela preventiva e quello competente per il merito, fissato dal comma 4, prima parte, dell'art. 245, si estende a tutte le fasi del giudizio?

La questione si pone, in particolare, nel caso in cui il ricorrente, non vincolato dalla pronuncia di incompetenza pronunciata d'ufficio dal giudice della cautela *ante causam*, introduca una domanda cautelare ordinaria innanzi allo stesso T.A.R. dichiaratosi in precedenza incompetente.

Ove si ipotizzasse l'ultrattività del principio della rilevanza d'ufficio della incompetenza, *nulla quaestio*.

(186) TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

In caso contrario, ossia ritenendo che si riespanda la regola generale della non rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza territoriale (art. 31, comma 1, l. TAR), in difetto di regolamento di competenza territoriale da parte dell'amministrazione o dei controinteressati, non resterà al T.A.R. adito che pronunciarsi nel merito del ricorso, pur essendosi in precedenza dichiarato incompetente.

Può, inoltre, accadere che il ricorrente, dopo essere stato costretto a rivolgersi ad altro T.A.R. a seguito della declinatoria d'incompetenza pronunciata dal giudice della cautela preventiva inizialmente adito, decida, comunque, di introdurre il giudizio di merito dinanzi al giudice dichiaratosi incompetente, il quale - a questo punto -, similmente all'ipotesi precedente, in mancanza di proposizione di regolamento di competenza, non avrebbe strumenti per richiamare la propria precedente decisione, che finirebbe per essere *tamquam non esset*.

Venendo alla seconda ipotesi in partenza ipotizzata, ossia quella in cui il giudice della tutela cautelare preventiva non rilevi la propria incompetenza territoriale, se si accoglie la tesi restrittiva, che limita l'ambito della rilevabilità d'ufficio alla sola fase della tutela cautelare *ante causam*, dovrà concludersi che il T.A.R. abbia perso definitivamente la possibilità di esprimere il proprio avviso in ordine alla questione, essendogli impedito nelle fasi successive di sollevare d'ufficio l'incompetenza territoriale, dovendosi lasciare spazio (anche su tale questione) al principio dispositivo (187).

Se si aderisce alla tesi della ultrattività del potere di rilievo d'ufficio, ben potrà il T.A.R., nelle successive fasi (cautelare ordinaria o di merito), rilevare la propria incompetenza con quel che ne consegue in termini di *translatio iudicii*.

15. Il regime delle impugnazioni. L'efficacia ad tempus del provvedimento cautelare di accoglimento

Il provvedimento emesso dal giudice della cautela preventiva, di accoglimento o di rigetto, in nessun caso potrà essere appellabile o impugnabile, né reclamabile (188), ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. innanzi ad un giu-

(187) Al riguardo, dubbiosamente, CRISCENTI, *Gli strumenti di tutela nel codice dei contratti pubblici tra complessità e velocità*, cit., sostiene: "sarei, quindi, ad un primo esame più propensa a ritenere che, essendo la fase cautelare rimasta strumentale ed accessoria rispetto a quella di merito, il difetto di competenza territoriale sia rilevabile d'ufficio in ogni stato del processo, e non solo dal Presidente nella fase ante causam [...] pur nella consapevolezza che la questione di competenza territoriale non possa mai costituire motivo di impugnazione della decisione emessa dal tribunale amministrativo regionale (art. 31, co. 9, l. tar). E poiché, peraltro, neppure le disposizioni dell'art. 245 - come precisa il co. 8 - si applicano al giudizio in grado d'appello, la decisione di primo grado, che in fase cautelare o di merito, non abbia tenuto conto dell'incompetenza territoriale del giudice adito, non sarà mai per ciò stesso annullabile".

(188) Critico sulla mancata previsione della reclamabilità del provvedimento (da proporre - se-

dice diverso da quello che adottato la misura cautelare, non essendo tale rimedio compatibile con la specifica struttura del processo amministrativo, nel quale il provvedimento cautelare *ante causam*.

Al riguardo, mentre il comma 5 dell'art. 245, con riferimento al provvedimento di rigetto afferma che esso *non è impugnabile*, il successivo comma 6, ultima alinea, con riferimento al provvedimento di accoglimento dispone che esso *non appellabile*. Se ne desume che la non impugnabilità comporta che non è praticabile alcun rimedio, né appellatorio davanti al giudice di secondo grado, né sotto forma di istanza di revocazione o revoca davanti al medesimo giudice. A seguito del rigetto, è sempre proponibile la domanda cautelare ordinaria, unitamente al ricorso di merito. Il provvedimento di accoglimento, invece, non è appellabile. Pertanto, mentre è esclusa qualsiasi forma di giustiziabilità del provvedimento di diniego, per quello di accoglimento è escluso soltanto l'appello, ma non sono esclusi anche gli altri rimedi davanti al medesimo giudice quali, ad esempio, la revocazione e l'opposizione di terzo; come si dirà in prosieguo, il provvedimento di accoglimento è, inoltre, modificabile o revocabile, d'ufficio, ovvero su istanza o reclamo di ogni interessato.

A dire il vero, la differente formulazione dei commi 5 (non impugnabilità del provvedimento negativo) e 6 (non appellabilità del provvedimento di accoglimento) non sembra essere indicativa di una diversità di rimedi impugnatori, comunque da escludere.

Il provvedimento di accoglimento perde, comunque, effetto decorsi sessanta giorni, dovendo, inoltre, essere confermato dopo l'inizio del giudizio, che dev'essere introdotto entro strettissimi termini, in considerazione del generale termine di decadenza previsto.

Inoltre, è escluso dal comma 8 dell'art. 245 del Codice che possa essere proposta in sede di appello una nuova istanza cautelare anticipata, in ragione del fatto che ormai l'assetto di interessi è stato cristallizzato dalla decisione di primo grado, sicché è avverso quest'ultima che dovrà insorgersi. In appello le istanze cautelari restano disciplinate dall'art. 21, l. TAR ed, in particolare, dall'art. 23 *bis*, comma 7, l. TAR, che consente l'appello immediato, con riserva di motivi, avverso il dispositivo della sentenza. Del resto, è ovvio intendere che la limitazione al solo primo grado del potere di proporre domande di tutela cautelare preventiva è connaturata al tipo di rimedio in questione, che è preventivo rispetto ad un giudizio di merito ancora da instaurare

condo l'A. - innanzi al Collegio) è F. SAIITA, *Codice dei contratti pubblici*, cit., il quale invoca a sostegno il principio di parità delle parti nel processo cautelare, che aveva indotto la Corte costituzionale, con sentenza 23 giugno 1994, n. 253 (in *Cons. Stato*, 1994, II, 884), a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., nella formulazione all'epoca vigente, ora sostituita dalla legge n. 80/2005, nella parte in cui contemplava il rimedio del reclamo per il solo provvedimento di accoglimento e non anche per quello di rigetto.

(189). Si consideri, inoltre, che l'esclusione del rimedio di tutela preventiva in appello risulta coerente con il principio secondo cui il giudizio d'appello, anche per il suo carattere devolutivo, costituisce la prosecuzione del processo radicato con l'originario ricorso di merito; con la logica conseguenza che la richiesta di tutela cautelare *ante causam* non può essere avanzata per la prima volta o rinnovata in occasione della pubblicazione della sentenza che ha definito il primo grado di giudizio.

Gli strumenti di tutela al riguardo assicurati dall'ordinamento (possibilità di impugnare il dispositivo della sentenza e ottenerne la sospensione dell'efficacia; possibilità di ottenere la misura cautelare monocratica ai sensi dell'art. 21, comma 9, l. TAR), soddisfano pienamente le esigenze di una rapida definizione della controversia sul piano cautelare; tanto più ove si consideri che la vicenda processuale è, a questo punto, portata all'esame del giudice nella sua pienezza e nella completezza del contraddittorio, mediante l'impugnazione della decisione di merito di primo grado, con la conseguenza che non avrebbe logicamente ragion d'essere la reiterazione di un giudizio cautelare *ante causam*.

Il regime di non appellabilità del provvedimento cautelare *ante causam* appare costituzionalmente legittimo, considerata la proponibilità della domanda cautelare ordinaria unitamente al ricorso di merito successivamente al rigetto dell'istanza cautelare preventiva e l'esclusione della tutela cautelare *ante causam* nel giudizio d'appello. Peraltro, essendo il provvedimento di accoglimento destinato comunque a perdere efficacia entro sessanta giorni, l'appello appare superfluo, in considerazione del breve lasso temporale di efficacia della misura. Né la mancata previsione di rimedi impugnatori avverso il provvedimento cautelare può ritenersi costituzionalmente illegittima perché in ipotesi violativa del principio di parità delle parti, consacrato nell'art. 111, comma 2, Cost., ove si consideri che l'esclusione dell'appellabilità e reclamabilità riguarda tanto il provvedimento di accoglimento che quello di rigetto.

Il Codice ha inteso chiaramente connotare il provvedimento cautelare preventivo quale rimedio rigorosamente interinale, non autosufficiente, provvisorio e, soprattutto, *ad tempus* (i suoi effetti si esauriscono con il decorso dei 60 giorni), tale da non pregiudicare gli interessi (specie, quelli dell'amministrazione nei cui confronti è emesso il provvedimento di accoglimento) sottesi alla controversia, fino all'adozione della successiva pronuncia cautelare *post causam*, avverso la quale potrà proporsi impugnativa ai sensi dell'art. 28, comma 3, l. TAR.

(189) A sostegno di tale conclusione F. SAIITA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale*, cit., richiama l'orientamento della dottrina processualcivistica, che, sulla base delle medesime argomentazioni, afferma l'inammissibilità del provvedimento ex art. 700 c.p.c. per sospendere o modificare l'esecutività di altri provvedimenti giurisdizionali; nello stesso senso, GAVERINI, *op. cit.*, 3562; TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

Sul versante effettuale, pare cogliere nel segno il rilievo di quanti (190) sottolineano che la disciplina positiva della cautela preventiva risulta conformata in modo profondamente differente da quella relativa alla misura cautelare collegiale, che appare dotata di una maggiore (ancorché solo tendenziale) stabilità, in quanto destinata a spiegare effetti fino alla sentenza di merito, ossia per un periodo di tempo non preventivabile. Tanto, condivisibilmente, si ritiene sufficiente a giustificare il diverso regime (di esclusione) delle impugnazioni del provvedimento *ante causam*.

Ad ogni modo, l'istante che si sia visto rigettare la domanda potrà sempre riproporla dopo l'instaurazione del giudizio di merito e, dunque, nelle forme ordinarie, ai sensi dell'art. 21, commi 8 e 9, 1. TAR, come richiesta di tutela monocratica o collegiale, sussistendo i rispettivi presupposti.

L'emanazione di un provvedimento favorevole determina, invece, in forza della previsione contenuta nel comma 6 dell'art. 245, l'onere per l'istante di notificarlo (191) alle altre parti entro un termine variabilmente stabilito dal giudice, ma, comunque, mai superiore a cinque giorni (che costituisce, dunque, un termine legale massimo), pur quando il giudice abbia per ipotesi fissato un termine superiore. Tale termine deve ritenersi decorrere dalla data della pubblicazione del provvedimento.

L'art. 245 tace in ordine alle conseguenze della mancata e/o tardiva notificazione del provvedimento di accoglimento.

Al riguardo, considerata la perentorietà del termine per la notifica, deve concludersi che la misura perda ogni effetto, anche prima del decorso del termine di 60 giorni previsto per introdurre il giudizio di merito.

Entro tale termine perentorio l'atto va consegnato all'ufficiale giudiziario. Per il notificante, infatti, la notifica si perfeziona con la sola consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario. A partire da tale momento, il beneficiario è legittimato a pretendere l'esecuzione del provvedimento. Per i destinatari, tuttavia, la notifica si perfeziona con il ricevimento dell'atto. Ne consegue che la pubblica amministrazione resistente è tenuta ad osservare il provvedimento cautelare dal momento in cui ne riceve la notificazione (192).

Così come previsto dall'art. 669 *undecies* c.p.c. per l'analoga misura civile, il comma 6 dell'art. 245 del Codice dispone che l'efficacia del provvedimento di accoglimento può essere subordinata alla prestazione di un'adeguata cauzione *per i danni alle parti* (amministrazione resistente e con-

(190) Diffusamente, TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.; nello stesso senso, DE CAROLIS, *La tutela giurisdizionale*, cit., 1137; DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, cit., 516.

(191) Notifica della cui utilità dubita la dottrina: PAOLANTONIO, *op. cit.*, N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., considerato che della pendenza del procedimento le parti necessarie hanno già contezza per effetto della notifica dell'istanza di concessione della misura cautelare *ante causam*.

(192) DE NICTOLIS, *La tutela cautelare*, in *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 138.

trointeressati) e ai terzi.

La prestazione della cauzione (il cui mancato versamento nel termine giuridicamente fissato si atteggia come condizione risolutiva dell'efficacia della misura cautelare concessa), diversamente da quanto disposto dall'art. 21, comma 8, l. TAR, riguarda unicamente il provvedimento di accoglimento, dal quale la norma del Codice si distingue anche in ragione del fatto la prestazione della cauzione si ricollega alla possibile produzione di danni alle parti e ai terzi, mentre il comma 8 dell'art. 21 prevede che la cauzione debba essere prestata solo nell'ipotesi in cui dall'esecuzione del provvedimento cautelare possano derivare effetti irreversibili.

Non persuade, al riguardo, la tesi che ritiene di poter estendere per analogia la prestazione della cauzione anche all'ipotesi di provvedimento di diniego della misura, potendosi, secondo tale impostazione, commisurare la cauzione all'eventuale pregiudizio che si produrrebbe a carico del richiedente qualora illegittimamente risultasse non aggiudicatario, con la conseguenza che anche il controinteressato potrebbe subire l'imposizione della cauzione (193). Invero, richiamando le osservazioni formulate dalla dottrina con riferimento alla disposizione di cui all'art. 21, comma 8, l. TAR (194), l'istituto della cauzione presenta diverse finalità a seconda che acceda ad un provvedimento di concessione ovvero di diniego della misura cautelare: solo nel primo caso la cauzione può dirsi avere funzione effettivamente cautelare, a garanzia degli interessi dell'amministrazione resistente ovvero dei controinteressati; diversamente, nel caso di provvedimento di diniego, l'imposizione della cauzione risponde a logiche diverse, non costituendo elemento condizionale dell'efficacia della misura cautelare, ma solo "*una soluzione offerta dal giudice al ricorrente in luogo della misura cautelare rifiutata*" (195). La diversità di ratio dell'istituto della cauzione nel caso di provvedimento di rigetto la rende inestensibile all'ipotesi di provvedimento di accoglimento, l'unico al quale il comma 6 dell'art. 245 del Codice ha riferito l'imposizione della cauzione.

Diversamente da quanto previsto nell'art. 21, comma 8, l'imposizione della cauzione può essere disposta per il possibile prodursi di "*danni alle parti e ai terzi*", mentre non è ripetuto il divieto, previsto in quella norma, di subordinare a cauzione la concessione o il diniego della misura cautelare "*quando la richiesta cautelare attenga ad interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, alla integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale*". Tale disposizione, ponendosi a protezione di valori di primaria rilevanza, ben può essere analogicamente estesa alla prestazione della

(193) Così TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

(194) N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., 122-123, che parla di "*cauzione a doppio uso*", rimarcando la diversità della funzione dell'imposizione della cauzione nei due casi.

(195) N. SAIITA, *op. ult. cit.*, 123.

cauzione in caso di concessione di una misura cautelare preventiva.

In via generale, se la causa di merito non è promossa entro il termine perentorio per essa previsto, il provvedimento cautelare perde efficacia, così come perde efficacia nel caso di omessa e/o tardiva notificazione del provvedimento di accoglimento o di mancato versamento della cauzione.

Secondo una parte della dottrina, se entro il termine di sessanta giorni dalla notifica, comunicazione o piena conoscenza del provvedimento in relazione al quale è stata chiesta la misura cautelare, non è stata promossa la causa di merito, la p.a. e i controinteressati possono rivolgersi al giudice che ha adottato la misura cautelare per far accertare la sua perdita di efficacia. In particolare, si sostiene che la declaratoria di inefficacia della misura cautelare, sebbene non espressamente previsto dall'art. 245, potrà essere richiesta dalla parte interessata sia nel caso in cui non sia rispettato il termine di sessanta giorni (comma 2), quanto nel caso in cui non sia stato introdotto il giudizio di merito nel termine di sessanta giorni, sia quando l'istante non abbia provveduto alla notifica del provvedimento nel termine massimo di 5 giorni, sia, ancora, quando non sia stata versata la cauzione prevista dal comma 3. Questa regola, diversamente dal processo civile (art. 669 *nonies* c.p.c.), non è espressamente codificata, ma discende dal sistema, non potendosi concepire che conservi efficacia una misura cautelare che è disancorata da un giudizio di merito che non è stato proposto (196).

Secondo altra tesi, che si condivide, la previsione di un apposito procedimento per la declaratoria di inefficacia della misura cautelare appare inutile, in considerazione di come è articolata la norma di cui al comma 6 dell'art. 245; ciò in quanto la misura cautelare *ante causam* di accoglimento è caratterizzata *ex lege* da un'efficacia esattamente delimitata nel tempo, sicché sarebbe incongrua e sostanzialmente inutile, oltre che contraria a normali principi di economia processuale, la previsione di una fase procedimentale siffatta, che si riconnette - nel codice di procedura civile - alla mancata proposizione del ricorso di merito nei termini di cui all'art. 669 *octies* c.p.c. (nel caso dell'art. 245, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, la data di inizio di efficacia del provvedimento è costituita dalla sua "*prima emissione*", mentre quella finale è direttamente individuata dal legislatore, senza che il giudice possa, quindi, svolgere altra attività, anche solo notarile, in qualche misura utile a dare conto dell'intervenuta inefficacia della misura concessa) (197).

A chiusura del sistema, con disposizione che accentua la strumentalità ed interinalità della tutela cautelare *ante causam*, il comma 6 connota la misura preventiva di accoglimento quale provvedimento rigorosamente *ad tempus*, la cui efficacia si esaurisce con il decorso del sessantesimo giorno dalla sua

(196) DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*

(197) BUONVINO, *op. cit.*

prima emanazione (ossia, dalla data della sua pubblicazione).

Come accennato, entro tale termine il ricorrente dovrà introdurre il giudizio di merito, chiedere la misura cautelare ordinaria, che potrà modificare, confermare o revocare quella già concessa in sede preventiva. Resteranno, così, efficaci le sole misure cautelari confermate o concesse ai sensi dell'art. 21, commi 8 e 9, l. TAR.

Il termine di sessanta giorni (entro il quale la parte dovrà notificare il ricorso di merito, depositarlo, chiedere ed ottenere una misura cautelare ordinaria, ossia *post causam*) è stato ritenuto dalla relazione di accompagnamento al Codice adeguato al tempestivo espletamento degli incumbenti cui è onerato il ricorrente.

Il Codice ha, così, disatteso il parere del Consiglio di Stato, che aveva suggerito di prevedere che il provvedimento di accoglimento diventasse inefficace “comunque non oltre la pronuncia del collegio cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile a seguito della proposizione del ricorso”. Come rilevato in dottrina (198), “*se la disposizione fosse stata così formulata, l'efficacia del provvedimento di accoglimento avrebbe potuto venir meno anche prima di sessanta giorni qualora il ricorrente avesse ritenuto opportuno instaurare più rapidamente il giudizio di merito e sottoporre, quindi, al collegio l'istanza cautelare prim'ancora del decorso di tale periodo*”.

In ogni caso, l'aver ancorato la perdita di efficacia del provvedimento ad un atto di competenza del giudice, considerato che nel termine di sessanta giorni dovrà pure provvedersi alla pubblicazione della pronuncia incidentale cautelare richiesta dal ricorrente con l'introduzione del giudizio di merito, appare piuttosto discutibile (199). Avrebbe, forse, potuto prevedersi la cessazione dell'efficacia della misura con espressa salvezza del tempo necessario alla pubblicazione del provvedimento cautelare.

Non pare, da ultimo, condivisibile la tesi (200), secondo cui il provvedimento di accoglimento dell'istanza potrebbe ridurre il termine di efficacia di sessanta giorni: un potere riduttivo del genere vanificherebbe completamente la *ratio* che ha ispirato il legislatore ad introdurre la tutela cautelare *ante causam* nel nostro ordinamento processuale amministrativo, considerato, tra l'altro, che nel termine di sessanta giorni il ricorrente deve notificare e depositare il ricorso di merito ed entro lo stesso termine dovrà essere pubblicata la decisione cautelare (*post causam*). Un'ulteriore riduzione dei tempi trasformerebbe la misura in un provvedimento *ad horas*.

(198) F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale*, cit.

(199) In tal senso, condivisibilmente, TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

(200) PIACENTINI, *Introduzione al dibattito presso il T.A.R. Lombardia del 12 ottobre 2006*, richiamato in M.A. SANDULLI, *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici*, cit.

16. Il potere di revisione della misura cautelare. Profili problematici

A compensare la regola dell'inimpugnabilità (*rectius*: l'inappellabilità) del provvedimento cautelare di accoglimento il legislatore ha esteso le ipotesi di revoca e modifica del provvedimento stesso rispetto a quelle previste dalla l. n. 205/2000 relativamente alle misure cautelari *post causam*.

Dispone, in merito, il comma 6 dell'art. 245 del Codice che “*il provvedimento di accoglimento [...] è sempre revocabile o modificabile dal Presidente, d'ufficio o su istanza o reclamo di ogni interessato, nonché dal Collegio dopo l'inizio del giudizio di merito*”.

La norma - che suscita diverse perplessità e dubbi di costituzionalità, per violazione del principio della domanda tipico del processo amministrativo (201) e del processo di parti - necessita di alcune precisazioni.

Dalla formula normativa si desume che il provvedimento di diniego è intangibile, il che è coerente con il principio dispositivo e dell'impulso di parte, che connota il processo amministrativo (202). Tuttavia, proprio rispetto a tale principio è decisamente distonica la previsione del potere di modifica e revoca *d'ufficio* del provvedimento di accoglimento riconosciuto al presidente ovvero al collegio dopo che sia stato instaurato il giudizio di merito.

E' da ritenere che, nelle intenzioni del legislatore, un siffatto meccanismo di revisione officiosa del provvedimento di accoglimento, costituisca strumento per garantire al giudice non solo (e non tanto) un controllo sulle sopravvenienze fattuali, ma anche una valutazione della conformità all'interesse pubblico della misura cautelare preventiva di accoglimento, sul presupposto della sua eversione rispetto al sistema delle tecniche di tutela tipiche sin qui previste dal sistema.

Peraltro, un simile potere officioso di revisione della misura concessa non si raccorda con la corrispondente disposizione di rito civile (art. 669 *decies*), che richiede, ai fini della revoca o della modifica, un'istanza di parte. Secondo

(201) Peraltro, il Consiglio di Stato, in sede consultiva, nel parere reso nell'adunanza del 6 febbraio 2006, aveva ipotizzato che il provvedimento di accoglimento fosse revocabile o modificabile solo “su istanza o reclamo di ogni interessato”. In dottrina, quanto ai dubbi di legittimità costituzionale della norma, per irragionevole disparità di trattamento nel regime di modificabilità o revocabilità del provvedimento monocratico *ante causam*, riservato dal comma 6 dell'art. 245 al solo provvedimento di accoglimento, si vedano le osservazioni svolte da PAOLANTONIO, *op. cit.*, 338 ss. e di C.E. GALLO, *La tutela cautelare ante causam nel codice dei contratti pubblici: problemi e prospettive*, cit.

(202) L'applicazione del principio dell'impulso di parte nel processo amministrativo costituisce un vero e proprio dogma giurisprudenziale, che rinviene il suo fondamento normativo nell'art. 6 del regolamento di procedura emanato con R.d. 17 agosto 1907, n. 642 e nel connesso principio generale sancito dall'art. 112 c.p.c., in base al quale il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa: *ex pluribus*, Cons. St., sez. V, 21 dicembre 2004, n. 8184, in *Foro amm. CdS*, 2004, 12, 3575.

i principi generali, irragionevolmente disattesi dal Codice, la revoca e la modifica del provvedimento cautelare sono ancorate saldamente all'impulso di parte: il codice di rito civile, infatti, preclude qualunque iniziativa ufficiosa e conferma l'inesistenza di uno *jus poenitendi* sulla misura concessa esercitabile discrezionalmente dal giudice. Per la parte, la domanda di revoca o modifica costituisce, allora, esercizio del potere cautelare in senso rispettivamente negativo e correttivo, ma in niente diverso dal potere riconosciuto a colui che originariamente chiede che sia disposta la misura; specularmente, dal punto di vista del giudice, la pronuncia sull'istanza di revoca è anch'essa manifestazione della potestà cautelare finalizzata, nella mutata situazione di fatto, ad assicurare l'effettività della tutela (203).

Peraltro, come rilevato dalla dottrina, qualora la revoca o modifica avvengano d'ufficio da parte del Collegio (dopo l'inizio del giudizio di merito), si determina una singolare ingerenza di un giudice su provvedimenti di un altro giudice, senza iniziativa di parte. Tale ingerenza appare difficilmente giustificabile sul piano del principio costituzionale di indipendenza del giudice, non essendovi tra giudice monocratico, da una parte, e presidente o collegio, dall'altra parte, una gerarchia, propria o impropria. Sicché, è da ritenere che tale intervento d'ufficio da parte del Collegio sia da esercitare solo in casi di assoluta, estrema e oggettiva gravità, quale estrema *ratio* per rimediare a situazioni abnormi (204).

A prescindere dai rilievi di principio che si possono muovere a tale disposizione, il meccanismo della revoca o modifica ufficiosa - come già puntualmente evidenziato con cognizione di causa da parte della dottrina togata (205) - avrà scarso impatto pratico, in quanto, non esistendo un ruolo di cause del singolo giudice, il presidente o il componente del collegio ha cognizione della controversia e disponibilità del fascicolo solo quando viene designato per la trattazione, il che avviene, nel vigente sistema, solo a seguito di un atto di impulso di parte. Ne consegue che appare congegno impraticabile quello che, di fatto, ipotizza che, in assenza di istanza di parte (di revoca o modifica), il giudice si metta alla caccia di fascicoli negli archivi della segreteria.

I principali problemi interpretativi che la norma pone possono così sintetizzarsi:

1) in primo luogo, v'è da chiedersi in forza di quali presupposti (fattuali e giuridici) e secondo quali modalità il presidente ovvero il collegio possa attivarsi, appunto d'ufficio, per revocare o modificare il precedente provvedimento cautelare *ante causam*;

(203) In tal senso, ADDARIO, *Limite temporale e competenza per la revoca e la modifica del provvedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 2001, 1874.

(204) DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 139.

(205) CRISCENTI, *Gli strumenti di tutela nel codice dei contratti pubblici*, cit.

2) un secondo interrogativo attiene alla questione se la decisione di procedere alla revoca o modifica debba o meno essere preceduta da una fase deliberativa nella quale sia assicurato lo stesso *minimum* di contraddittorio previsto dal comma 4 dell'art. 245 per l'adozione della misura cautelare *ante causam*.

Quanto all'individuazione dei presupposti per l'esercizio del potere ufficioso di revoca o modifica, si può sostenere che il potere stesso è strettamente ancorato al sopravvenire di nuovi fatti o circostanze (ivi compreso lo *jus superveniens*) rispetto al momento di emissione del provvedimento ovvero di cui si è acquisita conoscenza dopo tale momento (206) e, quindi, non valutati in precedenza. Deve trattarsi, dunque, di elementi idonei ad innovare, in fatto e in diritto, il complessivo quadro valutativo su cui si fondava la pregressa decisione cautelare. Il che si spiega in ragione della funzione assolta dall'istituto della revoca o modifica, finalizzato ad adeguare il provvedimento cautelare agli sviluppi del processo introdotti da un mutamento della situazione di fatto o di diritto che abbia per effetto il sopravvenuto venir meno, in tutto o in parte, dei presupposti cautelari del *periculum in mora* e del *fumus boni juris*.

Se così è, tuttavia, pare davvero necessario che a stimolare il potere d'intervento sul provvedimento emesso non possa che essere la parte a ciò interessata, che segnali al giudice le sopravvenienze reputate idonee a giustificare un provvedimento di segno negativo rispetto a quello in precedenza emesso, così come previsto nell'analogo rimedio civilistico dall'art. 669 *decies* c.p.c.

Quanto alla questione relativa alla garanzia del contraddittorio prodromica all'adozione del provvedimento di revoca o modifica, l'espressione "*senza formalità*" in base alla quale il legislatore prevede sia esercitabile il potere ufficioso di revisione non pare lasciare margini di dubbio sul fatto che il provvedimento di accoglimento possa essere modificato o revocato non solo in mancanza di domanda di parte, ma anche senza ascoltare le parti. Pur trattandosi di una sorta di provvedimento di autotutela giudiziale, il legislatore non ha seguito la c.d. regola del *contrarius actus*, prescindendo sia dalla domanda di parte che dalla sua notifica.

Pare evidente come, anche sotto tale punto di vista, la norma violi il principio costituzionale della parità delle parti, risultando assolutamente sbilanciata in favore dell'amministrazione (e dei controinteressati), considerato che il ricorrente potrebbe trovarsi nella condizione di dovere subire la misura negativa senza aver potuto in alcun modo interloquire sulla idoneità a legittimarla delle sopravvenienze valutate dal giudice.

Come opportunamente sottolineato in dottrina (207), "*quando il giudice*

(206) Tale soluzione è proposta da F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici*, cit., che richiama a sostegno l'art. 21, comma 12, l. TAR e l'art. 669 *decies* c.p.c., applicabile analogicamente; *contra*, M.A. Sandulli, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., la quale sottolinea come la norma non subordina il riesame a "*fatti sopravvenuti*".

(207) TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

amministrativo si accorga che ha sbagliato nel negare la misura cautelare, non può autocorreggersi (a vantaggio del ricorrente), mentre può farlo (a vantaggio dell'amministrazione e del controinteressato) nel caso inverso, quando, cioè, si avveda di aver sbagliato nel concedere la misura cautelare". In sostanza, la revoca o modifica del provvedimento, fondata su una diversa valutazione dell'interesse pubblico (correlata a fatti sopravvenuti, ai sensi dell'art. 669 *decies* c.p.c., analogicamente applicabile, che inducano ad una rinnovata valutazione delle condizioni di legittimità della misura concessa), è unilaterale: ossia, solo a danno dell'istante, che si vede revocata (o modificata *in pejus*) la misura in precedenza concessagli, d'ufficio e senza essere sentito. Dunque, la clausola *rebus sic stantibus*, che caratterizza in termini di rigorosa strumentalità il provvedimento cautelare emesso *ante causam* nel processo amministrativo, opera solo a vantaggio delle controparti dell'istante.

In ogni caso, un'improvvisa revoca del provvedimento, d'ufficio, sulla base di non precisati presupposti e in assenza di contraddittorio, che venga ad incidere, ad esempio, su un procedimento di gara, nel quale l'amministrazione potrebbe aver riaperto i termini o emesso ulteriori provvedimenti consequenziali all'originaria misura cautelare di accoglimento, reca instabilità all'assetto degli interessi in contesa; il che rende indispensabile, anche dal punto di vista pratico, il coinvolgimento di entrambe le parti prima di adottare un provvedimento del genere.

La norma pone ulteriori problemi - già segnalati dalla dottrina (208) - nella parte in cui prevede che la revoca o la modifica su impulso di parte avvenga "*su istanza o reclamo di ogni interessato*".

Il primo problema interpretativo che la norma pone attiene alla equipollenza o meno dei termini "*istanza*" e "*reclamo*".

Secondo una tesi (209), si potrebbe ritenere che la distinzione tra l'istanza e il reclamo attenga alle *ragioni poste a fondamento dell'una o dell'altra forma di domanda di revoca o di modifica*; mentre con la mera istanza si aggiungono ragioni diverse o sopravvenute rispetto a quelle poste a fondamento dell'originaria istanza di concessione della misura cautelare, con il reclamo si contesterebbero i presupposti stessi valorizzati dal giudice per accogliere l'istanza cautelare *ante causam*. Quindi, il reclamo costituirebbe uno strumento con il quale si chiede la revoca del provvedimento adducendo l'erroneità dei presupposti e dei motivi allegati nell'istanza cautelare *ante causam*, che sono stati condivisi dal giudice in sede di accoglimento dell'istanza e di emissione del relativo provvedimento.

Secondo altra tesi (210), la distinzione tra istanza e reclamo si legherebbe

(208) CRISCENTI, *Gli strumenti di tutela nel codice dei contratti*, cit.

(209) POLICE, *op. cit.*, 793.

(210) DE NICTOLIS, *op. cit.*, 139 s.

al momento in cui la richiesta di revisione del provvedimento viene formulata, ritenendosi che la norma preveda una competenza specifica per la revoca e la modifica, che non coincide con quella inerente alla adozione del provvedimento cautelare. Mentre, infatti, quest'ultimo può essere adottato sia dal presidente che da un suo delegato, la revoca e la modifica sono di competenza esclusiva o del presidente o del collegio. La competenza dipende dal momento cronologico in cui la revoca o la modifica vengono disposte:

1) *prima dell'inizio dell'inizio della causa di merito*, la competenza spetta esclusivamente al presidente e la richiesta si propone con *istanza*;

2) *dopo l'inizio della causa di merito*, la competenza spetta esclusivamente al collegio e la relativa richiesta si propone con *reclamo*.

In quest'ottica, si pone in risalto che, ove revoca e modifica avvengano su reclamo, esse integrano un rimedio demandato ad un giudice diverso da quello che ha adottato il provvedimento cautelare (ossia al Collegio).

Secondo quanto espressamente dispone il comma 6 dell'art. 245 del Codice, l'istanza o il reclamo possono, dunque, provenire tanto dall'amministrazione che dai controinteressati destinatari della notifica dell'istanza cautelare *ante causam*, quanto da ulteriori soggetti, rispetto ai quali comunque il giudice dovrà verificare, secondo i principi generali, l'interesse rispetto alla proposizione del rimedio: si tratterà, in genere, dei controinteressati sostanziali, cui la domanda cautelare *ante causam* non sia stata notificata, ovvero di quei soggetti che dalla misura possono subire un pregiudizio dal provvedimento di accoglimento.

E' da escludere che il ricorrente possa presentare istanza di modifica *in melius* della misura di accoglimento già accordatagli, considerato che la revoca o lo modifica controbilanciano la non appellabilità del provvedimento favorevole, sicchè costituiscono rimedi esperibili unicamente dall'amministrazione ovvero dai controinteressati, formali e sostanziali, ovvero ancora da altri soggetti (estranei al procedimento cautelare *ante causam*) che hanno interesse a contrastare la misura (211).

Il comma 6 dell'art. 245 del Codice non chiarisce, poi, se a comporre il collegio che si pronuncia sulla domanda cautelare *post causam* possa essere chiamato a far parte il presidente (o magistrato da lui delegato) che abbia emesso il pregresso provvedimento cautelare *ante causam* (212).

(211) In tal senso, condivisibilmente CRISCENTI, *Gli strumenti di tutela nel codice dei contratti*, cit.

(212) La questione è posta da TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit., il quale evidenzia giustamente che "è difficile negare che il mantenimento dei poteri cognitori in capo al magistrato che si era già occupato dell'affare può realizzare una contrazione dei tempi di esame e pronuncia, dovuto al fatto, ovvio, che costui avrà già una conoscenza - per quanto sommaria - della vicenda (ri)portata al suo vaglio. Sotto altro profilo, però, si pone il problema di una possibile prevenzione del giudice che, come ogni essere umano, è spinto ad adottare comportamenti coerenti e consequenziali; il giudicante pertanto, in seconda battuta, potrebbe risultare privo di quella serenità che, verosimilmente, caratterizzerebbe l'operato di un magistrato completamente 'ignaro' della controversia".

La prassi, osservata con riferimento alla tutela cautelare monocratica presidenziale di cui all'art. 21, comma 9, l. TAR, è nel senso di ammettere a partecipare al collegio chiamato a rivedere la misura già concessa il magistrato che si era in precedenza pronunciato, sicchè è ipotizzabile un'estensione di tale prassi anche nell'applicazione dell'art. 245, comma 6, del Codice.

Sul versante dell'esecuzione del provvedimento, il comma 7 dell'art. 245 dispone che per l'attuazione della misura cautelare trova applicazione il disposto di cui all'art. 21, comma 14, l. TAR: si applica, pertanto, il rimedio dell'ottemperanza cautelare, avendo, opportunamente, il legislatore del Codice evitato di richiamare la disciplina processual-civilistica dettata dall'art. 669 *duodecies* c.p.c. per l'attuazione del provvedimento cautelare, che non garantire un'efficienza analoga a quella dell'ottemperanza (213).

In forza del richiamo all'art. 21 cit., sarà consentito all'istante, nell'ipotesi in cui l'ordine sia rimasto ineseguito in ragione di una condotta inerte, dilatoria o soprassessoria, ovvero mediante l'adozione di nuovi provvedimenti amministrativi non soddisfattivi per l'istante, notificare alle controparti un'istanza, stavolta rivolta al collegio, volta ad ottenere la nomina di un commissario *ad acta* ovvero la sostituzione del giudice all'amministrazione, perché sia data compiuta attuazione (anche con atti di annullamento) alla misura rimasta inosservata (214).

Va da sé che, laddove la misura adottata *ante causam* consista nella sospensione della procedura di gara, non sembra che essa abbisogni di una specifica attività esecutiva da parte dell'amministrazione, salvo che il giudice non accompagni tale *dictum* con ulteriori *normae agendi* volte a cautelare la posizione dell'istante mediante l'imposizione, all'amministrazione stessa, di comportamenti positivi, che comunque non ostacolino l'efficacia della successiva pronuncia cautelare, di qualunque segno essa sia.

Il comma 7 dell'art. 245 disciplina pure il potere del giudice della cautela *ante causam* di regolare le spese del procedimento, rinviando a tal fine all'art. 21, l. TAR.

(213) *Contra*, BUONVINO, *op. cit.*, dubita che la procedura esecutiva prevista dal Codice dei contratti pubblici, pur con la dimidiazione dei termini processuali, sia del tutto adeguata alle esigenze di eccezionale urgenza che si intendono soddisfare e, in particolare, al fatto che la misura cautelare ha efficacia comunque non eccedente i sessanta giorni; con l'aggiunta che il termine ora detto sarebbe anche destinato ad essere ulteriormente consumato dai tempi necessari per la nomina e l'attività materiale del commissario *ad acta*; tanto, osserva l'A., "in considerazione dei tempi tecnici necessari per l'attivazione, ai sensi degli artt. 90 e 91 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642, del procedimento in questione, che va portato all'esame del Collegio (non prevedendo, la norma in esame, il radicamento innanzi allo stesso giudice monocratico del ricorso di ottemperanza di cui si tratta) e che deve essere preceduto dalla notificazione di apposito atto di diffida e messa in mora".

(214) Cfr. SANINO, *Il processo cautelare in Verso il nuovo processo amministrativo* (a cura di Cerrulli Irelli), Torino, 2000, 283 ss., secondo cui in tale ipotesi non si seguono le formalità proprie del giudizio di ottemperanza, essendo il giudice dotato dei poteri di merito «inerenti» a quel giudizio.

E' da ritenere che la disciplina dell'art. 21, comma 10, legge T.A.R. trovi applicazione anche nel caso di pronuncia di un provvedimento di revoca o modifica, che partecipa della natura del provvedimento di rigetto, non potendo, come detto, ipotizzarsi un'istanza di modifica *in melius* da parte del ricorrente. Ove si opinasse diversamente, troverebbe, comunque, applicazione in via analogica il disposto di cui all'art. 669 *septies*, comma 2, c.p.c., norma che, secondo condivisibile dottrina (215), sarebbe stato auspicabile il Codice avesse richiamato, ponendo l'obbligo per il giudice della cautela di provvedere sulle spese nel caso di pronuncia di rigetto, mentre l'art. 21, comma 10, l. TAR si limita a prevedere una semplice facoltà del giudice riguardo al regolamento delle spese, in modo coerente con la tutela cautelare *post causam* per la quale è prevista (in tal caso sarà poi la sentenza a regolamentare, comunque, il regime delle spese).

Va da sé che, in caso di provvedimento cautelare *ante causam* di rigetto, il giudizio di merito potrebbe non essere avviato mai, sicché le parti resistenti potrebbero non vedersi mai ristorate dei costi sopportati per difendersi ove il giudice della cautela non abbia provveduto a regolare le spese del procedimento. Proprio per ovviare a tali situazioni, deve ritenersi che la statuizione sulle spese non possa costituire oggetto di mera facoltà per il giudice (come previsto dall'art. 21, comma 10, l. TAR), ma di un obbligo, secondo il disposto di cui all'art. 669 *septies*, comma 2, c.p.c.

17. Contributo unificato e tutela cautelare ante causam

Com'è noto, il c.d. decreto Bersani (d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella l. 4 agosto 2006, n. 243) ha significativamente innovato il regime del contributo unificato nel processo amministrativo, novellando l'art. 13 del T.U. delle spese di giustizia n. 115 del 2002. In particolare, nell'intento di semplificare il contributo unificato per i processi amministrativi, l'art. 21, comma 4, del decreto Bersani, eliminando il sistema della dichiarazione di valore dichiarata dalla parte al momento della proposizione del ricorso, ha introdotto due sole misure del contributo unificato, che prescindono dal valore della causa, riferite, invece, al rito processuale ed alla tipologia della controversia (216). Era, infatti, previsto il valore unico di €. 500,00, a prescindere dal valore della causa.

L'art. 1, comma 1307, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (*legge finanziaria per il 2007*) ha, poi, elevato la misura del contributo a € 1.000,00 per i ricorsi di-

(215) F. SAIITA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale*, cit.; nello stesso senso, TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

(216) Si veda, in proposito, la circolare del Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa del 6 luglio 2006, in www.giustizia-amministrativa.it, contenente chiarimenti in merito all'applicazione delle nuove disposizioni.

sciplinati dal rito speciale di cui all'art. 23 *bis*, l. TAR e ad € 2.000,00 per i ricorsi che seguono tale rito in materia di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture e di provvedimenti delle Autorità indipendenti (217).

Premesso che il decreto Bersani ha lasciato ferme le esenzioni già previste dal T.U. delle spese di giustizia (218), tra queste l'art. 10, comma 5, T.U. sulle spese di giustizia prevede "il *processo cautelare attivato in corso di causa*". Tale esenzione è stata, da ultimo, eliminata dall'art. 2, comma 212, lett. b), n. 1, l. 23 dicembre 2009, n. 191 (219).

Pertanto, prima di tale ultima modifica normativa, quando la domanda cautelare sia proposta unitamente al ricorso di merito (art. 21, commi 8 e 9, l. TAR), operava l'esenzione dal pagamento del contributo unificato.

Con l'introduzione nel nostro sistema processuale della tutela cautelare *ante causam*, si è posto il problema se l'esenzione già contemplata dall'art. 10, comma 5, T.U. cit. possa analogicamente estendersi alla tutela cautelare preventiva pura ovvero se debba corrispondersi un importo pari alla metà di quello che dovrebbe essere versato per la causa di merito, come avviene nel caso dei normali procedimenti *ex artt. 669 bis ss., c.p.c.*, o se invece sia da liquidare l'intero importo dovuto per le controversie avanti al giudice amministrativo, prescindendo dal successivo pagamento per il giudizio di merito.

Al riguardo, si confrontano due posizioni.

La prima, più rigorosa, è patrocinata dalla dottrina (220) e dal Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa (221), secondo cui, atteso che la norma di esenzione riguarda solo il processo cautelare in corso di causa, si deve ritenere che per la domanda *ante causam* sia dovuto un autonomo contributo unificato rispetto al successivo ricorso di merito.

La tesi estensiva dell'esenzione è sostenuta dalla giurisprudenza (222),

(217) Per un primo commento critico a tale nuovo aumento si vedano le considerazioni di G. VIRGA, *Il prezzo della giustizia (a proposito dell'aumento fino a 2.000 euro del contributo unificato previsto dal maxiemendamento alla finanziaria 2007)*, in www.lexitalia.it, n. 12/2006.

(218) Ad esempio: i ricorsi in materia di pubblico impiego (relativamente alle sole controversie concernenti rapporti già costituiti), i ricorsi proposti dalle associazioni di volontariato inerenti l'attività statutaria dell'ente; i ricorsi elettorali; i ricorsi in materia di previdenza, assicurazione sociale obbligatoria, il regolamento di competenza e di giurisdizione, i procedimenti cautelari (ovviamente, l'esenzione riguarda quelli *post causam*, non essendo previsti al momento dell'emanazione del T.U. n. 115/2002 quelli *ante causam*).

(219) Sulle modifiche al T.U. spese di giustizia recate dalla l. 23 dicembre 2009, n. 191 si veda, per un quadro riassuntivo, la Circolare dell'Avvocato Generale n. 3/2010, in www.avvocaturastato.it.

(220) DE NICTOLIS, *Il nuovo contributo unificato nel processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2007, 139, che ricostruisce analiticamente il nuovo regime del contributo unificato nel processo amministrativo alla luce delle novità introdotte nel decreto Bersani; RUSCICA, *op. cit.*, 226.

(221) Circolare 6 luglio 2006, cit., nella quale si legge "il *contributo per i giudizi cautelari è dovuto, in aggiunta al contributo per il ricorso in primo grado e in appello ... c) per le istanze cautelari ante causam introdotte dall'art. 245 del codice degli appalti (approvato con d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006), richieste dall'interessato in un momento antecedente alla proposizione del ricorso di merito*".

(222) T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 27 aprile 2007, n. 324, in *Giur. merito*, 2007, 7-8, 2110.

che ritiene applicabile in via analogica (mancando una specifica disposizione che disciplini, per quanto concerne il contributo unificato, la domanda cautelare *ante causam*, prevista, nel giudizio amministrativo, solo per il processo in materia di contratti pubblici di cui all'art. 245 del Codice) la regola dell'esenzione posta dall'art. 10, comma 5, T.U. sulle spese di giudizio, che, se pure letteralmente riferita alla domanda presentata in corso di causa, è ritenuta comprensiva anche della tutela cautelare preventiva pura, che riguarda un'istanza cautelare che, sebbene proposta anteriormente alla notificazione del ricorso, mantiene i caratteri dell'accessorietà e della strumentalità rispetto al successivo giudizio di merito e che, quindi, non dà luogo ad un'autonoma iscrizione a ruolo. A sostegno di tale conclusione, si argomenta, in particolare, che *“la previsione del versamento di un autonomo contributo - pur ipotizzata per la domanda cautelare ex art. 245 cit. in sede di primo commento sul nuovo contributo unificato, quale risultante a seguito della l. 4 agosto 2006 n. 248 e della l. 27 dicembre 2006 n. 296 - è prevista (peraltro, in misura ridotta alla metà) dall'art. 13, co. 3, T.U. n. 115/02, per i processi speciali previsti nel libro IV, titolo I, del codice di procedura civile, tra cui sono compresi i processi cautelari, che però non sono caratterizzati da rigoroso vincolo di strumentalità rispetto al giudizio di merito, come è invece nel processo amministrativo”*.

Orbene, ad avviso chi scrive, come già sostenuto in altra sede (223), pare da preferire la tesi rigorosa, non solo per ragioni d'ordine positivo (l'esenzione è prevista unicamente per i procedimenti cautelari *post causam*), ma anche in considerazione del rilievo che alla tutela cautelare preventiva *ante causam*, specie in caso di provvedimento negativo, potrebbe poi non seguire la successiva introduzione del giudizio di merito (224). La ragione dell'esenzione dal pagamento del contributo unificato per la domanda cautelare *post causam* può appuntarsi nel rilievo che una tale domanda è, per così dire, accessiva al ricorso di merito (nella quale, di prassi, è pure contenuta), oltrechè ad esso strumentale: in tal caso, la causa è già stata iscritta a ruolo e la domanda cautelare costituisce un'istanza che il ricorrente ha inteso formulare in funzione dell'integrità del risultato cui ambisce con la già avvenuta proposizione del ricorso di merito; diversamente, nel caso della tutela cautelare *ante causam*, mai alcun giudizio di merito potrebbe incardinarsi (anche nell'ipotesi di concessione della misura), sicchè non appaiono decisive quelle ragioni che inducono la giurisprudenza citata a sostenere l'esenzione dall'obbligo del pagamento del contributo unificato.

Naturalmente, ci si rende conto che, nell'ipotesi di introduzione del giu-

(223) MEZZOTERO, *op. cit.*, 1319.

(224) Questo rilievo, ai fini dell'obbligatorietà della statuizione sulle spese da parte del giudice della cautela *ante causam*, è formulato da F. SAITTA, *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale*, cit., e da TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

dizio di merito, dover provvedere, da parte del ricorrente, ad un doppio pagamento del contributo unificato (il primo per la fase cautelare *ante causam*, quanto meno di importo pari alla metà di quello che dovrebbe essere versato per la causa di merito, come avviene nel caso dei normali procedimenti *ex artt. 669 bis ss., c.p.c.*, ed il secondo al momento del deposito del ricorso di merito) appare conseguenza eccessivamente rigorosa e tale da dissuadere, di fatto, dall'esperienza dello straordinario rimedio cautelare previsto dal Codice. Il che impone al legislatore di prevedere dei correttivi al riguardo, specie se, come da più parti auspicato, il rimedio della tutela cautelare *ante causam* verrà generalizzato.

18. Riflessioni conclusive sulla tutela cautelare ante causam in attesa del nuovo codice del processo amministrativo anche alla luce delle novità introdotte dalla recente direttiva 11 dicembre 2007, n. 2007/66/CE

L'analisi della disciplina del nuovo rimedio introdotto dal Codice consente di formulare alcune riflessioni conclusive.

Indubbiamente il legislatore ha colmato la lacuna processuale stigmatizzata dalla Corte di Giustizia europea, inserendo nel sistema processuale amministrativo uno strumento di tutela cautelare *aggiuntivo* delle tecniche di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Tuttavia, in attesa che il nuovo rimedio venga plasmato dalla giurisprudenza e ricondotto dal legislatore negli alvei della legittimità in relazione ai punti critici in precedenza illustrati (225), emergono non pochi dubbi sull'effettiva utilità dell'istituto, non foss'altro per la sua sostanziale sovrapposizione agli altri strumenti cautelari ordinari.

In particolare, non si scorgono sostanziali differenze tra il rimedio introdotto dal Codice e l'istituto della tutela presidenziale delineata dall'art. 21, comma 9, l. TAR, che presenta caratteristiche affini a quelle della tutela cautelare *ante causam* e che meglio si cala nei meccanismi tipici del processo amministrativo (226).

(225) In tal senso pare muoversi l'art. 73 della bozza di codice del processo amministrativo, su cui si rimanda al commento di prossima pubblicazione su questa *Rassegna*.

(226) In proposito, perentoriamente, rileva M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit.: "la cautela *ante causam* è una misura assolutamente irragionevole e sproporzionata nel nostro sistema processuale amministrativo, in cui l'effettività della tutela sotto il profilo dell'immediatezza è già pienamente garantita dall'art. 21, c. 9 l. TAR e della possibilità di integrare il ricorso fino alla scadenza dei termini attraverso la proposizione di motivi aggiunti. Ha quindi errato la Corte di Giustizia nell'ordinanza del 2004 e il Governo italiano ben potrebbe presumibilmente indurre gli organi comunitari ad una ulteriore riflessione sul tema. Del resto non appare a mio avviso senza significato la circostanza che la Direttiva 2007/66/CE si limiti a collegare l'effettività della tutela alla previsione di misure idonee a garantire che la violazione delle norme comunitarie non produca i suoi effetti, senza fare alcun esplicito riferimento alla necessità di una cautela *ante causam*".

Anche la tutela cautelare monocratica, introdotta dalla l. n. 205/2000, si richiede con ricorso, previamente notificato e con la garanzia del mero contraddittorio formale; anche la misura monocratica è atipica e destinata ad essere assorbita nella successiva deliberazione dell'istanza cautelare ordinaria. L'unica differenza - che per certi versi potrebbe, paradossalmente, andare a danno proprio dell'istante - è che si tratta di un rimedio che non prescinde dalla previa proposizione di un ricorso di merito. Tuttavia, come si è detto, anche l'istanza *ex art. 245* del Codice non potrà mai prescindere dalla ricostruzione, seppur sintetica, in fatto ed in diritto delle ragioni che sostengono la richiesta di misura cautelare *ante causam*, mediante la rappresentazione sommaria dei vizi di illegittimità del provvedimento, nonché - detto in altro modo - dalla indicazione della futura azione di merito.

Una valida giustificazione della introduzione dello strumento in esame potrebbe essere rinvenuta nella necessità di consentire alla parte che subisce un pregiudizio da un atto di gara di poterne invocare la sospensione nelle more della valutazione circa la ricorrenza di profili di illegittimità da fare valere con il successivo ricorso. E' ovvio intendere che, affinché una simile ricostruzione abbia ingresso, si dovrebbe ammettere che il fondamento esclusivo della cautela di nuovo conio risieda nel (solo) *periculum in mora*. L'onere di provare l'illegittimità dell'atto sarebbe, invece, rinviato alla sede del gravame i cui tempi non sarebbero in tesi compatibili con l'esigenza del concorrente di ottenere una tutela effettiva. Tuttavia, questa giustificazione non può essere condivisa, considerato che, per tutte le ragioni esposte, è onere della parte che fa l'istanza indicare anche i profili di illegittimità che ci si riserva di illustrare *funditus* nel ricorso, da soli o in aggiunta agli altri eventualmente conosciuti successivamente.

Se è così, però, la tutela cautelare *ante causam* si rivela per la parte un inutile doppione della tutela monocratica e non stupisce che non se ne senta parlare nelle aule dei Tribunali amministrativi regionali, né che sia edito alcun precedente giurisprudenziale sulla norma di nuovo conio (227).

In definitiva: che farsene della tutela *ante causam* se può essere promossa solo con un *atto notificato e depositato* (come il ricorso e come l'istanza di misure provvisorie) nel quale (come nel ricorso e nell'istanza di misure provvisorie) vanno articolati, anche se solo sommariamente, i motivi che a dire

(227) Cfr., Pres. GIOVANNINI nella Relazione di apertura dell'anno giudiziario 2009 dinanzi al T.A.R. Lazio, il quale sottolinea che "la tutela cautelare monocratica è già molto efficace: e ne dà conferma l'uso praticamente nullo dello strumento. Erano quindi perfettamente condivisibili gli argomenti svolti dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 179 del 2002, nel senso che la possibilità di tutela cautelare immediata consentita dalla l. n. 205 del 2000 (affatto più rapida di quella prevista dagli artt. 669 e 700 c.p.c.) esclude che la tutela cautelare *ante causam* di fronte al giudice amministrativo costituisca una condizione di effettività della tutela e che in difetto di tale misura la p.A. goda di un'ingiustificata situazione di privilegio".

dell'istante rendono la “*lesione*” una “*violazione*” della posizione giuridica di diritto comunitario? Tanto vale proporre ricorso riservandosi di dedurre motivi aggiunti entro il termine dimidiato *ex art. 23 bis*, l. TAR (o motivi nuovi entro quello ordinario per la proposizione del ricorso).

Dunque, l'istituto in commento, così com'è, non convince. Perché possa rivelarsi di qualche utilità, di un'utilità diversa da quella riconosciuta ai rimedi cautelari dell'art. 21, l. TAR, occorrerebbe affrancarlo dall'onere di dedurre anche motivi di censura, perlomeno nei casi in cui di essi non sia facile ed immediato l'accertamento, non avendo l'interessato esatta cognizione dei motivi del provvedimento. Tuttavia, per quanto in precedenza esposto, alla proponibilità di un'istanza cautelare *ante causam* al buio o meramente esplorativa (motivata, cioè, alla stregua del solo *periculum*) si oppongono saldi principi del nostro ordinamento processuale (*in primis*, il principio dell'impulso di parte).

Se così è, allora, si deve riconoscere che l'istituto, più che rispondere ad un'effettiva esigenza di giustizia, è il portato di un obbligo di adeguamento dello Stato ai rilievi formulati in sede comunitaria. Di un tale rimedio, così come congegnato dal legislatore, forse neppure si sentiva il bisogno e non rappresenta un rilevante progresso sul piano dell'effettività della tutela rispetto ai risultati cui era già pervenuto il sistema italiano con la l. n. 205/2000, che, come detto, la Corte costituzionale nel 2002 aveva ritenuto adeguata per risolvere ogni problema di effettività della tutela interinale (228).

L'istituto, alla prova dei fatti, risulta di scarso impatto pratico, poiché le forme di tutela anticipata - seppur non *ante causam* - appaiono costituire sufficiente garanzia. Rispetto alla tutela cautelare monocratica di cui all'art. 21, comma 9, l. TAR, il nuovo rimedio nulla effettivamente aggiunge, limitandosi il legislatore ad esasperare i presupposti per la concessione della misura, fissando dei requisiti di accesso alla tutela difficilmente riscontrabili in concreto.

(228) Questi rilievi sono ben sviluppati da CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008, 705, il quale sottolinea la “*modesta utilità di questo istituto nel quadro delle molte opportunità date dal nuovo processo amministrativo, come anche confermato dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 179/2002*”; nello stesso senso, con puntualità di argomenti, PAOLANTONIO, *op. cit.*; ROTIGLIANO, *op. cit.*, il quale osserva che “*sembra trattarsi di uno di quei casi in cui l'osmosi tra diritto comunitario e diritto interno non è proceduta per induzioni quanto piuttosto per deduzioni, attraverso cioè l'imposizione di un modello nel contrasto ritenuto poizore alle tradizioni giuridiche nazionali. Mentre invece “i diritti processuali nazionali, frutto di un affinamento plurisecolare dei vari ordinamenti, sono con le loro peculiarità un patrimonio ineguagliabile per il diritto europeo, più che una remora a fronte di un'uniformizzazione potenzialmente banalizzante delle regole processuali dell'Unione*”; VILLATA, *op. cit.*, in part. 856. Considerazioni critiche in ordine all'utilità del rimedio sono state espresse, da ultimo, anche da CERULLI IRELLI, *Osservazioni sulla bozza di decreto legislativo attuativo della delega di cui all'art. 44, l. n. 88/2009 (presentate alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, l'11.2.2010)*, in www.giustamm.it; quanto ad una lettura del nuovo istituto alla luce dei principi del giusto processo e di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale si rinvia alle condivisibili osservazioni di M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit..

Sarà compito dell'elaborazione giurisprudenziale disegnare i confini tra l'estrema gravità ed urgenza e l'eccezionale gravità ed urgenza, facendo oscillare il pendolo della tutela cautelare sull'uno o sull'altro polo, ma, considerato il ristretto spazio concettuale tra l'estremo e l'eccezionale, si può fondatamente prevedere la schiacciante prevalenza di uno dei due strumenti a discapito dell'altro.

Non sembra, pertanto, condivisibile l'opinione di chi (229) ritiene che la nuova tutela cautelare, segnata da *un alto tasso di celerità, informalità e snellezza*, sia destinata ad accrescere il livello di effettività della tutela, rappresentando la delibazione dell'istanza *ante causam* un momento di filtro del contenzioso amministrativo utile a deflazionare i ricorsi alla giustizia amministrativa, perché l'adozione di un provvedimento di diniego adeguatamente motivato dissuaderebbe i privati dalla proposizione di ricorsi meramente dilatori e defatiganti.

Se ciò, in linea teorica può avere un fondamento, tuttavia, occorre considerare l'onere, che grava sull'istante, di rappresentazione, sia pur sintetica, delle ragioni poste a fondamento della richiesta; sicchè, si deve convenire che, con ogni probabilità, il giudice, che dovrà giudicare *iuxta probata et alligata*, non sarà in grado, data anche la ristrettezza dei tempi, di offrire una motivazione particolarmente ampia, specie sul *fumus* (ove, come sostenuto, lo si ritenga costituire presupposto per la concessione della misura, ad onta della formulazione normativa di cui al comma 3 dell'art. 245). Dal che consegue, per un verso, che quella particolare funzione di indirizzo dell'attività amministrativa - propria della tutela cautelare "ordinaria" - può, dirsi, riguardo alla tutela cautelare *ante causam*, decisamente abbandonata; per altro verso che l'istituto non svolgerà nella pratica alcuna effettiva funzione deflattiva e di filtro; è ovvio intendere che una misura negativa non adeguatamente motivata, non dissuaderà il ricorrente dal riproporre l'istanza cautelare nelle forme ordinarie.

Del resto, come acutamente rilevato in dottrina (230), lo scarso impatto pratico che il nuovo istituto sta dimostrando in concreto di avere dipende da una ragione basilare: diversa è, infatti, la funzione della tutela cautelare nel processo civile rispetto a quella del processo amministrativo, poiché nel primo tale funzione è quella di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale *dichiarativa o esecutiva*, i cui tempi di sviluppi potrebbero non essere compatibili con l'urgenza del provvedere, mentre *la struttura quasi sempre impugnatoria del processo amministrativo* (così come nelle controversie di cui all'art. 245, per le quali il rimedio preventivo è stato introdotto nel nostro ordinamento) ha ad oggetto una tutela finale di tipo costitutivo (finalizzata al-

(229) TARULLO, *La nuova tutela cautelare ante causam*, cit.

(230) PAOLANTONIO, *op. cit.*, 337.

l'annullamento di un provvedimento amministrativo), non dichiarativa o esecutiva, sicchè assai rare sono le ipotesi in cui l'esigenza di una tutela cautelare *ante causam*, ossia scissa dal rapporto di strumentalità tra tutela cautelare e ricorso (di merito) impugnatorio, può emergere nel processo amministrativo.

Possono scorgersi, non di meno, ipotesi in cui la tutela cautelare *ante causam* potrebbe presentare una certa utilità e, in particolare, una possibile capacità deflattiva del contenzioso.

L'istanza cautelare *ante causam* ben potrebbe, infatti, concernere atti la cui conoscenza piena difetta in capo al richiedente e dei quali il medesimo non sia neppure in grado di apprezzare concretamente la reale, consistente ed attuale capacità lesiva; e, in tal caso, il giudice invocato ben potrebbe acquisire, dall'amministrazione, ai fini della pronuncia, quegli elementi conoscitivi minimi che potrebbero indurre l'interessato a non proporre ricorso (o, ad esempio, a differirne la proposizione al momento dell'adozione, nel prosieguo della procedura amministrativa, di atti effettivamente ed utilmente impugnabili).

Parimenti, la tutela cautelare *ante causam* potrebbe risultare utile nel caso di esclusione dalla gara nell'imminenza dell'apertura delle buste, ovvero di impugnativa del bando che, di per se, inibisca la partecipazione alla gara stessa (231); in tali ipotesi, infatti, potrebbe essere richiesta ed ottenuta *ante causam* la sospensione della procedura di aggiudicazione in attesa della definizione della domanda cautelare da avanzarsi in sede di merito, anche se ciò può produrre il non irrilevante effetto di una sospensione procedurale di non breve periodo, potenzialmente anche molto dannosa - almeno in talune tipologie di gara - per l'interesse pubblico.

Oppure, sempre nel caso di intervenuta esclusione dalla gara, il concorrente potrebbe essere ammesso con riserva ai soli fini del suo inserimento in una graduatoria virtuale (ma con esclusione della concreta aggiudicazione), spettando al giudice valutare, di volta, in volta, se tale riammissione sia compatibile con le caratteristiche più o meno complesse delle procedure di gara e con l'esigenza, in caso di rigetto - nel prosieguo - della misura cautelare *ex art. 21, l. TAR*, di riprendere il procedimento senza pregiudizi irre-

(231) Cfr., T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, decr. pres., 7 febbraio 2007, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha sospeso l'efficacia di un bando che non ammetteva la partecipazione ad una pubblica gara dell'impresa ricorrente perché non rientrante tra le cooperative di tipo sociale alle quali sole era riservata la partecipazione; in tal caso, la P.A. ha annullato, in sede di autotutela, il bando di gara a seguito dell'emissione della misura cautelare *ante causam*, ma solo dopo la proposizione del ricorso di merito, con la conseguente successiva declaratoria, con sentenza succintamente motivata, della cessazione della materia del contendere; per l'indicazione di alcune ipotesi in cui lo strumento della tutela cautelare *ante causam* potrebbe risultare utile si rinvia a M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit.

versibili per l'amministrazione (mentre, non potrà, come detto, conseguire una pronuncia volta ad assicurargli l'aggiudicazione o ad escludere un altro concorrente, né indurre l'amministrazione ad utilizzare differenti criteri valutativi attesa la natura irreversibile di siffatte operazioni).

In aggiunta a tutte le considerazioni *de jure condito* svolte sopra, sull'effettività utilità del rimedio cautelare, in generale, e di quella *ante causam*, in particolare, potrebbe incidere pesantemente la nuova direttiva ricorsi in materia di appalti pubblici 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 del Parlamento europeo e del Consiglio (pubblicata in *G.U.C.E.* 20 dicembre 2007, n. 1, 335), che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici (232). Tale direttiva avrebbe dovuto essere recepita dagli Stati membri entro il termine del 20 dicembre 2009, termine prorogato di novanta giorni per effetto della trasmissione dello schema di decreto legislativo attuativo al parere delle Commissioni parlamentari, ai sensi dell'art. 1, comma 3, l. n. 88/2009 (233).

La novità più rilevante della nuova direttiva è costituita dalla particolarissima disposizione di cui all'art. 2, par. 3 (234), il quale prevede l'introduzione negli ordinamenti processuali degli Stati membri di un'ipotesi (la prima ed unica nel nostro ordinamento) di effetto sospensivo automatico (la cui durata minima è di non meno di dieci giorni) dell'atto di aggiudicazione (235) quale conseguenza della mera proposizione di un ricorso giurisdizio-

(232) Fra i primi commenti relativi alla nuova direttiva ricorsi, si segnalano: BARTOLINI - FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2008, 10, 1093 e ss.; CONTALDI LA GROTTIERA, *Le nuove 'direttive ricorsi' e le vecchie questioni sulla sorte del contratto*, in *Dir. e pratica amministrativa*, 2008, 3, 100 e ss.; DE NICTOLIS, *La riforma del Codice appalti - La nuova 'direttiva ricorsi'*, in *Urb. e app.*, 2008, 6, 665 e ss.; GRECO, *La direttiva 2007/66/Ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in www.giustamm.it; LIPARI, *Annulamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, *ivi*.

(233) Lo schema di decreto legislativo attuativo della direttiva ed il relativo parere della Commissione Speciale del 25 gennaio 2010 del Consiglio di Stato sono pubblicati su www.giustamm.it; sugli effetti orizzontali della direttiva 2007/66, a seguito del suo mancato recepimento entro il termine del 20 dicembre 2009, cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. un., ord. 10 febbraio 2010, n. 2906, in www.lexitalia.it, n. 2/2010, su cui v. le prime note di commento di CARDARELLI, *Commento a Cass. SS.UU., ord. n. 2906 del 10 febbraio 2010*, in www.giustamm.it, n. 2/2010.

(234) L'art. 2, par. 3, della direttiva 2007/66/CE dispone che: "*Qualora un organo di prima istanza, che indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo a una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso*".

(235) Atteso che l'effetto sospensivo derivante dalla proposizione del ricorso ha carattere eccezionale, esso è limitato all'ipotesi dell'impugnativa della sola decisione di aggiudicazione, come si desume dall'art. 2, par. 4, della direttiva 2007/66, il quale enuncia il principio che "*le procedure di ricorso non devono necessariamente avere effetti sospensivi ed automatici*"; ne costituisce espressa eccezione il caso indicato nel paragrafo 3.

nale avverso gli atti della gara (c.d. *clausola di standstill*) (236). Viene, dunque, introdotta una *sospensione processuale* che scatta automaticamente a seguito della proposizione del ricorso, che si aggiunge alla *sospensione sostanziale*, per un termine di non meno dieci giorni, prevista a decorrere dal giorno successivo alla comunicazione della decisione di aggiudicazione agli interessati.

La finalità della norma è, evidentemente, quella di evitare la c.d. “*corsa al contratto*”, ossia di scongiurare il rischio che, nonostante una tempestiva iniziativa di ricorso e nonostante una potenziale tempestiva risposta del giudice (ovviamente in sede cautelare), l’Amministrazione abbia già stipulato il contratto con l’impresa che sia stata (illegittimamente) individuata quale aggiudicataria; problema che si sostanzia nell’interposizione del contratto come ostacolo alla piena effettività (di tipo reintegratorio) della tutela offerta dal giudice amministrativo.

Come i primi commentatori della direttiva hanno evidenziato (237), tale previsione costituisce una vera e propria novità nel nostro sistema processuale, che è destinata a mettere in crisi (o comunque a far ripensare) il carattere dell’esecutività, come connotato tipico dell’atto amministrativo, tantochè la dottrina si è subito premurata di congegnare dei rimedi per temperare l’indifferenziata applicazione del principio di sospensione automatica (238). In ogni caso, al di là temperamenti ipotizzabili, il recepimento della sospensione automatica processuale costituisce un atto dovuto per gli Stati membri, essendo, a tal fine, espressamente, disposto che “è necessario prevedere un termine sospensivo minimo autonomo, che non dovrebbe scadere prima che l’organo di ricorso si sia pronunciato sulla domanda” (12° considerando della direttiva 2007/66) (239).

La direttiva lascia agli Stati membri la possibilità di far durare la sospensione processuale della delibera di aggiudicazione tra un periodo minimo, che è la *decisione della fase cautelare*, ed un periodo massimo, che è quello della *decisione di merito*.

Come accennato, l’attuazione della nuova Direttiva ricorsi è stata disposta

(236) Sulla clausola di *standstill* contemplata dalla direttiva del 2007 cfr., DI MARIO, *Le clausole “standstill” nell’attuazione della direttiva 2007/66*, in www.giustizia-amministrativa.it; RUSCICA, *La rivoluzione attuata dalla Direttiva n. 66/2007*, in www.altalex.it e in *Strumentario enti locali*, 2009, 11).

(237) Si veda, in particolare, BARTOLINI - FANTINI, *op. cit.*; GRECO, *op. cit.*

(238) Secondo DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 666, in sede di recepimento della direttiva 2007/66/CE, il legislatore delegato dovrà: “(...) scegliere, tra le due opzioni comunitarie [relative alla durata della sospensione automatica] quella secondo cui lo *standstill* opera fino alla definizione della fase cautelare, e non anche fino alla definizione del merito”; a conclusioni sostanzialmente identiche perviene LIPARI, *op. cit.*

(239) In tal senso, BARTOLINI - FANTINI, *op. cit.*; GRECO, *op. cit.*; *contra* LIPARI, *Annullamento dell’aggiudicazione ed effetti del contratto*, in www.federalismi.it, n. 9/2008, 10-11, che sostiene la fattualità del recepimento del termine sospensivo processuale.

dalla l. 7 luglio 2009, n. 88, recante “*Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008. (09G0100)*”, in tempo utile ad evitare la scadenza del termine di recepimento della Direttiva, prevista per il 20 dicembre 2009.

La legge contiene all’art. 44 una delega al Governo per il recepimento della Direttiva con decreto legislativo ed opera alcune scelte importanti tra quelle che il legislatore comunitario ha lasciato al legislatore nazionale.

Per quanto rileva ai fini della presente indagine, la legge delega ha previsto il recepimento della sospensione automatica in pendenza di ricorso in presenza delle seguenti condizioni: a) la sospensione si applica solo nel caso di proposizione di ricorso giurisdizionale avverso un provvedimento di aggiudicazione definitiva, accompagnato da contestuale domanda cautelare; b) la domanda dev’essere presentata al giudice competente territorialmente e per materia, il quale rileva l’incompetenza inderogabile d’ufficio prima di ogni altra questione; c) la preclusione alla stipulazione del contratto opera fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l’esame della domanda cautelare; d) il termine per l’impugnazione del provvedimento cautelare è di quindici giorni dalla sua comunicazione o dall’eventuale notifica, se anteriore.

Ne risulta l’introduzione di modifiche importanti al rito in materia di appalti caratterizzate dalla certezza di una decisione in sede cautelare (o di merito nel caso di conversione del rito cautelare) anteriore alla stipulazione del contratto, effetto di per sè non garantito dalla sola tutela ante causam.

L’art. 245-*bis*, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, introdotto dallo schema di decreto legislativo attuativo della direttiva 2007/66 prevede che il contratto non possa essere stipulato prima della decisione cautelare di primo grado ovvero prima della pubblicazione del dispositivo della sentenza pronunciata in forma abbreviata. A tal fine è previsto innovativamente che nel caso in cui la stazione appaltante fruisca del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato la notificazione del ricorso debba essere effettuata anche alla stazione appaltante al fine di attivare il termine sospensivo della stipulazione.

La disposizione del decreto attuativo conferma poi le indicazioni della legge in merito ai requisiti della domanda idonea a produrre l’effetto sospensivo (richiesta cautelare e proposizione al giudice competente).

E’ certo che l’introduzione della sospensione automatica nel nostro ordinamento, ove non fosse legata alla proposizione di una domanda cautelare, potrebbe rendere pressoché superfluo l’intervento cautelare monocratico “*ante causam*” e *inaudita altera parte* (240); è chiaro che, in questo rinnovato con-

(240) Così GRECO, *op. cit.*

testo, verrebbe meno l'esigenza più volte prospettata dalla Corte di Giustizia di garantire la possibilità di chiedere la sospensione dell'atto "*indipendentemente da ogni azione previa*". Se è la stessa proposizione del ricorso a determinare di per sé la sospensione della delibera di aggiudicazione, il giudizio cautelare (ordinario e preventivo) si rivelerebbe sostanzialmente inutile, operando la sospensione della fase contrattuale automaticamente fino alla decisione di merito del giudizio, senza la necessità di un intervento giudiziale.

Diverso, invece, è il discorso laddove (come pare alla luce dello schema di decreto legislativo attuativo della direttiva 2007/66) il nostro legislatore si orientasse nel senso di limitare la sospensione automatica fino alla decisione del giudice cautelare, nel qual caso è ovvio che è interesse della parte proporre istanza cautelare, eventualmente anche *ante causam*. Semmai, il problema che si pone in questa evenienza è di un possibile uso distorto della tutela cautelare, qualora si dovesse tenere ferma la previsione secondo cui l'effetto sospensivo automatico perdura fino alla decisione cautelare definitiva (241). In tal caso il ricorso potrebbe essere proposto anche pretestuosamente per ottenere la sospensione *ex lege* della stipula, sicché pare opportuno prevedere un termine preclusivo (ossia di sospensione automatica) fisso, entro il quale deve sopravvenire un provvedimento cautelare collegiale.

Allo stato, dunque, non essendo prevedibile per quale soluzione opererà definitivamente il nostro legislatore in sede di recepimento della direttiva, non v'è dubbio che sussiste il rischio (invero, insito nel testo comunitario) per cui il ricorso al sistema della sospensione automatica, lungi dal favorire il ricorrente che ha ragione, si presti piuttosto ad utilizzi strumentali da parte di soggetti la cui unica finalità sia quella di sospendere *sine die* le procedure di aggiudicazione (se del caso, attraverso l'introduzione di un giudizio palesemente infondato). Proprio per questa ragione, la dottrina ha ipotizzato che "*in sede di recepimento, ben può essere previsto un termine di durata massima dello standstill conseguente al ricorso giurisdizionale (...), laddove non vi sia domanda cautelare e dunque una pronuncia cautelare che proroghi la sospensione legale. In tal modo, si incentiva il ricorrente a formulare domanda cautelare, e si consegue in tempi rapidi una pronuncia almeno cautelare sul ricorso*"(242).

(241) Cfr., in proposito, le osservazioni formulate nel parere sullo schema di decreto legislativo attuativo della direttiva 2007/66 della Commissione Speciale del Consiglio di Stato, cit., 55-56, secondo cui il termine preclusivo deve operare solo per venti giorni e sempre che entro tale termine intervenga un provvedimento cautelare collegiale; a tale soluzione *adde*, CERULLI IRELLI, *Osservazioni sulla bozza di decreto...*, cit., Favorevole alla previsione dell'effetto sospensivo automatico "fino alla decisione cautelare definitiva" è M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit..

(242) DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 666.

Non ci resta che attendere gli sviluppi della vicenda, i cui esiti - come pare probabile in considerazione delle disposizioni dello schema di decreto attuativo della direttiva 2007/66 - potrebbero portare ad una vistosa contrazione degli spazi applicativi dello strumento cautelare preventivo, già, attualmente, inutile.

Finito di stampare nel mese di marzo 2010
Servizi Tipografici Carlo Colombo s.r.l.
Via Roberto Malatesta n. 296 - Roma