

Urbanistica e appalti

Mensile di edilizia, urbanistica, espropriazione,
appalti, lavori pubblici

ANNO XVIII - Direzione e redazione - Strada 1 Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

8-9 2014

www.edicolaprofessionale.com/urbapp

**Le novità dei DD.LL. 66/2014
e 90/2014**

**Avvalimento
delle certificazioni di qualità**

**Le dichiarazioni collettive
in materia di appalti**

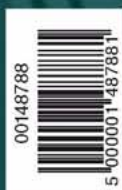
DIREZIONE SCIENTIFICA

Francesco Caringella,
Raffaele Caterina,
Rosanna De Nictolis,
François Lichère, Mariano Protto,
Marco Sica, Aldo Travi

COMITATO SCIENTIFICO

Matteo Baldi, Giovanni Balocco,
Claudio Contessa, Roberto Conti,
Giulia Ferrari, Saverio Musolino,
Luigi Tarantino

TARIFA R.O.C. POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, D.C.B. MILANO





Edicola Professionale

L'unica edicola digitale che raccoglie **tutte le riviste IPSOA, CEDAM, UTET Giuridica e il fisco** per

CONSULTARE

RICERCARE

ARCHIVIARE



Da oggi non devi più ricordare in quale fascicolo è stato pubblicato l'articolo che ti serve perché Edicola Professionale ti permette di avere a disposizione con una **sola ricerca oltre 70 riviste** IPSOA, CEDAM, UTET Giuridica e il fisco.

Un **patrimonio bibliografico inimitabile** dove poter consultare dall'**anteprima** dell'ultimo fascicolo, appena chiuso in redazione, allo **storico** degli articoli pubblicati in ambito **legale, fiscale, lavoro, aziendale e amministrativo**.

E con la **ricerca avanzata** per rivista, anno, numero, autore trovi proprio l'articolo che ti serve.

Puoi consultare Edicola Professionale su PC e in mobilità, su tablet e smartphone, grazie all'**app gratuita**.

La consultazione degli articoli di Edicola Professionale è un **servizio esclusivo** e **COMPRESO NELL'ABBONAMENTO**.

Scopri subito Edicola Professionale!
www.edicolaprofessionale.com



SPECIALE

LA RIFORMA DEL CODICE APPALTI
di *Rosanna De Nictolis*

873

OPINIONI

Autotutela

BREVI NOTE IN MERITO ALL'APPLICABILITÀ DELL'ART. 21-OCTIES DELLA LEGGE 241/1990
AI PROVVEDIMENTI DI AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA
di *Federico Gaffuri*

885

GIURISPRUDENZA

Costituzionale

OSSERVATORIO
a cura di *Maria Teresa Sempreviva*

890

Civile

**Occupazione
illegittima**

LA PRESCRIZIONE DEL DANNO DA OCCUPAZIONE ILLEGITTIMA DELLA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE
Cassazione civile, sez. I, 17 aprile 2014, n. 8965
il commento di *Davide Ponte*

893

897

OSSERVATORIO
a cura di *Ignazio Pagani*

904

Amministrativa

Gara

SULLA DICHIARAZIONE EX ART. 38, D.LGS. 163/2006 FATTA "COLLETTIVAMENTE
ED IMPERSONALMENTE"
Consiglio di Stato, sez. III, ord. 29 aprile 2014, n. 2214
il commento di *Paolo Patrito*

914

917

Paesaggio

MOTIVAZIONE DELL'AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA E ATTUAZIONE DEL GIUDICATO
Consiglio di Stato, sez. VI, 26 marzo 2014, n. 1472
Consiglio di Stato, sez. VI, 23 dicembre 2013, n. 3614
il commento di *Emanuele Boscolo*

929

929

930

Avvalimento

AVVALIMENTO DELLE CERTIFICAZIONI DI QUALITÀ: *NON LIQUET*
Consiglio di Stato, sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887
il commento di *Giovanni Carlo Figuera*

939

942

Giurisdizione

I RIFLESSI DELLA RINNOVATA VESTE DELL'AZIENDA SPECIALE SULLA SELEZIONE
DEL PERSONALE
Consiglio di Stato, sez. V, 20 febbraio 2014, n. 820
il commento di *Federica Salvati*

955

957

Inquinamento

INQUINAMENTI RISALENTI, ORDINI DI BONIFICA E PRINCIPIO DI LEGALITÀ CEDU:
TUTTO PER L'"AMBIENTE"?
T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 30 aprile 2014, n. 204
il commento di *Roberto Invernizzi*

964

967

OSSERVATORIO
a cura di *Giulia Ferrari e Luigi Tarantino*

981

OSSERVATORIO DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO
a cura di *Paolo Patrito e Mariano Protto*

985

Penale

OSSERVATORIO

a cura di *Alessio Scarcella*

993

INDICI

Indice degli autori, indice cronologico, indice analitico

997

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

A. Angeletti, G. Acquarone, M. Andreis, A. Bartolini, M. Bombardelli, C. Cacciavillani, M. M. Cafagno, R. Caranta, M. P. Chiti, F. Cintioli, S. Civitarese Matteucci, A. Clarizia, G. Clemente di San Luca, G. D. Comporti, M. Dugato, M. Esposito, R. Ferrara, F. Figorilli, E. Follieri, F. Fracchia, C. E. Gallo, G. Gardini, M. Immordino, G. Manfredi, F. Manganaro, B. Marchetti, M. Mazzamuto, A. Meale, G. Morbidelli, N. Paolantonio, V. Parisio, E. Picozza, M. Renna, G. Rossi, F. Saitta, D. Vaiano, F. Volpe, A. Zito

Urbanistica e appalti

Mensile di edilizia, urbanistica, espropriazione,
appalti, lavori pubblici

RESPONSABILI DI SETTORE

Diritto costituzionale: Maria Teresa Sempreviva**Diritto civile:** Ignazio Pagani**Diritto penale:** Alessio Scarcella

Diritto amministrativo:

— Ambiente: Martino Colucci

— Appalti pubblici: Roberto Damonte, Mauro

Giovannelli, Barbara Mameli, Carmen Mucio

— Edilizia e Urbanistica: Mario Bassani, Cesare

Lamberti, Antonello Mandarano

— Espropriazione e beni culturali: Paolo

Carpentieri, Stefano Fantini

— Processo Amministrativo: Massimo Andreis,

Paolo Patrito

Diritto comunitario: Francesco Leggiadro

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Ines Attorresi

Maria Grazia Bonacini (mariagrazia.bonacini@wki.it)

Francesco Cantisani

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche Srl

Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI) - Tel. 02/57789422

STAMPA

GECA S.r.l. - Via Monferrato, 54

20098 San Giuliano Milanese (MI) - Tel. 02/99952

L'elaborazione dei testi, anche se curata con
scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche
responsabilità per eventuali errori o inesattezzePer informazioni su gestione abbonamenti,
numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc. scrivere
o telefonare a:

IPSOA Servizio Clienti

Casella postale 12055 - 20120 Milano

telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799

Servizio risposta automatica:

telefono (02) 82476.999

Per informazioni in merito a contributi, articoli
ed argomenti trattati scrivere o telefonare a:

Casella Postale 12055 - 20120 Milano

telefono (02) 82476.837 - telefax (02) 82476.079

PUBBLICITÀ:

db Consulting
EVENTS & ADVERTISINGdb Consulting srl Event & Advertising
via Leopoldo Gasparotto 168 - 21100 Varese
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.itAutorizzazione del Tribunale di Milano n. 686
del 18 novembre 1996Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione
in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in
L. 27 febbraio 2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaio-
dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di sottoscrizione, e
si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da
comunicarsi entro 30 gg. prima della data di scadenza a
mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer
Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori 20090 Assago
(MI).Servizio Clienti: tel. 02 824761 - e-mail:
servizio.clienti@wki.it - www.ipsoa.it/servizioclienti
Compresa nel prezzo dell'abbonamento Urbanistica e
appalti on-line consultabile all'indirizzo
www.edicolaprofessionale.com/urbapp

ITALIA

Abbonamento annuale: € 230,00

ESTERO

Abbonamento annuale: € 460,00

MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI - sconto del
30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla
rivista, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsoa di
zona (www.ipsoa.it/agenzie) o inviando l'ordine via
posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Strada 1 Pal. F6,
20090 Milanofiori Assago (MI) o via fax al n. 02-
82476403
o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali
al n. 02-82476794.Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare
fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante
l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere
iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

— Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a
WKI S.r.l. Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6,
Milanofiori

oppure

— Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile
intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Indicare nella
causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di
abbonamento

Prezzo copia: € 24,00

**È disponibile l'annata arretrata rilegata
al prezzo di € 215,00**

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico
è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi
e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74
del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989
e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio Abbonato,

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, La
informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su
database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia
S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Pa-
lazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e
sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati.
Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguar-
dano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti
postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno uti-
lizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n.
196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o ser-
vizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei
potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7
del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai
Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione
per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi
dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diret-
ta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco
aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante
comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia
S.r.l. PRIVACY, Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-
Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al nu-
mero: 02.82476.403

La riforma del codice appalti

a cura di ROSANNA DE NICTOLIS

Legislazione

IL D.L. 24 APRILE 2014, N. 66 CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALLA L. 23 GIUGNO 2014, N. 89 E IL D.L. 24 GIUGNO 2014, N. 90: LE NOVITÀ DELL'ESTATE 2014 IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

Il D.L. n. 66/2014 convertito in legge n. 95/2014 e il D.L. n. 90/2014, in via di conversione alla data di licenziamento del presente contributo, contengono numerose disposizioni in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, che ridisegnano in modo significativo il sistema, e che possono schematicamente ricondursi a tre filoni: misure di contenimento della spesa pubblica, misure di trasparenza, misure di semplificazione e accelerazione dei procedimenti e dei processi

Misure di contenimento della spesa pubblica

Possono annoverarsi in tale ambito le previsioni in materia di:

- centrali di committenza e soggetti aggregatori (D.L. n. 66/2014);
- abolizione della pubblicità di bandi e avvisi sulla stampa quotidiana (D.L. n. 66/2014);
- eliminazione, per talune categorie soggettive, dell'incentivo di progettazione (D.L. n. 90/2014);
- soppressione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (D.L. n. 90/2014).

Al fine di ridurre il numero, spropositato, di stazioni appaltanti, sono state dettate disposizioni volte a ridurre il numero di "soggetti aggregatori", nuova categoria soggettiva, di cui fanno parte le centrali di committenza, ed è stato rafforzato l'obbligo di acquisizione di beni e servizi tramite tali soggetti aggregatori.

L'art. 9, D.L. n. 66/2014, dispone infatti che nell'ambito dell'anagrafe unica delle stazioni appaltanti già prevista dall'art. 33-ter D.L. n. 179/2012, operante presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (per il futuro ANAC che vi è subentrata ai sensi del D.L. n. 90/2014), è istituito, senza maggiori oneri a carico della finanza pubblica, l'elenco dei soggetti aggregatori di cui fanno parte Consip s.p.a. e una centrale di committenza per ciascuna Regione, qualora costituita ai sensi dell'art. 1, comma 455, L. n. 296/2006. I soggetti diversi da Consip e dalle centrali di committenza regionali, che svolgano attività di centrale di committenza ai sensi dell'art. 33 codice appalti, richiedono all'Autorità l'iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori.

Se le Regioni non abbiano già in passato istituito una centrale di committenza, devono costituire o designare un soggetto aggregatore entro il 31 dicembre 2014.

In ogni caso, il numero massimo dei soggetti aggregatori operanti sul territorio nazionale non può eccedere i 35 (art. 9 comma 5, D.L. n. 66/2014).

I requisiti di iscrizione non sono ancora fissati, vengono infatti demandati a un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanarsi entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del D.L. n. 66/2014, previa intesa con la Conferenza unificata. Quali requisiti per l'iscrizione, che il DPCM dovrà prevedere, la legge elenca il carattere di stabilità dell'attività di centralizzazione, i valori di spesa ritenuti significativi per le acquisizioni di beni e di servizi con riferimento ad ambiti, anche territoriali, da ritenersi ottimali ai fini dell'aggregazione e della centralizzazione della domanda.

Con un ulteriore decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanarsi entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del D.L. n. 66/2014, previa intesa con la Conferenza unificata, è istituito il Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori, coordinato dal Ministero dell'economia e delle finanze, e ne sono stabiliti i compiti, le attività e le modalità operative.

Ferma restando la normativa già vigente in tema di ricorso alle convenzioni Consip, al mercato elettronico della p.a., a parametri qualità prezzo (art. 1, commi 449, 450 e 455, L. n. 296/2006; art. 2, comma 574, L. n. 244/2007; art. 1, comma 7, art. 4, comma 3-*quater*, art. 15, comma 13, lett. d), D.L. n. 95/2012 conv. in L. n. 135/2012), con un terzo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sentita l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di analisi del Tavolo dei soggetti aggregatori e in ragione delle risorse messe a disposizione ai sensi del comma 9, sono individuate le categorie di beni e di servizi nonché le soglie al superamento delle quali le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché le regioni, gli enti regionali, nonché loro consorzi e associazioni, e gli enti del servizio sanitario nazionale ricorrono a Consip s.p.a. o agli altri soggetti aggregatori di cui ai commi 1 e 2 per lo svolgimento delle relative procedure. Per le categorie di beni e servizi individuate da tale DPCM, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture non rilascia il codice identificativo gara (CIG) alle stazioni appaltanti che, in violazione degli adempimenti previsti dal

presente c., non ricorrano a Consip s.p.a. o ad altro soggetto aggregatore. Con il decreto di cui al presente comma sono, altresì, individuate le relative modalità di attuazione.

Si amplia, dunque, l'obbligo di ricorso a Consip e altri soggetti aggregatori, con la consueta clausola di stile, peraltro, secondo cui è comunque fatta salva la possibilità di acquisire, mediante procedura di evidenza pubblica, beni e servizi, qualora i relativi prezzi siano inferiori a quelli emersi dalle gare Consip e dei soggetti aggregatori.

Viene anche, **per la quarta volta**, innovato il regime di ricorso a centrali di committenza da parte dei Comuni, mediante novella dell'art. 33, codice appalti.

Il primo intervento novellativo risale all'art. 23, comma 4, D.L. n. 201/2011, che introdusse un comma 3-*bis* nell'art. 33 codice, che obbligava i Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia ad affidare ad un'unica centrale di committenza l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nell'ambito delle unioni dei comuni, di cui all'art. 32 D.Lgs. n. 267/2000, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici.

In prosieguo, il D.L. n. 95/2012 aggiunse che in alternativa, gli stessi Comuni possono effettuare i propri acquisti attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da altre centrali di committenza di riferimento, ivi comprese le convenzioni di cui all'art. 26 L. 23 dicembre 1999, n. 488, e il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'art. 328 D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Con la L. n. 147/2013 fu introdotta una deroga a tali obblighi per le acquisizioni di lavori, servizi e forniture, effettuate in economia mediante amministrazione diretta, nonché nei casi di cui al secondo periodo del comma 8 e al secondo periodo del comma 11 dell'art. 125 codice appalti.

Ora, l'ultima novella amplia il novero soggettivo dei Comuni obbligati, perché si passa dai Comuni con popolazione non superiore ai 5.000 abitanti a tutti i Comuni che non siano capoluogo di Provincia. Tutti tali soggetti devono centralizzare gli acquisti di lavori servizi forniture mediante unioni dei comuni, o accordo consortile. Viene però ampliato lo strumentario a disposizione, perché oltre alle unioni di comuni o accordo consortile, si prevede il ricorso a un soggetto aggregatore o alle province. Rimane l'alternativa di Consip o altro soggetto aggregatore. Viene prevista una specifica sanzione, stabilendosi che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture non rilascia il codice identificativo gara (CIG) ai comuni non capoluogo di provincia che procedano all'acquisizione di lavori, beni e servizi in violazione degli adempimenti imposti.

Per quanto riguarda invece, le Regioni, esse hanno l'obbligo di costituire o designare un soggetto aggregatore; le Regioni hanno anche facoltà di costituire centrali di committenza anche unitamente ad altre regioni secondo quanto previsto all'art. 1, comma 455, L. n. 296/2006.

In alternativa a detto obbligo e ferma la suddetta facoltà, le regioni possono stipulare con il Ministero dell'economia e delle finanze apposite convenzioni per la disciplina dei relativi rapporti sulla cui base Consip s.p.a. svolge attività di centrale di committenza per gli enti del territorio regionale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, comma 455, L. n. 296/2006 (art. 9, commi 5 e 6, D.L. n. 66/2014).

Quanto poi ai **prezzi di riferimento**, fermo restando quanto disposto dagli artt. 11 e 17, comma 1, lett. a), D.L. n. 98/2011, nelle more del perfezionamento delle attività concernenti la determinazione annuale dei costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura da parte dell'Osservatorio presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, e anche al fine di potenziare le attività delle centrali di committenza, la predetta Autorità, a partire dal 1° ottobre 2014, attraverso la banca dati nazionale dei contratti pubblici, fornisce, tenendo anche conto della dinamica dei prezzi dei diversi beni e servizi, alle amministrazioni pubbliche un'elaborazione dei prezzi di riferimento alle condizioni di maggiore efficienza di beni e di servizi, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico della pubblica amministrazione, nonché pubblica sul proprio sito web i prezzi unitari corrisposti dalle pubbliche amministrazioni per gli acquisti di tali beni e servizi. I prezzi di riferimento pubblicati dall'Autorità e dalla stessa aggiornati entro il 1° ottobre di ogni anno, sono utilizzati per la programmazione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione e costituiscono prezzo massimo di aggiudicazione, anche per le procedure di gara aggiudicate all'offerta più vantaggiosa, in tutti i casi in cui non è presente una convenzione stipulata ai sensi dell'art. 26, comma 1, D.L. n. 488/1999, in ambito nazionale ovvero nell'ambito territoriale di riferimento. I contratti stipulati in violazione di tale prezzo massimo sono nulli (art. 9, comma 7).

In fase di prima applicazione, la determinazione dei prezzi di riferimento è effettuata sulla base dei dati rilevati dalle stazioni appaltanti che hanno effettuato i maggiori volumi di acquisto, come risultanti dalla banca dati nazionale dei contratti pubblici (art. 9, comma 8).

Sempre a fini di contenimento della spesa pubblica risponde una misura che da tempo si era tentato invano di introdurre, **la soppressione della (del tutto inutile) pubblicità di bandi e avvisi di gara sulla stampa quotidiana**.

Si trattava di un adempimento diventato del tutto inutile dopo l'entrata in vigore del codice appalti, che ha previsto la pubblicazione di tutti i bandi e avvisi, oltre che *on line*, su una apposita serie speciale della GURI, di talché gli interessati sanno che per avere notizia di bandi e avvisi basta l'abbonamento alla serie speciale della GURI.

La pubblicità sulla stampa quotidiana, pertanto, era una inutile fonte di costo per la stazione appaltante (traslata in avanti sull'aggiudicatario), che meritoriamente il D.L. n. 66/2014 fa venir meno (art. 26, D.L. n. 66/2014; art. 66, comma 7 e art. 122, comma 5, codice appalti).

Peraltro, a fini di ulteriore contenimento della spesa, si stabilisce che:

a) la pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle indicate nel codice appalti, e nel suo allegato IX A, avviene esclusivamente in via telematica e non può comportare oneri finanziari a carico delle stazioni appaltanti (art. 66, comma 7, e art. 122, comma 5, codice appalti);

b) le spese per la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, degli avvisi, dei bandi di gara e delle informazioni di cui all'allegato IX A sono rimborsate alla stazione

appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione (art. 66, comma 7-*bis*, e art. 122, comma 5-*bis*, codice appalti).

La disciplina **tuttavia non è immediatamente efficace**: con la legge di conversione del D.L. n. 66/2014 si è stabilito che si applica a decorrere dal 1° gennaio 2016, ma con salvezza degli effetti derivanti dall'applicazione della nuova disciplina e prodottisi fino alla entrata in vigore della legge di conversione: in pratica, per i bandi e avvisi pubblicati durante la vigenza del decreto legge, correttamente è stata omessa la pubblicità sulla stampa quotidiana. In pratica sono differiti: l'eliminazione della pubblicità sulla stampa quotidiana, la pubblicità solo online di informazioni non previste dal codice, e l'onere a carico dell'aggiudicatario delle spese di pubblicità in GURI.

Risponde al contenimento della spesa pubblica pure la previsione, dettata dall'art. 13, D.L. n. 90/2014, che **elimina l'incentivo per la progettazione per il personale con qualifica dirigenziale**, in ragione della onnicomprensività del relativo trattamento economico (ed evidentemente anche in considerazione del tetto massimo retributivo introdotto dal D.L. n. 66/2014) (art. 92, comma 6-*bis*, codice appalti, come novellato).

Sicuramente misura di forte impatto, non solo economico ed ordinamentale, ma anche massmediatico, è la **soppressione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici** di lavori, servizi e forniture, i cui compiti vengono attribuiti ad ANAC, Autorità nazionale anticorruzione.

Pertanto la soppressione viene accompagnata dalla decadenza dei relativi organi, sin dalla data di entrata in vigore del decreto legge, senza neppure attendere la legge di conversione (art. 19, comma 1, D.L. n. 90/2014).

I compiti e le funzioni da detta Autorità sinora svolti sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza (ANAC), prevista dall'art. 13, D.Lgs. n. 150/2009, che è ridenominata Autorità nazionale anticorruzione.

Il concreto riassetto è peraltro demandato ad un piano di riordino, affidato al Presidente dell'ANAC, che dovrà essere presentato entro il 31 dicembre 2014 al Presidente del Consiglio dei Ministri. Tale piano dovrà contenere:

- a) il trasferimento definitivo delle risorse umane, finanziarie e strumentali, necessarie per lo svolgimento delle funzioni;
 - b) la riduzione non inferiore al venti per cento del trattamento economico accessorio del personale dipendente, inclusi i dirigenti;
 - c) la riduzione delle spese di funzionamento non inferiore al venti per cento (art. 19, comma 3, D.L. n. 90/2014).
- Tale piano acquisterà efficacia a seguito dell'approvazione con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (art. 19, comma 4, D.L. n. 90/2014).

Misure di trasparenza

Possono annoverarsi in tale ambito le previsioni in materia di:

- vigilanza sulla centralizzazione della spesa (D.L. n. 66/2014);
- fatturazione elettronica;
- rafforzamento dei poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione (D.L. n. 90/2014).

In concomitanza con le drastiche misure di centralizzazione della spesa, sono rafforzati i poteri e gli strumenti di vigilanza dell'Autorità preposta a garantire che gli obblighi di centralizzazione siano rispettati: vale a dire l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, secondo il D.L. n. 66/2014, ma subito dopo l'ANAC, ad essa subentrata in base al D.L. n. 90/2014.

Invero, l'art. 10, D.L. n. 66/2014 dispone che i compiti di vigilanza sulle attività finalizzate all'acquisizione di beni e servizi sono attribuiti all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, che li esercita secondo quanto previsto dal codice appalti.

A tal fine l'Autorità:

- a) può avvalersi del supporto della Guardia di finanza, della Ragioneria Generale dello Stato, delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli organismi di diritto pubblico, sulla base di apposite convenzioni che possono prevedere meccanismi per la copertura dei costi per lo svolgimento delle attività di supporto;
- b) riceve dalle amministrazioni pubbliche i dati e i documenti di cui al comma 4, lett. a) e b);
- c) trasmette alle strutture, agli uffici e agli organi preposti alle funzioni di controllo delle amministrazioni pubbliche dati e circostanze ritenuti rilevanti ai fini dell'esercizio delle predette funzioni.

Il Ministro dell'economia e delle finanze individua, con proprio decreto, da emanarsi entro il 30 giugno 2014, le prestazioni principali in relazione alle caratteristiche essenziali dei beni e servizi oggetto delle convenzioni stipulate da Consip s.p.a. ai sensi dell'art. 26 L. n. 488/1999. cui è stato possibile ricorrere tra il 1° gennaio 2013 e la data di entrata in vigore del presente decreto. Entro 10 giorni dall'emanazione del decreto di cui al periodo precedente il Ministero pubblica sul proprio sito internet i prezzi relativi alle prestazioni individuate.

Entro il 30 settembre 2014, le amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, codice appalti trasmettono all'Osservatorio presso l'Autorità:

- a) i dati dei contratti non conclusi attraverso centrali di committenza di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza comunitaria aventi ad oggetto una o più delle prestazioni individuate dal decreto di cui al comma 3 del presente articolo, in essere alla data del 30 settembre 2014;
- b) i dati dei contratti aventi ad oggetto beni o servizi di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza comunitaria e relativa determina a contrarre, in essere alla data del 30 settembre 2014, stipulati a seguito di procedura negoziata ai sensi degli artt. 56 o 57 codice appalti, ovvero a seguito di procedura aperta o ristretta di cui all'art. 55 del medesimo codice in cui sia stata presentata una sola offerta valida.

Con deliberazione dell'Autorità sono stabilite le modalità di attuazione del comma 4 e individuati, in particolare, i dati oggetto della trasmissione.

In tema di **fatturazione elettronica**, già in vigore per alcune amministrazioni, e il cui termine di entrata in vigore per altre amministrazioni era fissato al 7 giugno 2015 dal D.M. 3 aprile 2013, viene prevista una piccola anticipazione, al 31 marzo 2015. A tale data decorrono gli obblighi pure per le amministrazioni locali (art. 25, comma 1, D.L. n. 66/2014).

In una prospettiva di trasparenza, al fine di assicurare l'effettiva tracciabilità dei pagamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, le fatture elettroniche emesse verso le stesse pubbliche amministrazioni riportano:

a) il Codice identificativo di gara (CIG), tranne i casi di esclusione dell'indicazione dello stesso nelle transazioni finanziarie così come previsto dalla determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 7 luglio 2011, n. 4, e i casi di esclusione dall'obbligo di tracciabilità di cui alla L. n. 136/2010, previsti dalla tabella 1 allegata al D.L. n. 66/2014; detta tabella è aggiornata con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;

b) il Codice unico di Progetto (CUP), in caso di fatture relative a opere pubbliche, interventi di manutenzione straordinaria, interventi finanziati da contributi comunitari e ove previsto ai sensi dell'art. 11 L. n. 3/2003 (art. 25, comma 2, D.L. n. 66/2014).

Il CIG e il CUP sono inseriti a cura della stazione appaltante nei contratti relativi a lavori, servizi e forniture sottoscritti con gli appaltatori nell'ambito della clausola prevista all'art. 3, comma 8, L. n. 136/2010. Tale clausola riporta, inoltre, il riferimento esplicito agli obblighi delle parti derivanti dall'applicazione della presente norma.

Le pubbliche amministrazioni non possono procedere al pagamento delle fatture elettroniche che non riportano i codici CIG e CUP.

La tabella 1 allegata al D.L. n. 66/2014 considera sottratti all'obbligo di tracciabilità i seguenti contratti:

- art. 19, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 163/2006, primo periodo (acquisto o locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni)

- art. 19, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 163/2006 (servizi d'arbitrato e di conciliazione)

- art. 19, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 163/2006 (servizi finanziari forniti dalla Banca d'Italia)

- art. 19, comma 1, lett. e), D.Lgs. n. 163/2006 (contratti di lavoro)

- art. 19, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006 (appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato)

- art. 25 D.Lgs. n. 163/2006 (appalti aggiudicati per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia)

- sponsorizzazione pura, ovvero ogni contributo, anche in beni o servizi, erogato con lo scopo di promuovere il nome, il marchio, l'immagine, l'attività o il prodotto del soggetto erogante

- prestazioni socio-sanitarie e di ricovero, di specialistica ambulatoriale e diagnostica strumentale erogate dai soggetti privati in regime di accreditamento, senza svolgimento di procedura di gara

- scelta del socio privato in società miste il cui apporto è limitato al solo finanziamento.

Quanto all'Autorità nazionale anticorruzione, oltre ad ereditare i poteri e le competenze dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, le vengono anche conferiti poteri e compiti speciali, nel mentre le vengono sottratte alcune competenze in tema di valutazione della performance. Come noto l'occasione è stata creata dalle vicende delle indagini penali sui cantieri EXPO e MOSE (art. 19, D.L. n. 90/2014).

L'Autorità nazionale anticorruzione:

- a) riceve notizie e segnalazioni di illeciti, anche nelle forme di cui all'art. 54-bis D.Lgs. n. 165/2001;

- b) salvo che il fatto costituisca reato, applica, nel rispetto delle norme previste dalla L. n. 689/1981, una sanzione amministrativa non inferiore nel minimo a euro 1.000 e non superiore nel massimo a euro 10.000, nel caso in cui il soggetto obbligato ometta l'adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione, dei programmi triennali di trasparenza o dei codici di comportamento.

Le somme versate a titolo di pagamento delle sanzioni amministrative restano nella disponibilità dell'Autorità nazionale anticorruzione e sono utilizzabili per le proprie attività istituzionali.

Al fine di concentrare l'attività dell'Autorità nazionale anticorruzione sui compiti di trasparenza e di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni, le funzioni della predetta Autorità in materia di misurazione e valutazione della performance, di cui agli artt. 7, 10, 12, 13 e 14 D.Lgs. n. 150/2009 sono trasferite al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del D.L. n. 90/2014.

Per converso, sono trasferite ad ANAC le funzioni del dipartimento funzione pubblica in materia di prevenzione della corruzione di cui all'art. 1, L. n. 190/2012.

Ad un regolamento da varare entro sei mesi si demanda di riordinare le funzioni in materia di misurazione e valutazione della performance, sulla base di specifici criteri direttivi.

Il controllo dell'ANAC si estende alle varianti in corso d'opera di cui al comma 1, lett. b), c) e d) dell'art. 132 codice appalti, che sono trasmesse, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad apposita relazione del responsabile del procedimento, all'Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza (art. 37, D.L. n. 90/2014).

Con specifico riferimento alla vicenda EXPO, si prevede che il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione formula proposte al Commissario unico delegato del Governo per l'Expo Milano 2015 ed alla Società Expo 2015 p.a. per la corretta gestione delle procedure d'appalto per la realizzazione dell'evento (art. 19 comma 7, D.L. n. 90/2014).

Inoltre al Presidente dell'ANAC sono attribuiti compiti di alta sorveglianza e garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere del grande evento EXPO Milano 2015. A tal fine si avvale di una apposita Unità operativa speciale composta da personale in posizione di comando, distacco o fuori ruolo anche proveniente dal corpo della Guardia di Finanza (art. 30, comma 1, D.L. n. 90/2014).

Per tali finalità, il Presidente dell'ANAC, avvalendosi della predetta Unità, in aggiunta ai compiti attribuiti all'ANAC in conseguenza della soppressione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici:

a) verifica, in via preventiva, la legittimità degli atti relativi all'affidamento e all'esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture per la realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento EXPO Milano 2015, con particolare riguardo al rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza della legge 6 novembre 2012 n. 190, nonché, per la parte di competenza, il corretto adempimento, da parte della Società Expo 2015 p.a. e delle altre stazioni appaltanti, degli accordi in materia di legalità sottoscritti con la Prefettura di Milano;

b) dispone dei poteri ispettivi e di accesso alle banche dati già attribuiti alla soppressa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui al comma 9, dell'art. 6 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ivi compresi poteri di accesso alla banca dati di cui all'art. 97, comma 1, del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

Il Presidente dell'ANAC può partecipare, altresì, alle riunioni della sezione specializzata del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere presieduta dal Prefetto di Milano.

È poi disciplinato il **monitoraggio finanziario dei lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi** (art. 36, D.L. n. 90/2014).

Il controllo dei flussi finanziari di cui agli artt. 161, comma 6-bis e 176, comma 3, lett. e), del codice appalti è attuato secondo le modalità e le procedure, anche informatiche, individuate dalla deliberazione 5 maggio 2011, n. 45, del Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE). A tal fine, a decorrere dalla data di entrata in vigore del D.L. n. 90/2014, le stazioni appaltanti adeguano gli atti generali di propria competenza alle modalità di monitoraggio finanziario di cui alla citata delibera n. 45 del 2011 del CIPE, nonché alle ulteriori prescrizioni contenute nella delibera dello stesso organismo da adottare ai sensi del comma 3.

Per i contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore del D.L. n. 90/2014, le modalità di controllo dei flussi finanziari sono adeguate alle indicazioni della citata deliberazione n. 45 del 2011 del CIPE entro sei mesi dalla predetta data.

Con delibera, adottata ai sensi del predetto art. 176, comma 3, lett. e), il CIPE aggiorna le modalità di esercizio del sistema di monitoraggio finanziario di cui alla deliberazione n. 45 del 2011 del CIPE al fine di dare attuazione alle nuove previsioni e ne definisce i tempi di attuazione, sulla base anche di quanto previsto dai D.Lgs. n. 228/2011 e n. 229/2011 29 dicembre 2011, e dalla delibera CIPE n. 124 del 2012.

Misure di semplificazione e accelerazione dei procedimenti e dei processi

Possono annoverarsi in tale ambito le previsioni in materia di:

- meccanismi acceleratori di definizione delle questioni di irregolarità formali in gara (D.L. n. 90/2014);
- regole processuali sugli appalti pubblici (D.L. n. 90/2014).

Come è noto, una grossa fetta del contenzioso sulle procedure di aggiudicazione riguarda la fase di ammissione ed esclusione, in cui, da un lato, non di rado si assiste ad esclusioni fondate su questioni di carattere puramente formale, apparendo incerto l'ambito del c.d. **potere di soccorso istruttorio** previsto dall'art. 46, codice appalti, e, dall'altro lato, non di rado si assiste a contestazioni, da parte degli altri concorrenti, di alcune ammissioni in gara, contestazioni del pari fondate su vizi meramente formali.

A tale deriva il legislatore e la giurisprudenza hanno da tempo cercato di porre un argine, attraverso l'introduzione del **principio di tassatività delle cause di esclusione** (art. 46, comma 1-bis, codice), e attraverso una interpretazione volta a **dequotare i vizi formali** e a individuare l'ambito del soccorso istruttorio e delle cause di esclusione tassative (Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014 n. 9; Id., 13 giugno 2012 n. 22; Id., 7 giugno 2012 n. 21).

Una recentissima ordinanza di rimessione alla Plenaria (Cons. Stato, sez. III, 29 aprile 2014 n. 2214) aveva anche prospettato la possibilità di dequotare i vizi formali: sarebbe causa di esclusione solo l'accertata esistenza di cause ostative; ad essa si potrebbe equiparare la radicale assenza di una dichiarazione, pur generica, dell'inesistenza delle cause ostative; altrimenti, ove l'ente appaltante ritenesse necessario disporre di informazioni più dettagliate, dovrebbe avvalersi dello strumento di cui all'art. 46, comma 1, del codice dei contratti.

Tuttavia la giurisprudenza non poteva spingersi oltre certi confini, a fronte del dato normativo. Da più parti si auspicava che nel corso della gara vi fosse una apposita fase in cui, garantiti contraddittorio e *par condicio*, si concedesse ai concorrenti un termine per sanare le irregolarità.

Ora il legislatore ha appunto previsto questo, peraltro non in termini generali, ma con un ambito duplice, in parte specifico e in parte generico:

- **l'ambito specifico**, quale si desume dal dato testuale e dalla collocazione sistematica, sono le autodichiarazioni dei concorrenti circa il possesso dei requisiti di carattere generale (art. 38, comma 2-bis, codice appalti);
- **l'ambito generico**, che dovrà, all'evidenza, essere riempito di contenuto nell'applicazione pratica, sono le "dichiarazioni" in gara, ai sensi del nuovo art. 46, comma 1-ter, codice appalti.

In entrambi i casi, oggetto di sanatoria sono un novero tendenzialmente esaustivo di vizi che insorgono in gara:

- **mancanza della dichiarazione;**

- **incompletezza della dichiarazione;**

- **"irregolarità essenziale"**, espressione piuttosto atecnica, atteso che ciò che l'irregolarità, in genere, si contrappone alla illegittimità (degli atti amministrativi) e alla nullità/annullabilità (degli atti privati); ma è evidente che essendo la nozione di irregolarità riferita a dichiarazioni di privati, ed essendo qualificata con l'aggettivo "essenziale" con essa si intende definire l'intero *genus* dei possibili vizi degli atti privati, ivi comprese nullità, annullabilità, irregolarità mera, e verosimilmente anche quei vizi di scuola che possono qualificarsi come inesistenza.

Restano fuori dalla possibilità di sanatoria le mancanze, incompletezze, irregolarità essenziali di atti diversi dalle dichiarazioni, quali le certificazioni e i documenti.

Si pensi, per tutti, alla **attestazione SOA**.

Resta la questione se per **"dichiarazione"** sanabile il legislatore intenda solo le **"attestazioni di scienza"** o anche le **"manifestazioni di volontà"**.

Sembrerebbe da escludere l'estensione dell'ambito alle "manifestazioni di volontà" che comprendono, infatti, *in primis*, **l'offerta in gara**, intesa sia come offerta del prezzo, sia come offerta tecnica con le sue componenti anche progettuali. Non si può infatti ritenere che si possa sanare, con assegnazione di un termine aggiuntivo, la mancanza, incompletezza, irregolarità essenziale dell'offerta. È evidente lo sconquasso che ne deriverebbe sulla regolarità e segretezza delle operazioni di gara.

Non è poi chiaro, nel silenzio della legge, quale sia la **collocazione temporale** di questa fase di regolarizzazione. Sicuramente essa potrà costituire una subfase all'interno procedimento di verifica della integrità dei plichi e documenti.

Però sarà possibile anche quando si procede alla verifica del possesso dei requisiti a campione, ovvero alla verifica del possesso dei requisiti nei confronti dell'aggiudicatario e del secondo classificato (art. 48, codice appalti).

Ancora, uno spazio potrebbe esserci nella fase di apertura dei plichi contenenti le offerte, e di esame delle offerte medesime e loro allegati. Anche qui, eventuali dichiarazioni di scienza mancanti, incomplete, irregolari, potrebbero essere sanate.

Quanto al percorso procedimentale di sanatoria, viene operata una distinzione tra mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, e irregolarità inessenziali da una parte, e mancanza, incompletezza e irregolarità essenziali, delle dichiarazioni sostitutive.

Nel primo caso (irregolarità non essenziali, ovvero mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili), la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione.

Nel secondo caso (mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive sul possesso dei requisiti generali (previste al comma 2 dell'art. 38 codice appalti) si obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tale ipotesi, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara.

Tale disciplina, dettata nell'art. 38, comma 2-bis, codice appalti, con riferimento alle dichiarazioni sostitutive relative al possesso dei requisiti generali, viene estesa, dall'art. 46, comma 1-ter, codice appalti, del pari introdotto dal D.L. n. 90/2014, a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.

Il meccanismo dell'assegnazione di un termine per la sanatoria, è accompagnato, come visto, dalla previsione di una sanzione pecuniaria: lo scopo è chiaro, ed è quello di responsabilizzare i concorrenti a rendere dichiarazioni il più possibile complete. Infatti, una indiscriminata possibilità di sanatoria senza penalità per l'errore, avrebbe incoraggiato condotte scorrette. I concorrenti sono resi edotti che l'errore commesso gli sarà perdonato, ma questo avrà un costo. La penalità è commisurata al valore della gara e verrà fissato dal bando, vi è però un tetto massimo di 50.000 euro.

La misura della penalità è garantita dalla cauzione provvisoria, e questo induce a ritenere che la stazione appaltante, quando assegna il termine per regolarizzare, determina la penalità dovuta e incamera direttamente la cauzione provvisoria fino a concorrenza della penalità medesima.

Vale a dire che la sanzione pecuniaria è direttamente correlata alla circostanza che il concorrente ha ommesso una dichiarazione, o ha presentato una dichiarazione incompleta o affetta da irregolarità essenziale, e che la stazione appaltante invita a regolarizzare. E dunque la sanzione è dovuta anche ove il concorrente decida di non rispondere all'invito a regolarizzare. Potrebbe però accadere che il vizio della dichiarazione, o la sua mancanza, emerga nella seduta pubblica in cui il seggio di gara verifica il possesso dei requisiti. In quel contesto, il concorrente presente alla seduta, potrebbe dichiarare di rinunciare a partecipare alla gara: e ciò esimerebbe la stazione appaltante dall'invito a regolarizzare, e conseguentemente dall'applicare la sanzione.

Si tratta ora di verificare **l'impatto della nuova disciplina, da un lato, sull'ambito del potere di soccorso istruttorio** come descritto nell'art. 46, comma 1, codice appalti, e, dall'altro lato, sull'ambito della **tassatività delle cause di esclusione**, prevista nel citato art. 46, comma 1-bis.

La nuova disciplina comporta un parziale superamento dell'art. 46, comma 1, codice appalti, sul potere di soccorso istruttorio, e sulla sua interpretazione.

Infatti l'art. 46, comma 1, codice, che non è stato toccato dalla novella, dispone che le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. Poiché la previsione si riferisce al completamento della documentazione, o ai chiarimenti, la giurisprudenza ha sempre ritenuto che con il potere di soccorso non si potesse rimediare alla mancata produzione di documenti o dichiarazioni o certificati previsti a pena di esclusione. Da ultimo la Plenaria n. 9/2014 ha affermato che nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, comma 1, del medesimo codice - sostanziosamente unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali. Sia la portata dell'art. 46, comma 1, che la sua interpretazione declinata dalla Plenaria n. 14/2014, sono parzialmente superate, con specifico riferimento alle dichiarazioni, sostitutive (art. 38, comma 2-bis) o di altro genere (art. 46, comma 1-ter). Infatti la loro mancanza, o la loro incompletezza o irregolarità formale "essenziale", prima ritenute insanabili, potranno ora essere sanate, entro il termine perentorio, non superiore a 10 giorni, che la stazione appaltante assegnerà. La esclusione sarà possibile solo in caso di inutile decorso del termine, da intendersi nel duplice senso di inerzia del concorrente, o di produzione di una dichiarazione che continua ad essere viziata. Fuori da tale ipotesi, per certificati e documenti, la mancanza o irregolarità essenziale non potranno essere sanate.

E, d'altro canto, il potere di soccorso istruttorio diventerà superfluo per mancanze, incompletezze o irregolarità inessenziali, riferite a dichiarazioni, per le quali la stazione appaltante non dovrà richiedere la regolarizzazione.

La nuova disciplina incide dunque sull'art. 46, comma 1 quanto all'ambito di applicazione nel duplice senso che:

- la p.a. dovrà prestare il soccorso istruttorio anche in caso di dichiarazioni mancanti, o affette da vizi essenziali;
- la p.a. non dovrà prestare il soccorso istruttorio, perché superfluo, in caso di dichiarazioni la cui mancanza o incompletezza o irregolarità siano inessenziali.

La nuova disciplina incide sull'art. 46, comma 1 anche quanto al procedimento. Infatti nell'invito a regolarizzare, di cui all'art. 46, comma 1, le stazioni appaltanti dovranno seguire il procedimento di cui all'art. 38, comma 2-bis, codice, ossia assegnare un termine per la regolarizzazione, e applicare la sanzione prevista.

Chiarito il rapporto tra nuova disciplina e soccorso istruttorio, occorre verificare l'impatto della nuova disciplina sul principio di tassatività delle cause di esclusione.

La nozione di cause di esclusione tassative, come prevista dal codice e interpretata dalla giurisprudenza, conserva la sua attualità perché aiuta a delimitare mancanze, incompletezze e irregolarità essenziali rispetto a quelle non essenziali.

Giova ricordare che la Plenaria n. 14/2014 aveva affermato che sono legittime ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, codice, le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali.

La nuova disciplina non impatta sulla individuazione delle cause di esclusione con criteri di tassatività, operando a valle di tale individuazione: ove vi sia una omissione, incompletezza, irregolarità di dichiarazione, che ha carattere essenziale (in applicazione della disciplina sulla tassatività), il procedimento non sfocia più inevitabilmente nella esclusione, atteso che si apre una subfase volta alla sanatoria e determinazione, irrogazione e incameramento della sanzione.

La previsione normativa che consente la sanatoria di ogni "irregolarità essenziale" delle dichiarazioni, pur non toccando, formalmente, l'ambito delle cause di esclusione, e il principio di tassatività, di fatto sdrammatizza e di molto il problema di individuare le cause di esclusione.

Infatti, d'ora in poi, il confine tra vizi a pena di esclusione e non, non è più il confine tra la morte e la vita, ossia tra la esclusione e la non esclusione (almeno in prima battuta), ma il confine tra necessità o meno di regolarizzare, tra debenza o meno della sanzione pecuniaria.

È allora da prevedere che il contenzioso sui vizi formali e non della fase di ammissione in gara, cambierà qualità:

- non si discuterà più tanto di doveroso o mancato esercizio del potere di soccorso istruttorio, ovvero di vizio escludente o non escludente, ma di assolvimento o meno da parte della stazione appaltante dell'invito a sanare, di debenza o meno della pena pecuniaria.

E il contenzioso sarà attivato, come già oggi accade, sia dal concorrente che è incorso nel vizio della dichiarazione, sia dagli altri concorrenti.

Il primo, a fronte di un invito a regolarizzare, tenderà a sostenere che il vizio non è essenziale, per non pagare la sanzione pecuniaria.

Gli altri, tenderanno a sostenere che la stazione appaltante ha qualificato come non essenziale un vizio essenziale, ovvero ha ritenuto irrilevante una mancanza o incompletezza di dichiarazione.

Certo, questo tipo di contenzioso non potrà ostacolare il regolare corso delle gare come in passato: il concorrente che si duole solo di aver pagato una sanzione pecuniaria non dovuta, non solo non potrà ostacolare la gara, ma nemmeno spuntare una sospensione cautelare trattandosi solo di questione patrimoniale. Quanto agli altri concorrenti, che contestino, nei confronti dell'aggiudicatario, che non è stato invitato a regolarizzare una dichiarazione, con tale contestazione mai potranno ottenere una sospensione della gara: infatti un conto è, come sinora accaduto, contestare che l'aggiudicatario ha omesso una dichiarazione imposta a pena di esclusione, il che ne im-

plicherrebbe l'esclusione, un conto è contestare che l'aggiudicatario ha ommesso una dichiarazione, quando, ove comprovato in esito al giudizio, l'unica conseguenza è che l'aggiudicatario vada invitato a regolarizzare.

Piuttosto, per evitare inutili complicazioni di giudicati che si limitino a dire che la stazione appaltante deve invitare il concorrente a regolarizzare, salvo poi a escluderlo se non regolarizza, si dovrà immaginare, a fronte di tali tipi di contestazioni in giudizio, che il giudice assegni, in corso di giudizio, un termine alla p.a. per invitare il concorrente a regolarizzare e verificare il corretto adempimento da parte del concorrente medesimo. Chiusa tale fase, il giudice verificherà se è cessata la materia del contendere o i ricorrenti ritengano di articolare motivi aggiunti.

Ulteriore regola di semplificazione è quella secondo cui ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte. Si tratta di una previsione apparentemente poco chiara, il cui scopo precipuo è prevenire contenziosi sollevati da concorrenti (diversi dal secondo e primo classificato) che impugnano l'altrui esclusione/dalla o ammissione/alla gara, al precipuo fine di far rideterminare medie e soglie di anomalia. In sostanza si dà un duro colpo al c.d. interesse strumentale (che è quello di chi impugna l'altrui ammissione o esclusione dalla gara con riferimento a soggetti diversi dall'aggiudicatario, non già perché in caso di vittoria si aggiudica direttamente la gara in quanto concorrente che segue in graduatoria l'aggiudicatario, ma perché così acquisisce una *chance* derivante dalla necessità di ricalcolare medie o rideterminare soglie di anomalia).

Tale regola, pertanto, disinnesca questo tipo di contenzioso.

Sul piano transitorio, la nuova disciplina si applicherà solo alle procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge. Tale opzione rallenterà di molto gli effetti benefici della disposizione, che non può essere applicata alle gare in corso. Sarebbe forse stato opportuno un regime transitorio diverso, che estendesse la nuova disciplina anche alle gare in corso, che non fossero ancora giunte alla fase di verifica della completezza delle produzioni documentali (cd. fase di apertura della busta A).

In una prospettiva *de iure condendo*, la nuova disciplina in qualche modo anticipa il recepimento delle nuove direttive comunitarie in materia di appalti, che introducono una nuova unica dichiarazione sostitutiva, denominata documento di gara unico europeo (DGUE) che consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico in questione soddisfa le condizioni di partecipazione (art. 59, direttiva 2014/24).

Viene ridisegnato il rito appalti con norme processuali acceleratorie

Mentre la dequotazione dei vizi delle dichiarazioni con la possibilità di sanatoria è misura che merita plauso indiscusso, le novità sul rito appalti suscitano più di una perplessità.

Giova ricordare in modo sintetico che il rito appalti ha conosciuto vicende travagliate, essendo stato ritoccato più volte, sempre in nome di "emergenze" e bisogno di far presto.

Appartengono ormai al passato remoto sia le disposizioni processuali di cui all'art. 31-*bis*, L. Merloni sia il rito speciale di cui al D.L. n. 67/1997.

Appartiene al passato, sia pure prossimo, anche il rito dell'art. 23-*bis*, L. TAR, introdotto dalla L. n. 205/2000 e abrogato, per quanto riguarda gli appalti, dal D.Lgs. n. 53/2010, recante recepimento della direttiva ricorsi, che ha novellato il D.Lgs. n. 163/2006.

Ma a sua volta la novella processuale del D.Lgs. n. 163/2006, se pure non è vissuta un solo giorno come le rose di una nota canzone, ha avuto comunque vita brevissima, dal 27 aprile al 15 settembre 2010, avendo subito un'abrogazione (sia pure travestita da modifica degli articoli) ad opera del codice del processo amministrativo (art. 3, comma 19, disp. coord. e abr., c.p.a.).

Se le disposizioni in tema di sorte del contratto, sanzioni alternative, tutela risarcitoria, hanno subito solo un trasloco con ritocchi minimi, dal D.Lgs. n. 163/2006 al codice del processo amministrativo, invece il nuovo rito processuale sui pubblici appalti (già art. 245, D.Lgs. n. 163/2006) dopo la sua vita brevissima dal 27 aprile 2010 al 15 settembre 2010, è stato trasferito dal D.Lgs. n. 163/2006 al c.p.a. (art. 120) con sensibili modificazioni che ne hanno fatto un'entità profondamente diversa.

Ora il D.L. n. 90/2014 segna un parziale ritorno a quel regime introdotto dal D.Lgs. n. 53/2010 e che visse, come visto, meno di cinque mesi.

Non può poi trascurarsi il dato di fondo che il regime delle controversie in materia di appalti è strettamente condizionato dall'ordinamento dell'Unione Europea, che, in deroga al principio generale comunitario di autonomia processuale degli Stati membri, a partire dal 1989 è intervenuto con norme processuali cogenti per garantire una tutela effettiva contro le violazioni comunitarie sulle procedure di affidamento, poste a tutela della concorrenza e del mercato.

Infatti le due "direttive ricorsi" 89/665/CEE e 92/13/CEE, poi modificate in modo pregnante dalla direttiva 2007/66/CE, hanno trovato attuazione in Italia sia con le disposizioni processuali sopra ricordate, sia, e in modo sistematico, con il citato D.Lgs. n. 53/2010, trasfuso poi, con modificazioni, negli artt. 120 ss. c.p.a.

Sicché ogni intervento del legislatore italiano sul rito appalti e sulla tutela cautelare, deve necessariamente passare il vaglio della compatibilità comunitaria.

È con tali coordinate ermeneutiche che andranno vagliate le norme, contenute nel D.L. n. 90/2014, in tema di temporalizzazione della tutela cautelare e di indefettibilità della cauzione.

Sul piano sistematico e della razionalità organizzativa, poi, il rito appalti era già un rito celere, le ulteriori misure previste difficilmente potranno renderlo più veloce, sia per l'oggettiva complessità del contenzioso, sia perché le

risorse umane sono rimaste invariate, e i carichi di lavoro dei magistrati e del personale di segreteria difficilmente consentiranno una accelerazione ulteriore, se non a scapito o della qualità del lavoro, o della decisione tempestiva di altri tipi di contenzioso.

Se già in passato si criticava la creazione di "corsie preferenziali" per certi tipi di contenzioso, che inevitabilmente rallentano le altre materia, la critica oggi va riconfermata.

È anche censurabile l'aver imposto termini stringatissimi per la decisione, e aver generalizzato la decisione "in forma semplificata", senza aver imposto anche la "semplificazione del ricorso", che doveva passare quanto meno per la imposizione rigorosa del principio di sinteticità degli scritti di parte.

È vero che tale principio è enunciato in modo generale nel c.p.a. (art. 3), ma si tratta di principio non declinato in termini concreti di tecnica di redazione degli atti e di loro misura quantitativa, e soprattutto la violazione del principio non è sanzionata e sanzionabile. Sicché il principio è sino ad oggi rimasto lettera morta.

Una prima versione del decreto legge prevedeva specificamente, nella novella del rito appalti, che gli atti di parte fossero sintetici, e demandava al Presidente del Consiglio di Stato il compito di fissare misure quantitative, sentiti il CNF e l'Avvocato generale dello Stato.

La previsione è scomparsa nel testo finale del decreto.

Sarebbe quanto mai auspicabile il reinserimento in conversione, con la precisazione che non è solo questione di "limiti quantitativi" dell'atto di parte, ma anche e soprattutto di corretta tecnica di redazione, secondo un *format* in cui sia ben chiara la distinzione tra fatto e diritto, e la individuazione delle questioni di rito e di merito, e delle specifiche domande del ricorrente.

Venendo al commento specifico dell'articolato, le nuove regole processuali incidono, in una prospettiva acceleratoria, sui tempi di decisione e deposito della sentenza, e sulla fase cautelare.

Quanto ai tempi di decisione, la previsione sinora vigente stabilisce che se la causa non viene definita nel merito già nella fase cautelare, delle due l'una: o l'udienza di merito è fissata dal collegio della fase cautelare, ovvero viene fissata d'ufficio (dal presidente) "immediatamente e con assoluta priorità".

Vi è già dunque un onere di fissare l'udienza di decisione con immediatezza e priorità assoluta. Ma si tratta ovviamente di termini ordinatori, che sono in concreto declinati tenendo conto dei ruoli e carichi di lavoro.

Si deve per memoria storica ricordare che l'art. 120 c.p.a. nella formulazione sopra ricordata è in vigore dal 16 settembre 2010 e sostituisce una previgente disciplina che era stata introdotta in quello stesso anno, il 2010, dal D.Lgs. n. 53/2010 di recepimento della cd. direttiva ricorsi n. 2007/66.

Ebbene questa previgente disciplina (era l'art. 245 codice appalti) era stata costruita nella stessa direzione in cui si muove oggi il decreto legge, ossia con fissazione di un termine certo entro cui l'udienza di merito dovesse essere celebrata. Si stabiliva infatti che "il processo, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro sessanta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Della data di udienza è dato avviso alle parti a cura della segreteria, anche a mezzo fax o posta elettronica, almeno venti giorni liberi prima della data dell'udienza. In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata, con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad una udienza da tenersi non oltre sessanta giorni".

Tale disciplina venne volutamente superata dal c.p.a. con la previsione più generica della fissazione della udienza immediatamente e con priorità assoluta, per garantire una maggiore flessibilità nella gestione dei carichi.

Ora l'odierno decreto legge è un sostanziale ritorno al passato, perché ripristina esattamente questa disciplina, con la sola differenza che il termine di decisione passa da 60 a 30 giorni. Infatti stabilisce che se il giudizio non è definito immediatamente all'udienza cautelare, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Della data di udienza è dato immediato avviso alle parti a cura della segreteria, a mezzo posta elettronica certificata. In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata, con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad una udienza da tenersi non oltre trenta giorni.

Si deve osservare che il termine di 60 giorni previsto dal D.Lgs. n. 53/2010 era più realistico di quello di 30 previsto dal D.L. n. 90/2014, perché teneva conto di quello che accade normalmente nella prassi del contenzioso appalti, ossia la quasi ineluttabilità che al ricorso principale seguano motivi aggiunti e ricorsi incidentali, che fanno slittare in avanti i termini a difesa.

Pertanto il termine di 30 giorni enunciato dal D.L. n. 90/2014, rischia di essere un mero **slogan pubblicitario da televendita "processo sugli appalti in 30 giorni"** che non avrà alcuna applicazione concreta.

Prima di parlare della forma della sentenza, enunciata sempre nel comma 6, per ragioni sistematiche è bene prima parlare dei tempi della sentenza, disciplinati nel comma 9.

Il sinora vigente comma 9 dispone che il dispositivo della sentenza è pubblicato entro sette giorni dalla data di deliberazione. A questo si aggiunga la regola generale sul dimezzamento di tutti i termini processuali (combinato disposto dell'art. 120 comma 3, dell'art. 119 comma 2 e dell'art. 89 comma 1, c.p.a.), in base alla quale il termine di redazione della sentenza è di 23 giorni dal giorno in cui la causa è decisa.

Il novellato comma 9 dispone che il Tribunale amministrativo regionale deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro venti giorni dall'udienza di discussione, ferma restando la possibilità di chiedere l'immediata pubblicazione del dispositivo entro due giorni.

La formulazione “ferma restando la possibilità di chiedere l'immediata pubblicazione del dispositivo entro due giorni”, al di là della sua non del tutto perspicua espressione letterale, va intesa nel senso che ciascuna parte può chiedere che sia pubblicato il dispositivo, e in tal caso il giudice deve pubblicarlo entro due giorni dall'udienza di discussione. Non avrebbe senso logico una interpretazione letterale, in base alla quale “la parte chiede, entro due giorni, l'immediata pubblicazione del dispositivo”. E però, a voler cavillare, immediata pubblicazione e due giorni di tempo per la pubblicazione, non sono esattamente la stessa cosa.

La pubblicazione del dispositivo, che era indefettibile sinora, diventa ora doverosa solo se c'è istanza di parte: si torna così al regime generale contenuto nell'art. 119 c.p.a. e applicabile nel giudizio di appello nel rito appalti.

Si riduce poi il termine per il dispositivo da sette a due giorni, e per la sentenza da 23 a 20 giorni.

La riduzione del termine per il dispositivo da sette a due giorni, in disparte il carattere ordinatorio di entrambi i termini, non tiene adeguato conto della complessità delle liti sugli appalti. Non sempre una controversia può essere decisa in due giorni, e comunque ciò avviene, a risorse umane invariate, a scapito di altri contenziosi. In ogni caso il margine di errore aumenta.

In termini più generali, è censurabile la frammentazione tra dispositivo e sentenza, che fa aumentare il margine di errore, ma questo è un vizio non del decreto legge ma già degli artt. 119 e 120 c.p.a.

La riduzione dei tempi del dispositivo è però compensata dal fatto che la pubblicazione è doverosa solo se lo chiede una parte.

Cambia, poi, almeno formalmente, il *dies a quo*, e anche l'adempimento richiesto nel termine: infatti il termine per la sentenza decorre per regola generale dal passaggio della causa in decisione (art. 89 c.p.a.), la nuova disciplina formalmente prevede un *dies a quo* diverso, che è quello dell'udienza di discussione.

Ora, nella normalità dei casi i due momenti, vale a dire udienza di discussione e passaggio in decisione, coincidono. Può però verificarsi uno sfalsamento se il collegio, che delibera dopo l'udienza di discussione, ha in prosieguo un ripensamento e riporta la causa sul ruolo in decisione: è la cd. doppia camera di consiglio.

Ora, questa prassi (che per dirla tutta talora ha avuto degenerazioni, essendo stata utilizzata per non incorrere nel ritardo nel deposito delle decisioni), non può essere eliminata per i casi in cui è realmente necessaria, ma va doverosamente messa su binari di legalità e trasparenza.

Nulla quaestio, ovviamente, se la doppia camera di consiglio si fa a distanza ravvicinatissima e non impedisce che la decisione sia presa entro il termine di 20 giorni.

Ma ove ciò fosse impossibile, per rispettare la regola che ancora il *dies a quo* della decisione alla udienza di discussione, occorrerà che il meccanismo della doppia camera di consiglio sia accompagnato dalla doppia udienza. Ossia, se il collegio ha, dopo la prima deliberazione, un dubbio che impone di riunire nuovamente il collegio in camera di consiglio, dovrà anche fissarsi una nuova udienza di discussione con l'invito alle parti a partecipare.

Non sembra che questo *modus operandi* trovi ostacolo nella legge, che non impone che ci sia una sola udienza di discussione, sebbene questa dovrebbe essere la regola tendenziale.

Quanto, poi, a ciò che va fatto nel termine di 20 giorni, la regola generale è che nel termine assegnato al giudice per la sentenza, questa vada “redatta”, che è cosa diversa dal “deposito”. Per redazione si intende, infatti, che il giudice relatore trasmetta (con il sistema informatico) la minuta al Presidente, e che il Presidente riveda la minuta e la trasmetta in segreteria. Il deposito, invece, implica la pubblicazione della sentenza (art. 89, comma 2 c.p.a.).

Ora la nuova disciplina richiede che nel termine di 20 giorni non ci sia solo l'adempimento dell'art. 89 comma 1, c.p.a. (redazione della sentenza da parte del giudice), ma anche quello dell'art. 89, comma 2 c.p.a. (pubblicazione della sentenza a cura del segretario di udienza).

La previsione, nel novellato comma 6, della definizione con sentenza in forma semplificata, sembra ridondante e fonte di dubbi esegetici, atteso che già questo è scritto nel vigente comma 10. Solo che il comma 10 afferma che la sentenza è redatta, “ordinariamente” in forma semplificata, il nuovo comma 6 sembra generalizzare tale forma senza lasciare un margine di apprezzamento al giudice.

La modifica normativa prevedibilmente non avrà alcuna conseguenza pratica: a fronte di contenziosi complessi, quali sono ordinariamente quelli sugli appalti, e a fronte di scritti difensivi che quasi sempre raggiungono e superano le centinaia di pagine, soprattutto se non si imporrà un limite quantitativo agli scritti di parte, la tecnica di redazione delle sentenze resterà quella ordinaria.

La imposizione della forma semplificata della sentenza può anche essere letta come una rete di protezione per i giudici, a compensazione del gravoso onere di decidere entro 30 giorni e pubblicare il dispositivo entro due giorni e la sentenza entro 20.

Infatti, potranno rispettare tali termini scrivendo sentenze in forma semplificata anziché in forma ordinaria, con un minor rischio di incorrere in vizi revocatori. Infatti potranno decidere con la tecnica del sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, con assorbimento, legalmente autorizzato, dei motivi ritenuti non risolutivi.

Quanto alla fase cautelare, la novità è la generalizzazione della misura della cauzione e la temporalizzazione della misura cautelare. Viene nell'art. 120 aggiunto un comma 8-bis a tenore del quale il collegio, quando dispone le misure cautelari, ne subordina l'efficacia alla prestazione, anche mediante fideiussione, di una cauzione, salvo che ricorrano gravi ed eccezionali ragioni specificamente indicate nella motivazione dell'ordinanza che concede la misura cautelare. Tali misure sono disposte per una durata non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione della relativa ordinanza, fermo restando quanto stabilito dal comma 3 dell'art. 119, vale a dire la fissazione dell'udienza di merito quando viene concessa misura cautelare.

La temporalizzazione della tutela cautelare che non può eccedere i 60 giorni non dà luogo a censure di costituzionalità e di compatibilità comunitaria perché il legislatore la accompagna con un meccanismo che dovrebbe assi-

curare che entro 60 giorni sopraggiunga la decisione di merito. Ma ove così non fosse, una interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata impone di ritenere che scaduta la prima misura cautelare, la relativa istanza possa essere reiterata.

Quanto alla indefettibilità della cauzione, imposta dal D.L. n. 90/2014, essa non mancherà di suscitare perplessità di ordine comunitario.

Essa infatti non è contemplata dalle cd. direttive ricorsi.

La direttiva 2007/66 esige che gli Stati membri garantiscano che l'organo chiamato a decidere possa "prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti cautelari 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 pubblico o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'amministrazione aggiudicatrice".

E per converso consente un bilanciamento di interessi, nel senso che il giudice possa tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti cautelari per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché per l'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive.

Ma ove, in base a tale bilanciamento, la misura cautelare vada accordata, la previsione indefettibile di una cauzione potrebbe essere interpretata come una regola che rende eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti e l'effettività della tutela, comunitariamente imposta.

Sul piano strettamente esegetico, poi, è poco chiaro che si intenda per subordinazione a cauzione non già della concessione della misura cautelare, come dice in termini generali l'art. 55 comma 2 c.p.a., ma della sua sola "efficacia".

Sul piano transitorio, viene dettata una disciplina "eccentrica" rispetto a quella di solito dettata per il processo amministrativo.

Infatti anche quando è stato varato il c.p.a. si è scelto di applicare la regola generale *tempus regit actus*, per cui la nuova disciplina processuale si applica anche ai processi in corso, ovviamente per le fasi processuali non ancora insorte.

Ora, invece, si stabilisce che le nuove disposizioni si applicano ai giudizi introdotti con ricorso depositato, in primo grado o in grado di appello, in data successiva alla data di entrata in vigore del decreto legge.

Questo crea un censurabile doppio regime delle liti sugli appalti, a seconda che promosse prima o dopo la data di entrata in vigore del decreto legge.

Da notare che la norma transitoria è l'unica in cui si menzionano i "giudizi di appello" in materia di appalti.

Il che fa porre la questione dell'ambito di applicazione dei nuovi commi 6, 8-bis e 9 ai giudizi di appello.

Ora, si noti che la novella non tocca il comma 11 dell'art. 120, che è la previsione che indica quali commi dell'art. 120 si applicano in appello: restano richiamati i commi 3, 6, 8 e 10.

Se ne desume che:

- si applica in appello il novellato comma 6, sulla decisione entro 30 giorni;
- non si applica il nuovo comma 8-bis, sulla cauzione e temporalizzazione della misura cautelare, il che è evidentemente una irrazionalità e probabilmente un refuso; *in parte qua* il comma 11 dell'art. 120 andrebbe integrato con il richiamo del comma 8-bis;
- non si applica il comma 9 sul termine di pubblicazione di sentenza e dispositivo: con una evidente irrazionalità, in appello resterebbe il termine di 23 giorni per la sentenza e 7 per il dispositivo, con la diversa decorrenza dal passaggio in decisione e non dall'udienza di discussione, e con l'onere di redigere e non anche di pubblicare, entro tali termini, sentenza e dispositivo. Si noti che a suo tempo il mancato richiamo, nel comma 11, del comma 9, fu voluto, al fine di evitare la indefettibilità della pubblicazione del dispositivo in fase di appello, e lasciare la regola generale della pubblicazione solo su richiesta di parte, ai sensi dell'art. 119 comma 5, richiamato dall'art. 120 comma 3, a sua volta richiamato dall'art. 120 comma. 11. Ora, però, l'art. 120 comma 9 non si occupa più solo di pubblicazione del dispositivo, ma anche di termine di pubblicazione della sentenza. Per rimediare a tale guazzabuglio le strade sono due: o si elimina dall'art. 120 comma 9 la questione del termine di pubblicazione della sentenza (e sembra la soluzione preferibile), lasciando solo il termine di pubblicazione del dispositivo, o si aggiunge nel comma 11 il richiamo del comma 9.

In conclusione, le nuove regole processuali appaiono criticabili sotto più profili:

- a) sostanziale inutilità del termine di 30 giorni per la decisione della causa;
- b) sostanziale inutilità della riduzione del termine per il dispositivo da sette a due giorni e per la sentenza da 23 a 20 giorni;
- c) dubbi di compatibilità comunitaria della misura della cauzione indefettibile;
- d) disallineamento tra rito del primo grado e rito dell'appello;
- e) eccentricità del regime transitorio;
- f) mancata previsione di una regola concreta di sinteticità degli atti di parte.

NO V ITÀ

TRATTATO BREVE DEI NUOVI DANNI

diretto da Paolo Cendon

CEDAM

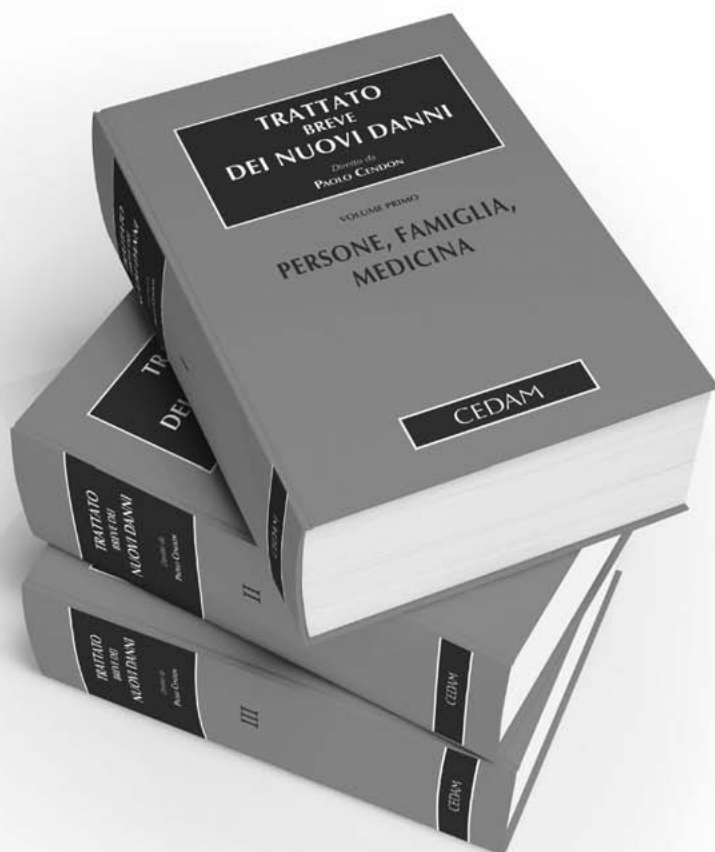
Il trattato, in 3 volumi, esamina
le **figure più importanti di danno**
e **tutti i risvolti da considerare**.

Le tematiche affrontate in ciascun
volume tengono conto della più **recente**
giurisprudenza e dottrina:

Vol. I - Persone, famiglia, medicina

Vol. II - Impresa, mercato, società

Vol. III - Figure emergenti di responsabilità.



 Wolters Kluwer



Acquista su www.shop.wki.it



Contatta un agente di zona
www.shop.wki.it/agenzie



Rivolgiti alle migliori librerie
professionali



Contattaci 02.82476.794
info.commerciali@wki.it

Prezzo copertina: 120 euro/cad.

Codice prodotto: 149888/149889/149890

Autotutela

Brevi note sull'applicabilità dell'art. 21-*octies* della legge 241/1990 ai provvedimenti di autotutela amministrativa

di Federico Gaffuri

Nonostante l'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990 si richiami espressamente all'art. 21-*octies* della medesima legge, è ancora diffuso, in giurisprudenza, il convincimento che l'istituto della illegittimità non invalidante, contemplato dalla norma da ultimo citata, non sia applicabile ai poteri di autotutela amministrativa. Nel presente scritto si esaminano le ragioni addotte a sostegno di tale indirizzo interpretativo e si illustrano i motivi, di ordine testuale e sistematico, che portano a preferire la tesi contraria. Si sottolineano, inoltre, la *ratio* e le finalità del predetto istituto e se ne indicano le potenzialità applicative, con specifico riferimento ai poteri della pubblica amministrazione.

Orientamenti giurisprudenziali sull'applicabilità dei principi stabiliti dall'art. 21-*octies*, comma 2, L. 241/1990, ai poteri di annullamento d'ufficio spettanti alla p.a.

Nonostante l'espresso rinvio, operato dall'art. 21-*nonies*, comma 1, della L. n. 241/1990, all'art. 21-*octies* della stessa legge, la maggioranza della giurisprudenza tende, ancor oggi, ad escludere l'applicazione della regola della non annullabilità - stabilita dal comma 2 della disposizione da ultimo menzionata per il caso di vizi procedurali o formali non influenti sul contenuto sostanziale dell'atto inficiato (1) - qualora sia la stessa pubblica amministrazione a riesaminare, di propria iniziativa, il provvedimento adottato.

Tale opinione comune si fonda, innanzitutto, sulla considerazione che il potere di autotutela decisoria, disciplinato dal succitato art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990, ha carattere discrezionale, mentre la regola conservativa prima ricordata si riferisce - per chiaro disposto legislativo - ai soli atti di natura vincolata (2).

Si ritiene, inoltre, che l'art. 21-*octies*, comma 2, della legge generale sul procedimento, abbia i connotati, ontologici e funzionali, di una norma processuale (3) e, quindi, non valga per l'amministrazione in senso soggettivo ed oggettivo. Secondo quest'ultimo indirizzo interpretativo, dunque, i meri difetti formali o procedurali, pur non essendo idonei a determinare l'annullamento, in via giurisdizionale, dell'atto non conforme a legge, per carenza di interesse a ricorrere (4), sarebbero, tutta-

(1) Riguardo all'istituto disciplinato dall'art. 21-*octies*, comma 2, della L. n. 241/1990, la letteratura è ampia: *ex multis* si veda V. Cerulli Irelli, *Considerazioni in tema di sanatoria dei vizi formali*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, 101 ss.; F. G. Scoca, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, ivi, 56 ss.; D. Corletto, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 43 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Invalidità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, ivi, 2003, 409 ss.; D. U. Galetta, *Violazione di norme sul procedimento e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, *passim*; G. Morbidelli, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario dell'Associazione italiana degli studiosi del processo amministrativo*, anno 2002, Milano, 2003, 79 ss.; R. Giovagnoli, *Art. 21-*octies**.

Annullabilità del provvedimento, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 950 ss.

(2) Così, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2011, n. 2456, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 4, 1233; Id., 3 agosto 2012, n. 4440, in *Riv. Giur. Edil.*, 2012, 5, I, 1191.

(3) Si ricorda che, ancor oggi, la maggior parte dei giudici amministrativi è orientata a qualificare l'art. 21-*octies* della L. n. 241/1990 come norma di natura processuale: in tal senso si veda, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 256, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 1, 235; Id., 18 febbraio 2011, n. 1040, *ivi*, 2011, 2, 619; Id., sez. IV, 17 settembre 2012, n. 4925, in *Diritto & Giustizia on line*, 2012; Id., sez. III, 4 giugno 2013, n. 3048, in *Guida al Diritto*, 2013, 26, 86.

(4) Soprattutto in passato la giurisprudenza tendeva ad

via, rilevanti e, di per sé, sufficienti a giustificare l'eliminazione dell'atto viziato da parte della medesima autorità che lo ha emanato, sempreché, naturalmente, sussistano i presupposti, definiti dalla disposizione di riferimento, per l'intervento in autotutela (5).

Si fa ulteriormente notare che, ove si reputasse efficace e cogente il particolare regime delle cd. illegittimità non invalidanti anche per l'amministrazione che si avvale dello *ius poenitendi*, si ammetterebbe implicitamente la possibilità, per quest'ultima, di non rispettare le regole procedurali, specificamente dettate per l'apparato pubblico, in palese violazione del principio di legalità (6). Da qui il convincimento che l'autorità agente, in sede di riesame delle proprie statuizioni, non sia obbligata a dare attuazione alla disciplina contemplata dal suindicato art. 21-octies, comma 2, della L. n. 241/1990, "dovendosi limitare ad utilizzarla in sede giurisdizionale, quando sono stati commessi degli errori e non si è riusciti a correggerli attraverso l'esercizio del potere di autotutela" (7).

Si è formato, tuttavia, un diverso indirizzo interpretativo, propenso, invece, a riconoscere carattere vincolante alla previsione, contenuta nel comma 2 della norma da ultimo richiamata, anche per l'amministrazione chiamata a decidere, in via di autotutela o autodichia, delle sorti del provvedimento. Si giunge a tali conclusioni argomentando che la disposizione, di cui si discetta, ha degradato le vio-

lazioni procedurali o formali, non incidenti sull'esito del procedimento, a semplici irregolarità sanabili sotto ogni profilo e, quindi, non solo ai fini della tutela giurisdizionale; se ne deduce, quindi, che il provvedimento affetto dai vizi sopra descritti non possa essere rimosso neppure dall'amministrazione che lo ha adottato o che ne è responsabile (8).

Si rileva, inoltre, che l'istituto della illegittimità non invalidante, delineato dal citato art. 21-octies, comma 2, della L. n. 241/1990, in quanto espressione dei principi di conservazione dell'atto amministrativo e di strumentalità delle forme, ha una portata generale e immediata ricadute anche sul piano sostanziale (9). In particolare la *ratio* dell'istituto - rappresentata dall'esigenza di evitare che "la prevalenza di considerazioni procedurali porti l'amministrazione alla scelta (antieconomica e contrastante con il principio di efficienza) di dover riavviare un procedimento i cui esiti siano *ab initio* scontati" (10) - induce a ritenere estendibile la sua portata precettiva anche alle ipotesi in cui siano esercitati i poteri di annullamento d'ufficio.

Infatti, come nel caso di annullamento in sede giurisdizionale, anche nell'ipotesi da ultimo indicata l'eliminazione dell'atto emanato si rivelerebbe una misura sanzionatoria del tutto illogica ed inutile, giacché, dopo l'intervento in autotutela, il soggetto interessato potrebbe chiedere ed ottenere un nuovo provvedimento, identico, per contenuto ed effetti, a quello precedentemente annullato (11).

escludere l'esistenza di un apprezzabile interesse all'impugnazione del provvedimento, qualora risultasse che la violazione procedimentale o formale, denunciata dal ricorrente, non aveva avuto alcuna ripercussione sul contenuto dispositivo dell'atto adottato ed impugnato: per maggiori approfondimenti sull'indirizzo giurisprudenziale ora ricordato si rinvia a R. Giovagnoli, *ult. op. cit.*, 953 ss.

(5) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6194, in *Diritto & Giustizia*, 2006, 43, 93.

(6) In questo termini Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 256, cit.

(7) Così afferma il Consiglio di Stato nella decisione indicata alla nota precedente.

(8) Per un esame più approfondito dell'indirizzo interpretativo richiamato nel testo si rimanda a C. Deodato, *Art. 21-novies. Annullamento d'ufficio*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 982 ss. Giova, comunque, rammentare che la ricostruzione del vizio derivante dalla violazione di norme procedurali o dalla omissione di adempimenti formali come mera irregolarità è del tutto recessiva nella giurisprudenza più recente. Quest'ultima, infatti, è generalmente incline ad escludere che l'art. 21-octies della L. n. 241/1990 produca effetti di degradazione da vizio di legittimità a mera irregolarità o che configuri una "fattispecie esimente", finalizzata ad affrancare *ab initio* il provvedimento amministrativo dalle violazioni di legge di minor gravità. Secondo l'opinione comune, le predette violazioni continuano ad integrare vizi di legittimità: tali vizi, tuttavia, non sono idonei a provocare l'annullamento del provvedimento in ragione di valutazioni, at-

tinenti al contenuto dello stesso provvedimento, compiute *ex post* dal giudice. In particolare, nei casi disciplinati dalla disposizione in esame, l'effetto non caducatorio deriva dall'accertamento, a posteriori, dell'irrelevanza delle difformità dalla legge riscontrate rispetto al contenuto dell'atto dispositivo finale: così, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6194, cit. In sostanza, per l'indirizzo giurisprudenziale più diffuso, il carattere non invalidante dei meri vizi formali o procedurali discende dall'applicazione della regola generale del raggiungimento dello scopo, espressa dall'art. 156, comma 3, c.p.c. (ai sensi del quale "la nullità non può mai essere pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo cui è destinato"): per approfondimenti sul punto si rinvia a R. Giovagnoli, *ult. op. cit.*, spec. 966-969. Anche la dottrina è propensa a ritenere che l'art. 21-octies, della L. n. 241/1990, non abbia introdotto nell'ordinamento ipotesi di irregolarità, ma abbia piuttosto determinato la "dissociazione" tra illegittimità ed annullabilità: così, tra gli altri, A. Bartolini, *Illegittimità del provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, vol. IV, 2863 ss.

(9) In tal senso Cons. Stato, sez. VI, 27 febbraio 2012, n. 1081, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 2, 417.

(10) Così si afferma nella decisione richiamata nella nota precedente.

(11) In virtù delle considerazioni ora riportate nel testo è stato affermato, ad esempio, che la semplice inosservanza dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, imposto dall'art. 7 della L. n. 241/1990, non costituisce una violazione idonea e sufficiente a legittimare l'annullamento d'ufficio

Osservazioni in merito alla natura e alla portata dell'art. 21-octies L. 241/1990 e alla sua incidenza sui poteri di autotutela amministrativa

Tra i due orientamenti giurisprudenziali innanzi descritti risulta più persuasivo l'orientamento che afferma l'applicabilità del regime dettato dall'art. 21-octies, comma 2, della L. n. 241/1990, anche ai poteri di autotutela decisoria dell'amministrazione. Detto indirizzo appare maggiormente aderente alla *ratio* della disposizione interpretata, ovvero alla volontà del legislatore di privilegiare la stabilità delle determinazioni amministrative e la legalità sostanziale dell'azione autoritativa pubblica.

Se - come pare - l'obiettivo fondamentale è quello sopra indicato, sembra logico ritenere che la prescrizione in esame sia vincolante per qualsiasi organo (giurisdizionale od amministrativo) chiamato ad esprimersi sulla legittimità di un provvedimento e a decidere sulla sua eliminazione o conservazione.

Il convincimento qui espresso trova, tra l'altro, una chiaro sostegno nel tenore letterale dell'art. 21-nonies, comma 1, della L. n. 241/1990, esattamente nella parte in cui si prevede che è annullabile d'ufficio "il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21-octies". Quest'ultima disposizione - giova sottolineare - è richiamata nella sua interezza, di talché è ragionevole arguire che, con il suddetto rinvio, il legislatore abbia voluto imporre all'amministrazione il rispetto sia del comma 1, dell'art. 2-octies, relativo alle cause di annullabilità del provvedimento, sia del comma 2, riguardante, per l'appunto, le cause di non annullabilità (12).

D'altro canto non pare che alla norma ora citata possa essere attribuita una natura strettamente processuale. Una simile qualificazione collide, in primo luogo, con la *ratio* - poc'anzi ricordata - del precepto. Occorre segnalare, inoltre, che tutte le disposizioni aventi funzioni e finalità eminentemente

processuali sono state espunte dal testo della L. n. 241/1990 ed inserite nel codice del processo amministrativo (così è avvenuto, ad esempio, per l'art. 2, comma 8, della L. n. 241/21990, concernente il ricorso giurisdizionale avverso il silenzio inadempiamento (13)): significativamente tale *traslatio* non ha interessato la disciplina, di cui si discetta, a conferma del suo carattere sostanziale. Del resto, lo stesso richiamo all'art. 21-octies della L. n. 241/1990, contenuto nell'art. 21-nonies della medesima legge, si pone in evidente contrasto con la ricostruzione in termini esclusivamente processuali della norma in questione.

Non sembra poi che la rilevanza dell'istituto della illegittimità non invalidante possa essere esclusa nel caso in cui sia l'amministrazione a riesaminare il provvedimento emanato, facendo leva sulla diversità, strutturale e funzionale, esistente tra la suddetta attività, tipicamente amministrativa, e l'attività giurisdizionale.

Innanzitutto sussistono profonde differenze tra le due fattispecie: è sufficiente qui rammentare che l'intervento del giudice amministrativo è rivolto a tutelare, in via immediata e diretta, la posizione giuridica soggettiva, di cui il ricorrente è titolare e lamenta la lesione, mentre l'intervento in autotutela dell'amministrazione è sempre preordinato a garantire, in via primaria, la soddisfazione dell'interesse pubblico (ancorché detto interesse non sia valutato isolatamente, ma posto in correlazione con gli interessi privati contrari o confliggenti (14)).

Ciononostante, la finalità del meccanismo sanante contemplato dall'art 21-octies, comma 2, della L. n. 241/1990 - consistente, come già sottolineato, nella volontà di preservare la validità e l'efficacia dei provvedimenti sostanzialmente giusti e corretti - appare adattarsi perfettamente ad entrambe le fattispecie e risulta, altresì, pienamente compatibile con le caratteristiche peculiari dell'autotutela amministrativa (15).

del provvedimento viziato: così Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2009, n. 17, in *Foro Amm.*, CdS, 2009, 1, 170.

(12) Sul punto di veda F. G. Scoca, M. D'Orsogna, *Invalitità del provvedimento amministrativo*, in F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 322.

(13) Si ricorda che la norma citata nel testo è stata originariamente modificata dall'art. 3, comma 2, dell'Allegato 4 al D.Lgs. n. 104/2010 (con la seguente disposizione: "La tutela in materia di silenzio dell'amministrazione è disciplinata dal codice del processo amministrativo") e, successivamente, dall'art. 1, comma 1, dal D.L. n. 5/2012, convertito con modificazioni dalla L. 4 aprile 2012, n. 35. A seguito di tali interventi normativi, l'azione avverso il silenzio della p.a. ha trovato la sua collocazione e disciplina negli artt. 31 e 117 c.p.a.

(14) Sul potere d'annullamento in via amministrativa si veda, *ex multis*, F. Benvenuti, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 537 ss.; G. Corso, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, cit., 265 ss.; D. U. Galetta, *I procedimenti di riesame*, in AA.VV., *I procedimenti di riesame*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 393 ss.; M. Immordino, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 329 ss.; F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2005, 843 ss.

(15) Sui rapporti tra l'art. 21-octies e l'art. 21-nonies della L. n. 241/1990 si rinvia a Ge. Ferrari, *Art. 21-nonies*, in A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 558 ss.

In particolare, riguardo a quest'ultima manifestazione dell'agire pubblico, la regola della non annullabilità degli atti viziati da meri vizi formali assume una notevole importanza in quanto ha la funzione di delimitare l'ampio potere discrezionale, di cui dispone l'autorità pubblica quando si avvale dello *ius poenitendi*. Detto limite, imposto alle decisioni amministrative di secondo grado, è precipuamente rivolto ad assicurare la tutela delle posizioni di vantaggio acquisite dal cittadino per effetto dei provvedimenti emessi, giacché impedisce che siano adottate misure caducatorie irragionevoli, eccessive e sproporzionate rispetto alla gravità della difformità dalla legge riscontrata (16).

A *contrario* non pare utile osservare che l'art. 21-*octies* della L. n. 241/1990 espressamente circoscrive l'applicazione del regime dell'illegittimità non invalidante ai soli provvedimenti vincolati; sul punto è agevole rilevare che tale previsione ha lo scopo specifico ed esclusivo di evitare che il giudice degli interessi legittimi - nella formulazione del giudizio prognostico sul possibile esito del procedimento - si sostituisca all'amministrazione, spingendosi a valutare (anche) il merito delle valutazioni da questa compiute.

Se così è, la suddetta prescrizione restrittiva non riguarda l'attività amministrativa e non può costituire, dunque, una valida ragione per negare l'incidenza della disciplina relativa alle cause di non annullabilità sui poteri di autotutela.

Occorre aggiungere poi che, ove il provvedimento sia affetto da meri vizi formali, non sembrano neppure rinvenibili le indispensabili "ragioni di pubblico interesse", legittimanti l'adozione di misure di annullamento *ex officio*, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990: come noto, infatti, tale misura demolitoria trova giustificazione solo in presenza di un interesse pubblico, attuale e concreto, alla rimozione del provvedimento, diverso dalla mera esigenza di ripristino della legalità violata (17).

L'esistenza di un simile interesse tuttavia, nel caso di violazioni non influenti sul contenuto dispositivo dell'atto emanato, non pare, in linea di princi-

pio, configurabile, in quanto la decisione assunta risulta, comunque, conforme alle norme che regolano i presupposti sostanziali e i risultati del potere esercitato e, come tale, non è suscettibile di annullamento in sede giurisdizionale (né tantomeno può essere oggetto di pronunce di accertamento, ai fini risarcitori o conformativi, *ex art.* 34, comma 3, c.p.a.). Non solo, nei casi ora indicati l'eliminazione, in via di autotutela, della statuizione adottata determinerebbe, addirittura, conseguenze negative dal punto di vista della cura degli interessi pubblici, in quanto darebbe luogo ad aggravamenti procedurali non necessari e a ritardi evitabili nel perseguimento degli obiettivi imposti dalla legge, in contrasto evidente con i canoni generali di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

Considerazioni conclusive

Riassuntivamente, l'indirizzo interpretativo, che ritiene vincolante il regime dell'illegittimità non invalidante anche per l'amministrazione che si avvale degli strumenti di autotutela, appare preferibile, poiché coglie la reale portata dell'art. 21-*octies*, comma 2, della L. n. 241/1990, e si mostra più consapevole delle effettive implicazioni insite nell'istituto ivi accolto e disciplinato. Da un punto di vista sistematico, la tesi ora ricordata ha il merito di riconoscere che tale istituto non è finalizzato, unicamente o prioritariamente, a garantire l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa, ma anche a proteggere, in modo diretto ed immediato, l'interesse dei privati coinvolti nella predetta azione.

Invero, la norma in questione, da un parte, consente al cittadino che abbia subito una lesione di proprie posizioni giuridiche qualificate - per effetto di violazioni formali o procedurali, commesse da un organismo pubblico nello svolgimento di una funzione, che non abbiano condizionato l'esito finale del procedimento - di chiedere ed ottenere, in luogo dell'annullamento del provvedimento viziato, il risarcimento dei danni patiti (18); dall'altra, vincola e delimita il potere generale, attribuito al-

(16) Sul punto si veda R. Giovagnoli, *ult. op. cit.*, 959-960.

(17) In tal senso è la giurisprudenza costante e consolidata: da ultimo, si veda Cons. Stato, sez. III, 9 maggio 2012, n. 2683, in *www.lexitalia.it*.

(18) Come già ricordato in precedenza, la norma, di cui si discute, non ha inciso sulla qualifica del provvedimento in termini di illegittimità, ma ha influito solo sul regime delle sanzioni. Detta norma, infatti, ha escluso la sanzione dell'annullamento dell'atto nei casi in cui quest'ultima misura risulti eccessiva, inutile e dannosa per il privato. Una simile ipotesi si verifica allorché vi sia la certezza che, dopo l'eliminazione del

provvedimento, l'amministrazione adotterà un nuovo atto emendato dei difetti formali e procedurali accertati dal giudice, ma con lo stesso contenuto sostanziale di quello annullato. Nei casi ora indicati, in sostituzione della sanzione demolitoria, la disposizione in esame ha introdotto il principio privatistico, tutto sommato consolidato e tradizionale, che distingue tra regole di comportamento e regole dell'atto, "cioè tra regole la cui violazione comporta una qualificazione in termini di illiceità del comportamento complessivamente inteso e regole la cui violazione comporta invece la sanzione dell'invalidità-annullabilità del provvedimento amministrativo. In questo quadro ri-

Procedimento amministrativo

l'amministrazione, di riesaminare e modificare i propri atti, in tal modo tutelando il legittimo affidamento (19) dei destinatari dell'azione pubblica, in ordine alla stabilità delle determinazioni autoritative assunte e dei rapporti ivi definiti.

Occorre sottolineare, inoltre, che la regola conservativa, stabilita dal precetto da ultimo citato, in quanto espressione dei principi generali di conservazione degli atti amministrativi e della strumentalità delle forme, assume un valore prescrittivo, nei confronti della pubblica autorità, che va oltre le sole manifestazioni di autotutela decisoria: per la sua natura e funzione, detta regola è, infatti, potenzialmente idonea ad incidere su qualsiasi tipo di funzione amministrativa posta in essere.

In particolare, la regola in questione si presta ad essere applicata in tutte le ipotesi in cui l'apparato

pubblico sia chiamato a dirimere controversie, attuali o potenziali, con gli amministrati o ad adottare provvedimenti di natura conformativa, repressiva-ripristinatoria o sanzionatoria.

Questa linea di pensiero sembra essere condivisa anche da una parte della giurisprudenza: in taluni recenti pronunciamenti, ad esempio, è stata ammessa la possibilità di rilasciare autorizzazioni paesaggistiche in sanatoria per opere abusive comportanti un incremento delle superfici utili o dei volumi - in deroga a quanto previsto dall'art. 164, commi 4 e 5, del D.Lgs. n. 42/2004, il quale espressamente esclude tale possibilità - qualora sia accertato che la violazione dell'obbligo formale di richiedere l'assenso pubblico preventivo non ha provocato effettivi pregiudizi o compromissioni sostanziali del patrimonio ambientale, storico e culturali presente nella zona di riferimento (20).

sulta chiaro il parallelismo con le ipotesi privatistiche nelle quali la violazione di regole di comportamento (nella fase che, per esempio, precede il contratto) non incide sulla legittimità del contratto, non ne determina l'invalidità, ma comporta un problema di responsabilità ... per scorrettezza comportamentale": così R. Giovagnoli, *ult. op. cit.*, 968. Occorre aggiungere che l'interpretazione sopra riferita, relativa al contenuto e alle finalità dell'art. 21-octies della L. n. 241/1990, appare l'unica ammissibile se si vuole rendere compatibile la norma in questione con i principi costituzionali, in particolare con l'art. 113, comma 2, Cost., il quale prescrive che la tutela contro gli atti della pubblica amministrazione "non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi d'impugnazione o per determinate categorie di atti": in tal senso si veda M. Renna, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, 573-574. In argomento sia consentito rinviare, inoltre, a F. Gaffuri, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013, spec. 113-116; Id., *Brevi note sul rapporto procedimentale e sugli interessi partecipativi dopo il pronunciamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011*, in *Dir. Amm.*, 2012, spec. 237-239.

(19) In merito al principio di tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo sia consentito ancora rinviare, per approfondi-

dimenti, a F. Gaffuri, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006, spec. 136 ss.

(20) La giurisprudenza richiamata nel testo ritiene, infatti, che la sostanziale compatibilità dell'intervento eseguito con i vincoli paesaggistici da preservare consenta "di superare il rigido rapporto di anteriorità tra l'autorizzazione paesaggistica e l'attività edificatoria"; pertanto, "se è accertato che dalle opere abusive non può derivare alcun danno collaterale all'ambiente, l'ordine di demolizione quale condizione necessaria per poi ottenere l'autorizzazione di opere identiche appare fondata su un'interpretazione irragionevole del quadro normativo e impone al privato un sacrificio non conforme al principio di proporzionalità": così T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 19 marzo 2008, n. 317, in *Riv. Giur. Edil.*, 2008, I, 1187. Nel medesimo senso si veda, altresì, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, ord. 10 aprile 2013, n. 802, in *Riv. Giur. Edil.*, 2013, I, 455; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 22 settembre 2010, n. 3555, in *Foro Amm. TAR*, 2010, 9, 2767. In argomento si veda pure Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2003, n. 1590, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 1105; Id., 10 marzo 2004, n. 1205, *ivi*, 2004, 906; T.A.R. Veneto, sez. II, 26 febbraio 2008, n. 454, in *www.lexitalia.it*; Id., 18 dicembre 2009, n. 3635, *ivi*.

Osservatorio costituzionale

a cura di MARIA TERESA SEMPREVIVA

SENTENZE DELLA CORTE

INDENNITÀ DI ESPROPRIAZIONE

Corte Costituzionale, 2 luglio 2014, n. 187 - Pres. Casese - Red. Criscuolo

L'art. 13 della legge della Provincia autonoma di Trento 19 febbraio 1993, n. 6 (Norme sulla espropriazione per pubblica utilità), come modificato dall'art. 58, comma 1, della legge della Provincia autonoma di Trento 29 dicembre 2006, n. 11 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2007 e pluriennale 2007-2009 della Provincia autonoma di Trento - legge finanziaria 2007), è illegittimo.

I giudici costituzionali affermano che l'art. 13 della legge della Provincia autonoma di Trento 19 febbraio 1993, n. 6 (Norme sulla espropriazione per pubblica utilità), come modificato dall'art. 58, comma 1, della legge della Provincia autonoma di Trento 29 dicembre 2006, n. 11, il quale dispone quanto segue: "1. Per le aree non edificabili l'indennità di espropriazione corrisponde al valore agricolo medio che deve essere attribuito all'area quale terreno considerato libero da vincoli di contratti agrari e secondo il tipo di coltura in atto al momento del deposito della domanda di cui all'art. 4, comma 1. 2. A tal fine, entro il 31 dicembre di ogni anno per l'anno successivo, la C.P.E. provvede alla ripartizione del territorio provinciale in zone agrarie omogenee ed alla determinazione di valori agricoli medi secondo i tipi di coltura praticati in relazione alle singole zone agrarie, nonché del criterio di stima dei danni arrecati dal punto di vista del valore agrario alle proprietà residue nel caso di espropriazioni parziali di terreni agricoli", è illegittimo. Infatti, il criterio di determinazione dell'indennità espropriativa per le aree non edificabili, previsto dalla predetta norma, è del tutto simile a quello che regolava, ai sensi dell'art. 5-bis, comma 4, del D.L. 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, della L. 8 agosto 1992, n. 359, la medesima materia nell'ambito della normativa statale, oggetto della declaratoria di illegittimità costituzionale, con la sentenza della Corte cost. n. 181 del 2011. Pertanto, sussistono le condizioni per ritenere analogamente l'art. 13 della legge prov. Trento n. 6 del 1993, come modificato, in contrasto con gli artt. 42, comma 3, e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1 del primo protocollo addizionale della CEDU. Ha osservato la sentenza in rassegna che il criterio seguito dal legislatore provinciale per calcolare l'indennità di espropriazione delle aree non edificabili (espressione che comprende le aree agricole e quelle non suscettibili di classificazione edificatoria) è quello del valore agricolo medio del suolo secondo i tipi di coltura praticati in relazione alle singole zone agrarie, valore da determinare annualmente ad opera di un'apposita commissione previa ripartizione del territorio provinciale in zone agrarie omogenee.

La Corte costituzionale ha già osservato, nella citata sentenza n. 181 del 2011 con riguardo ad analoga normativa statale, che "il valore tabellare così calcolato prescinde dall'area oggetto del procedimento espropriativo, ignorando ogni dato valutativo inerente ai requisiti specifici del bene. Restano così trascurate le caratteristiche di posizione del suolo, il valore intrinseco del terreno (che non si limita alle colture in esso praticate, ma consegue anche alla presenza di elementi come l'acqua, l'energia elettrica, l'esposizione), la maggiore o minore perizia nella conduzione del fondo e quant'altro può incidere sul valore venale di esso. Il criterio, dunque, ha un carattere inevitabilmente astratto, che elude il "ragionevole legame" con il valore di mercato, "prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto con il "serio ristoro" richiesto dalla giurisprudenza consolidata della Corte Costituzionale. È vero, affermano i giudici, che «il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene abitato e che non sempre è garantita dalla CEDU una riparazione integrale, come la stessa Corte di Strasburgo ha affermato, sia pure aggiungendo che in caso di "espropriazione isolata", pur se a fini di pubblica utilità, soltanto una riparazione integrale può essere considerata in rapporto ragionevole con il valore del bene. Tuttavia, proprio l'esigenza di effettuare una valutazione di congruità dell'indennizzo espropriativo, determinato applicando eventuali meccanismi di correzione sul valore di mercato, impone che quest'ultimo sia assunto quale termine di riferimento dal legislatore, in guisa da garantire il "giusto equilibrio" tra l'interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui». Ciò posto è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 della legge della Regione Abruzzo 16 luglio 2013, n. 20.

ATTIVITÀ EDILIZIA IN ZONE SISMICHE

Corte Costituzionale, 11 giugno 2014, n. 167 - Pres. Silvestri - Red. Mattarella

L'art. 10 della legge della Regione Abruzzo 16 luglio 2013, n. 20 (Modifiche alla legge regionale 10 gennaio 2013, n. 2 recante "Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2013 e pluriennale 2013-2015 della Regione Abruzzo - Legge Finanziaria Regionale 2013", modifiche alla legge regionale 10 gennaio 2013, n. 3 recante "Bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2013 - bilancio pluriennale 2013-2015" e ulteriori disposizioni normative), è illegittimo.

La norma evocata a parametro interposto impone a tutti i Comuni di richiedere il parere del competente ufficio tecnico regionale sugli strumenti urbanistici generali e particolareggiati, nonché sulle loro varianti ai fini della verifica della compatibilità delle rispettive previsioni con le condizioni geomorfologiche del territorio (comma 1); disciplina le modalità e i tempi entro cui deve pronunciarsi detto ufficio (comma 2); prevede che, in caso di mancato riscontro, il

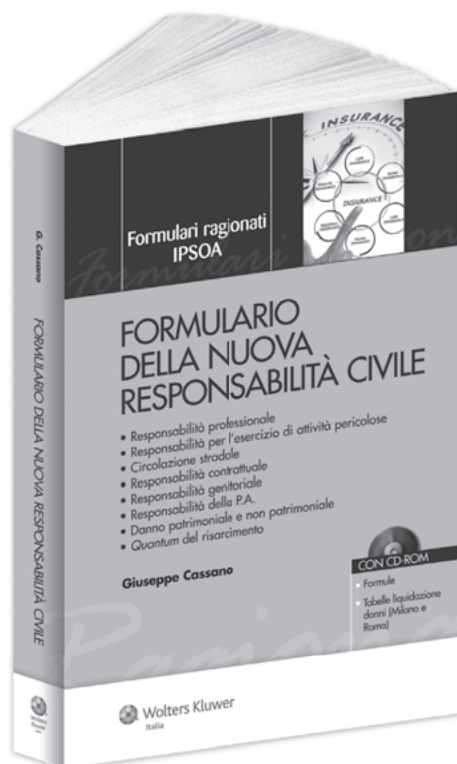
parere deve intendersi reso in senso negativo (comma 3). Nella giurisprudenza della Corte - osservano i giudici - è ormai consolidato l'orientamento secondo cui assumono la valenza di "principio fondamentale" le disposizioni contenute nel Capo IV del D.P.R. n. 380 del 2001, recante "Provvedimenti per le costruzioni con particolari prescrizioni per le zone sismiche", che dispongono determinati adempimenti procedurali, a condizione che questi ultimi rispondano ad esigenze unitarie, particolarmente pregnanti di fronte al rischio sismico. Alla stessa stregua delle norme statali già qualificate come principi fondamentali della materia di potestà concorrente "protezione civile", anche quella evocata a parametro interposto appare funzionale ad assicurare l'"intento unificatore della legislazione statale", palesemente orientato a soddisfare quelle imprescindibili garanzie valevoli per tutti gli strumenti urbanistici generali e particolareggiati con riguardo al rischio di calamità naturali. L'art. 89 del D.P.R. n. 380 del 2001 ha come suo oggetto gli strumenti urbanistici e le costruzioni nelle zone ad alto rischio sismico e come sua *ratio* la tutela dell'interesse generale alla sicurezza delle persone. Esso, pertanto, trascende l'ambito della materia del "governo del territorio" o altro ambito di competenza riservato al legislatore regionale, per attingere a valori di tutela dell'incolumità pubblica e della "protezione civile", come più volte affermato, in relazione a norme ritenute di principio dalla giurisprudenza della Corte, anche in specifico riferimento a funzioni ascrritte agli uffici tecnici della Regione analoghe a quella in esame. Da quanto detto consegue che anche la norma evocata a parametro interposto nel presente giudizio riveste una posizione "fondante" di un determinato settore dell'ordinamento, attesa la rilevanza del bene protetto, che involge i valori di tutela dell'incolumità pubblica, i quali non tollerano alcuna differenziazione collegata ad ambiti territoriali. Ciò posto, la norma impugnata, introduce una deroga al principio fondamentale espresso dall'art. 89 del D.P.R. n. 380 del 2001, non subordinando in alcun modo l'adozione delle varianti urbanistiche né all'acquisizione del previsto parere del competente ufficio tecnico regionale su tutti gli strumenti urbanistici, né al previo svolgimento dello studio di microzonazione sismica. Ne va pertanto dichiarata l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 3, della Costituzione.

IMPIANTI DI PRODUZIONE DI ENERGIA

Corte Costituzionale, 11 giugno 2014, n. 166 - Pres. Silvestri - Red. Lattanzi

L'art. 2, comma 4, della legge della Regione Puglia 21 ottobre 2008, n. 31 (Norme in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili e per la riduzione di emissioni inquinanti e in materia ambientale), il quale vieta la realizzazione in zona agricola di impianti alimentati da biomasse, salvo che queste ultime provengano, nella misura minima del 40 per cento, da "filiera corta", cioè da un'area contenuta entro 70 chilometri dall'impianto, è illegittimo in relazione all'art. 117, comma 3, della Costituzione.

I giudici costituzionali con la sentenza in epigrafe, hanno osservato che l'art. 12, comma 7, del D.Lgs. n. 387 del 2003 enuncia principi fondamentali della materia, a riparto concorrente, attinente alla produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia. Il citato art. 12, comma 7, nella parte in cui afferma la compatibilità urbanistica dell'impianto energetico con la vocazione agricola del fondo, riflette il più ampio "principio, di diretta derivazione comunitaria, della diffusione degli impianti a fini di aumento della produzione di energia da fonti rinnovabili". Viceversa, laddove consente di temperare tale principio per casi specifici, in ragione, tra l'altro, delle esigenze del settore agricolo, la norma statale formula una ben delimitata eccezione rispetto alla regola. Questa previsione di salvaguardia non può pertanto svilupparsi oltre i limiti che le assegna il legislatore statale. Appare quindi evidente, per i giudici della Corte, che la norma regionale impugnata persegue un obiettivo che trascende i limiti tracciati dalla normativa statale di principio, in un ambito materiale ove la Corte ha già ravvisato la prevalenza della materia "energia". Si tratta, infatti, di conseguire lo scopo, originato dal diritto dell'Unione, di raggiungere una quota di energia da fonti rinnovabili, come indicato da ultimo dall'art. 3 del D.Lgs. 3 marzo 2011, n. 28 (Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2011/77/CE e 2003/30/CE).



FORMULARIO DELLA NUOVA RESPONSABILITÀ CIVILE

- Responsabilità professionale
- Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose
- Circolazione stradale
- Responsabilità contrattuale
- Responsabilità genitoriale
- Responsabilità della P.A.
- Danno patrimoniale e non patrimoniale
- *Quantum* del risarcimento

Il Formulario offre un utile strumento per orientare i professionisti nel settore della **responsabilità civile**.

Le tematiche affrontate sono: **responsabilità del professionista**; **tutela della famiglia**; **responsabilità della Pubblica Amministrazione**; **responsabilità contrattuale**; disciplina delle **immissioni intollerabili** e tutela dalla **concorrenza sleale**. Particolare attenzione è stata dedicata al **danno patrimoniale** e al **danno non patrimoniale**.

Il **CD-Rom** allegato contiene 205 formule e tabelle di liquidazione danni.

di **Giuseppe Cassano**

pagg. 608, cod. 181082, € 60,00



Acquista
su www.shop.wki.it



Rivolgiti alle migliori
librerie della tua città



Contatta
un agente di zona
www.shop.wki.it/agenzie



Contattaci
02.82476.794
info.commerciali@wki.it

Occupazione illegittima

La prescrizione del danno da occupazione illegittima della pubblica amministrazione

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 17 aprile 2014, n. 8965 – Pres. Salvago – Rel. Piccininni – V. ed altri c. Comune di Anagni ed altri

Ai fini del decorso della prescrizione del risarcimento del danno da occupazione illegittima della p.a., non è sufficiente la mera consapevolezza di aver subito un'occupazione e/o una manipolazione dell'immobile senza titolo, bensì occorre che l'interessato si trovi nella possibilità di apprezzare la "gravità" delle conseguenze lesive per il suo diritto dominicale anche con riferimento alla loro "rilevanza giuridica"; e quindi in particolare al verificarsi dell'effetto estintivo-acquisitivo definitivo perseguito dall'amministrazione espropriante. Su quest'ultima continua a gravare il relativo onere in base alla regola generale, mai modificata dalla giurisprudenza di legittimità, che incombe al debitore che eccepisce la prescrizione, la prova della ricorrenza del presupposto richiesto dall'art. 2947 c.c.: nel caso coincidente con il momento in cui il trasferimento della proprietà con la sua rilevanza giuridica viene percepito o può essere percepito dal proprietario quale danno ingiusto ed irreversibile (in conseguenza del comportamento illecito dell'amministrazione), in modo sostanzialmente corrispondente a quanto la legge dispone per effetto del decreto di esproprio. Altrimenti, dovendosi concludere con la giurisprudenza della Corte europea che tale momento coincide con quello della citazione introduttiva del giudizio nel quale il proprietario richiede il controvalore dell'immobile (con gli accessori), incompatibile con il perdurare del suo diritto dominicale su di esso.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in materia
Difforme	Cass., sez. I, 18 settembre 2013, n. 21333

Motivi della decisione

2. Con i primi cinque motivi del ricorso principale i De F.-V.-P. nonché il De V. hanno denunciato violazione di legge e vizio di motivazione, con riferimento all'avvenuta applicazione dell'istituto dell'occupazione espropriativa e con esso del termine di prescrizione quinquennale dell'azione risarcitoria, che in ogni caso non poteva decorrere prima della data di entrata in vigore della L. n. 458/88.

Analoghe censure hanno avanzato gli altri espropriati, nonché con il primo motivo il Fallimento.

Quest'ultimo ed il quarto motivo del ricorso principale (così come l'analogo degli eredi V.) da esaminare con precedenza sono fondati; mentre tutti gli altri restano assorbiti.

È noto che il punto debole e sicuramente più travagliato dell'istituto, è stato il termine prescrizionale breve assegnato dalla nota decisione 1464 del 1983 delle Sezioni Unite (che lo ha delineato), al proprietario per richiedere il risarcimento del danno causatogli dall'illecita e definitiva sottrazione dell'immobile; ed ancor più la sua decorrenza ancorata ex art. 2935 c.c., alla data dell'irreversibile trasformazione del bene nell'opera pubbli-

ca programmata dalla dichiarazione di p.u. Di talché numerose decisioni di questa Corte nei primi anni 90, facendo leva sulla volontà del legislatore di determinare l'effetto traslativo onde conservare al nuovo compendio realizzato in conseguenza dell'irreversibile trasformazione del fondo privato, un regime giuridico unico di natura pubblicistica, nonché sul conseguente carattere indennitario del risarcimento del danno spettante al proprietario, ritennero che il suo diritto a conseguirne il "controvalore" dell'immobile si dovesse prescrivere nell'ordinario termine di dieci anni di cui all'art. 2946 c.c. Nei medesimi termini una proposta di legge, assegnata il 3 marzo 1995 in sede referente alla seconda Commissione giustizia della Camera e distinta con il n. 1976, che ha appunto previsto per il risarcimento del danno da occupazione appropriativa, il termine prescrizionale ordinario; e tuttavia non trasformata in legge.

3. Intervenute, quindi, le Sezioni Unite a ripristinare la natura risarcitoria dell'azione del proprietario volta a conseguire il valore dell'immobile perduto, definitivamente ancorandola al termine quinquennale di prescrizione di cui all'art. 2947 c.c. (Cass. Sez. Un.

12546/1992 e succ.), la giurisprudenza successiva ha rivolto la propria attenzione alla sua decorrenza iniziale, tradizionalmente fatta coincidere con l'epoca della irreversibile trasformazione dell'immobile nell'opera (dichiarata di p.u.), costituente la causa e, nel contempo, il momento genetico dell'intera vicenda estintivo-acquisitiva: momento, che tuttavia, non è stato mai individuato in concreto né dagli studiosi, né dalla giurisprudenza con criteri certi e soprattutto facilmente percepibili né dal proprietario, né dalla stessa amministrazione, sia per le obiettive difficoltà di stabilire la data esatta in cui il fondo abbia perduto definitivamente i suoi caratteri originari e ricevuto quella trasformazione idonea ad imprimergli la nuova destinazione pubblicistica. E sia per l'impossibilità di enunciare una regola generale comunque valevole ad individuare a priori e per qualsiasi genere di costruzioni questa dimensione temporale che invece dipende da molteplici fattori contingenti, relativi in parte alla complessità ed alle caratteristiche dell'opera ed in parte ai tempi tecnici di effettivo svolgimento dei lavori. Senza considerare le fattispecie in cui l'evento suddetto si era verificato in anni antecedenti all'emergere ed affermarsi dello stesso istituto dell'occupazione acquisitiva, con l'abnorme conseguenza che la prescrizione (ove non interrotta) era già maturata allorché al proprietario veniva attribuito il diritto di avvalersi della tutela risarcitoria piena.

Per queste ragioni la Corte ha apportato o mantenuto alcune deroghe alla regola suddetta, la prima delle quali costituita dall'ipotesi di occupazione temporanea del fondo (Cass., Sez. Un., 1464/1983; 3940/1988), per la quale si è ribadito che la decorrenza del termine in questione non possa essere anteriore alla scadenza del periodo durante il quale la detenzione dell'immobile è autorizzata dal decreto. Mentre le Sezioni Unite hanno introdotto altra deroga nell'ipotesi di terreno occupato ed irreversibilmente destinato alla realizzazione dell'opera pubblica in base a provvedimento amministrativo successivamente annullato dal giudice amministrativo (Cass., Sez. Un., n. 483/1999 e succ.), affermando che il diritto al risarcimento del danno per la perdita della proprietà del bene risorge ed è esercitabile solo al momento del passaggio in giudicato della sentenza di detto giudice, che, eliminando il titolo dell'acquisizione, conferisce a quest'ultima il carattere di fatto illecito; e pervenendo al medesimo risultato nell'ipotesi di retrocessione non più eseguibile (Cass. nn. 3528/1996; 9051/1994).

Negli stessi anni sono state ampliate le fattispecie interruttrive con l'enunciazione del principio generale che ove l'espropriante proceda comunque alla determinazione dell'indennità di esproprio, ovvero all'offerta e/o al deposito di essa, i suddetti atti, costituendo in ogni caso il riconoscimento del diritto dell'ex proprietario ad un ristoro patrimoniale, si configurano come atti interruttivi della prescrizione del diritto al risarcimento dei danni derivanti dalla perdita del diritto dominicale (Cass., Sez. Un., nn. 484 e 485/1999).

4. Questi temperamenti non hanno impedito alla Corte europea dei diritti dell'uomo di condannare lo Stato ita-

liano proprio per il meccanismo di decorrenza della prescrizione nelle varie tipologie di espropriazione indiretta (in cui rientra l'occupazione acquisitiva): posto che il sistema poteva comportare la (conoscenza dell'irreversibile trasformazione e quindi la) proposizione del giudizio risarcitorio allorquando era ampiamente decorso il termine prescrizionale concesso agli espropriati per conseguire il controvalore del bene perduto: in tal modo violando il principio di legalità che non consente di privare gli interessati, a maggior ragione in caso di ingerenza illegittima nella proprietà privata, di una protezione reale ed efficace dei loro diritti (cfr. dec. 30 maggio 2000 in causa *Carbonara-Ventura*).

D'altra parte, la Corte costituzionale con le recenti sentenze 348 e 349/2007, ha ribadito l'obbligo per il giudice italiano qualora ritenga una norma interna (quale è l'art. 2935 c.c.) confliggente con una disposizione della Convenzione, di ricercarne ed individuarne, ove possibile, una interpretazione che possa essere compatibile con la Convenzione europea; e quindi a maggior ragione di privilegiare tra possibili diverse interpretazioni quella conforme a quest'ultima disposizione, o che eviti comunque il contrasto con essa. Per cui, questa Corte ha rimeditato il sistema della decorrenza della prescrizione del credito indennitario/risarcitorio derivante dall'avvenuta occupazione espropriativa onde renderlo conforme ai principi enunciati dalla Corte Edu, pervenendo a partire dalle recenti sentenze 20543 e 22407 del 2008 alle seguenti conclusioni: a) la decorrenza della prescrizione del credito in coincidenza con il momento dell'irreversibile trasformazione dell'immobile, pur risultando coerente con la natura di illecito istantaneo attribuita all'occupazione espropriativa, non risponde ai principi di chiarezza, consapevolezza e legalità che devono porre il privato interessato da occupazioni illegittime della p.a., in condizioni di reagire giudizialmente agli abusi ricevuti: e ciò soprattutto nel contesto temporale antecedente alle note decisioni 1464/1983 e 3940/1988 delle Sezioni Unite, in cui non era ancora emersa la giurisprudenza sull'illecito istantaneo (e sulla stessa occupazione espropriativa) e non era perciò "normativamente" percepibile la decorrenza della stessa; b) il regime in questione deve dunque essere completato con la ricerca ed individuazione del contesto temporale in cui l'istituto, dopo essere emerso e ribadito nella giurisprudenza di merito e di legittimità, è stato avallato da una legge ed è divenuto perciò conforme ai principi di chiarezza e di legalità richiesti dall'art. 42 Cost.: ravvisato nell'entrata in vigore della L. n. 458 del 1988, art. 3, che anche secondo la successiva giurisprudenza della Corte costituzionale ha costituito l'innegabile riconoscimento legislativo dell'istituto, fino ad allora invece ricavato dalla combinazione di disposizioni settoriali e di principi generali dell'ordinamento giuridico; c) conseguentemente per le irreversibili trasformazioni verificatesi prima del 3 novembre 1988, data di entrata in vigore della legge suddetta, "non può dirsi sussistente un ambito di chiarezza e legalità nel quale il privato, interessato da occupazione illegittima, fosse in grado di reagire consapevolmente agli abusi della p.a., - in tale pe-

riodo il diritto non poteva, infatti, farsi valere come richiesto dall'art. 2935 c.c., e non è predicabile il decorso della prescrizione breve del credito risarcitorio. Per cui, la decorrenza del termine suddetto può avere inizio soltanto dalla ricordata data del 3 novembre 1988, nonché maturare non prima del 3 novembre 1993 ove non interrotta da alcun atto del proprietario o da alcuna offerta dell'amministrazione espropriante.

5. Tale ultimo arresto ha consentito alla giurisprudenza di evitare "il risultato imprevedibile" paventato dalla CEDU di "privare gli interessati di una protezione efficace dei loro diritti" nelle fattispecie antecedenti al periodo suddetto, via via esaminate, ma non ha risolto il problema derivante dal persistente legame del meccanismo di decorrenza della prescrizione del credito risarcitorio, con l'incerto momento dell'irreversibile trasformazione dell'immobile: peraltro aggravato dal mancato automatico versamento dell'indennizzo al momento della vicenda ablatoria - in contrasto con il suo carattere obbligatorio e contestuale sancito dall'art. 42 Cost. - più volte segnalato dalla Corte europea.

La quale, seppure con riguardo a statuizioni rese prima del nuovo corso giurisprudenziale, ha inflitto nuove condanne allo Stato italiano (cfr. le decisioni dell'anno 2013, *Ventura c. Italia*, *Musella ed Esposito c. Italia*, *Gianquitti e altri c. Italia*, *Rubortone e Caruso c. Italia*, *Stea e altri c. Italia*), ribadendo le considerazioni svolte nella citata decisione Carbonara che, siccome i proprietari erano privati del loro bene (senza formale decreto di esproprio) a decorrere dalla data di realizzazione dell'opera pubblica, tale situazione non poteva comunque essere ritenuta prevedibile, "poiché solo con la decisione giudiziaria definitiva si può considerare che il principio dell'espropriazione indiretta sia stato effettivamente applicato e l'acquisizione del terreno da parte delle autorità pubbliche sia stata convalidata. Di conseguenza, i ricorrenti hanno avuto la sicurezza giuridica, con riguardo alla privazione del terreno, solo alla data in cui la decisione del giudice nazionale è divenuta definitiva".

Questa incertezza non è stata d'altra parte eliminata neppure dalla L. n. 458 del 1988, in cui si è individuato il riconoscimento legislativo dell'occupazione espropriativa: in quanto anche dopo di essa il momento in cui il diritto può essere fatto valere è rimasto collegato ad un complesso e poco conoscibile sistema di regole e deroghe, comunque incentrato sulla tradizionale vicenda fattuale della radicale trasformazione del terreno, per quanto detto non individuabile a priori con criteri obiettivi. Basta considerare al riguardo il quadro derivante dalla prima fondamentale ripartizione risalente proprio alla sentenza n. 1464/1983 delle Sezioni Unite, a seconda che la vicenda suddetta si verifichi al di fuori, ovvero nell'ambito del periodo di occupazione temporanea, che si complica ulteriormente per effetto delle numerose proroghe legali introdotte prima della L. n. 359 del 1992; e si trasforma in un vero e proprio *vulnus* all'affidamento del proprietario in tutte le ipotesi in cui il decreto di esproprio o quello di occupazione temporanea risultino, emessi in carenza di potere, e possono es-

sere disapplicati direttamente dal giudice ordinario ex artt. 2 e 5 della L. n. 2248 del 1865; così come in quelle fattispecie in cui nel corso dell'occupazione temporanea si verifica senza alcun possibile apprezzamento di tale effetto ad opera dell'espropriando, la decadenza della dichiarazione di p.u. con conseguente inefficacia immediata dei provvedimenti ablatori in corso. Laddove si è già visto che se i provvedimenti suddetti sono soltanto invalidi ed impugnabili davanti al giudice amministrativo, si è affermata la regola ancora diversa, per cui la prescrizione in questione decorre soltanto a partire dal momento del passaggio in giudicato della pronuncia giurisdizionale di annullamento.

Ciascuno di questi principi deve essere infine coniugato con il sistema non meno complesso degli atti interruttivi nonché di quelli dell'amministrazione espropriante cui è attribuibile l'effetto del riconoscimento del debito da parte, ovvero della rinuncia ad eccepire la prescrizione già compiuta (artt. 2943, 2944 e 2937 c.c.): pur essi oggetto di una non facile elaborazione giurisprudenziale che ha talvolta richiesto l'intervento delle Sezioni Unite della Corte. Ed ha ulteriormente aggravato la già incerta applicazione dell'istituto, ingenerando un enorme contenzioso, i cui esiti hanno finito per avallare il giudizio di imprevedibilità dell'intera disciplina formulato dalla CEDU, che invece, postula anche in questo settore "esistenza di norme di diritto interno sufficientemente accessibili, precise e prevedibili".

6. Il Collegio ritiene pertanto che è proprio detto sistema fondato sulla coincidenza del "*dies a quo*" con il momento della verifica dell'evento materiale dannoso e della modificazione esterna da esso prodotta a dover essere riconsiderato, come è peraltro avvenuto in quest'ultimo decennio in altri campi della tutela risarcitoria da fatto illecito.

A tal fine questa Corte (sent. 2305/2007) nell'azione aquiliana per conseguire il risarcimento del danno da intesa anticoncorrenziale, di cui all'art. 33 della L. 10 ottobre 1990 n. 287, sviluppando le considerazioni svolte dalle precedenti Sez. Un. n. 220/2005, nonché da Cass. nn. 5913 e 9927/2000 e 2365/2003, ha interpretato le disposizioni degli artt. 2947 e 2935 c.c. nel senso che: a) il dato rilevante di ciascuna di esse resta pur sempre il "fatto", di cui all'art. 2947 c.c., che tuttavia deve essere comprensivo, non solo del comportamento doloso o colposo dell'agente, ma anche dell'evento dannoso: in modo assolutamente coerente con la più moderna visione della clausola risarcitoria dell'art. 2043 c.c. secondo la quale il connotato dell'ingiustizia è da attribuirsi al danno e non al comportamento che cagiona il danno; b) la prescrizione inizia allora a decorrere non più dal momento in cui l'agente compie l'illecita modificazione che produce danno o da quello in cui il fatto del terzo determina ontologicamente il danno all'altrui diritto, bensì dal momento in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile: dal momento cioè in cui essa viene percepita - o può essere percepita - quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo del suo autore, usando l'ordinaria diligenza; c)

in tale nuova ottica del danno e della sua ingiustizia, l'inerzia (e, quindi, il momento di decorrenza della prescrizione) fa la sua apparizione quando il complesso di informazioni che compone il quadro cognitivo del soggetto leso raggiunge un livello di completezza tale da essere ritenuto sufficiente a consentirgli di esercitare il diritto risarcitorio: in tal modo applicandosi unitamente al principio della "conoscibilità del danno", quello della "rapportabilità causale". E nel contempo, riequilibrandosi lo schema interpretativo del sistema della prescrizione, in origine nettamente sbilanciato, nel segno della certezza dei rapporti giuridici, a favore dei convenuti posto che si prescindeva da qualsiasi considerazione che riguardasse le ragioni oggettive e soggettive del ritardo del danneggiato nell'instaurazione della sua pretesa risarcitoria (così Cass., Sez. Un., n. 576/2008).

Il nuovo orientamento, propugnato e condiviso dalla dottrina più qualificata, si è esteso rapidamente dal campo del danno alla persona - in special modo dei danni da contagio da sangue infetto o da emoderivati - in cui si era affermato, al "*dies a quo*" di tutte le azioni risarcitorie: da quella per conseguire il diritto al risarcimento del danno da mancata attuazione della direttiva 26 gennaio 1982, n. 82/76/CEE, riassuntiva delle direttive 16 giugno 1975, n. 75/362/CEE e n. 76/362/CEE, insorto in favore dei soggetti che avevano seguito corsi di specializzazione medica iniziati dal 1° gennaio 1983 (Cass. n. 9071/2013); all'istanza risarcitoria per fatti di corruzione giudiziaria, in cui è stato da Cass. n. 21255/2013 elevato a principio generale, ritenendosi del tutto superato "l'originario criterio della obbiettiva esteriorizzazione del fatto (*rectius*, del danno)", ed affermandosi che «"l'indagine in ordine agli elementi costitutivi del diritto azionato prescinde del tutto dalla "data del fatto" inteso questo come fatto storico obbiettivamente realizzato ed altrettanto obbiettivamente collocabile sul piano temporale», postulando, invece, "la compiuta conoscenza/conoscibilità degli elementi costitutivi del diritto azionato".

Si è in tal modo attuato uno spostamento in avanti della decorrenza della prescrizione dalla verifica del fatto alla manifestazione del danno, a maggior ragione invocabile in presenza di un'espropriazione illegittima, ove per un verso, l'intera vicenda estintivo-acquisitiva non perde la sua connotazione tipica di fatto illecito dal momento in cui l'occupazione diviene abusiva, fino alla costruzione dell'opera pubblica con violazione delle norme che fissano i casi ed i modi per il sacrificio della proprietà privata ai fini pubblici (Cass., Sez. Un., nn. 24397/2007; 6769/2009). E per converso il proprietario è tenuto a subire un procedimento anomalo, non conforme allo schema tipico legislativamente previsto (Corte cost. n. 394/1990), ed è perciò chiamato a confrontarsi con l'esercizio, per giunta *sine titulo*, di poteri autoritativi della pubblica amministrazione: in cui la disponibilità degli elementi conoscitivi "funzionali all'azionamento della pretesa creditoria" non risultano, affatto, *ab origine* nella sua disponibilità. Così come non è percepibile né riconoscibile l'effetto traslativo, collegato non più al decreto di espropriazione, ma ad un evento -

la radicale trasformazione del fondo - il più delle volte individuabile soltanto con l'ausilio di indagini tecniche, che peraltro l'amministrazione espropriante non ha alcun onere di portare a conoscenza dell'espropriando, unitamente al proprio intendimento di avvalersi dei relativi effetti favorevoli. A differenza di quanto accade nella procedura regolare in cui l'art. 19 L. n. 1865/1971 ha svincolato il momento di acquisto della proprietà dell'immobile da quello di inizio del termine di decadenza per proporre opposizione alla stima dell'indennità definitiva: fatto decorrere in seguito all'obbligatorio svolgimento di un procedimento amministrativo predefinito con il quale è data conoscenza legale al proprietario sia della perdita del suo diritto dominicale, sia dell'indennizzo sostitutivo determinato dall'espropriante in conformità al precetto dell'art. 42 Cost.

In mancanza di analoghe disposizioni per il procedimento che conduce all'occupazione acquisitiva, ben possono allora essere recepiti i puntuali rilievi della menzionata decisione n. 576/2008 delle Sezioni Unite che il proprietario, senza sua negligenza, si trova ad ignorare la causa e le conseguenze della perdita di disponibilità del proprio fondo o, "al massimo, può sul punto formulare mere ipotesi, prive tuttavia di riscontri sufficientemente oggettivi anche ai fini dell'istruzione di una causa sul piano probatorio e certo tali da escludere che l'inattività dello stesso possa esplicare effetti negativi sotto il profilo dell'interruzione della prescrizione". Con la conseguenza che pure nelle variegate fattispecie in cui si produce l'effetto traslativo, il parametro della "conoscibilità del danno" debba necessariamente interpretarsi nel senso che, ai fini del decorso della prescrizione, non è sufficiente la mera consapevolezza di aver subito un'occupazione e/o una manipolazione dell'immobile senza titolo, bensì occorre che egli si trovi nella possibilità di apprezzare la "gravità" delle conseguenze lesive per il suo diritto dominicale anche con riferimento alla loro "rilevanza giuridica"; e quindi in particolare al verificarsi dell'effetto estintivo-acquisitivo definitivo perseguito dall'amministrazione espropriante. Sulla quale conclusivamente, anche per le occupazioni espropriative successive alla L. n. 458 del 1988, continua a gravare il relativo onere in base alla regola generale, mai modificata dalla giurisprudenza di legittimità, che incombe al debitore che eccepisce la prescrizione, la prova della ricorrenza del presupposto richiesto dall'art. 2947 c.c. (Cass. nn. 2583/2003; 8401/1998; 4295/1990): nel caso coincidente con il momento in cui il trasferimento della proprietà con la sua rilevanza giuridica viene percepito o può essere percepito dal proprietario quale danno ingiusto ed irreversibile (in conseguenza del comportamento illecito dell'amministrazione), in modo sostanzialmente corrispondente a quanto la legge dispone per effetto del decreto di esproprio. Altrimenti, dovendosi concludere con la giurisprudenza della Corte europea che tale momento coincide con quello della citazione introduttiva del giudizio nel quale il proprietario richiede il controvalore dell'immobile (con gli accessori), incompatibile con il perdurare del suo diritto dominicale su di esso.

Poiché pertanto nel caso siffatta prova a carico del comune di A. non è stata neppure prospettata nel giudizio di merito, ed anzi la sentenza impugnata ha accertato che la citazione introduttiva del giudizio è stata notificata all'ente in data 9 marzo 1992, prima del decorso del quinquennio dalla data di entrata in vigore della L. n. 458/1988, nessun problema di prescrizione dell'indennizzo/risarcimento dovuto ai proprietari poteva porsi; ed il giudice di rinvio, disattesa la relativa eccezione dell'ente, dovrà provvedere a liquidarlo ai proprietari.

7. Costoro, con il sesto motivo, deducendo violazione degli artt. 72 L. 2359 e 37 del T.U. appr. con D.P.R. n. 327/2001, si dolgono che l'indennità di espropriazione (utilizzata per il calcolo di quella di occupazione temporanea) sia stata determinata con il parametro riduttivo introdotto dall'art. 2 comma 89 L. n. 244 del 2007 per il caso in cui l'espropriazione è finalizzata alla realizzazione di riforme economico-sociali; mentre con il settimo lamentano che ne sia stata stabilita la scadenza al termine del quinquennio originariamente previsto dal decreto di occupazione senza considerare le proroghe legali introdotte a partire dalla L. n. 385/1980. Con l'ottavo deducendo violazione dell'art. 50 del T.U. censurano la sentenza per avere disatteso il parametro di calcolo introdotto da detta disposizione legislativa sostituendolo con quello arbitrario degli interessi legali annui sul valore venale dell'immobile.

Analoghe censure sono state avanzate dagli eredi V. nei motivi dal 6° all'8°, nonché dal Fallimento con il secondo e terzo motivo del suo ricorso incidentale. Le stesse vanno accolte nei limiti appresso precisati. Tutti i ricorrenti hanno dedotto che la vicenda ablativa che ha interessato i loro terreni si è svolta negli anni '70; per cui, per il disposto dell'art. 57 del T.U. non potevano trovare applicazione le disposizioni del testo unico - dalla norma riservate ai progetti per i quali, alla data di entrata in vigore dello stesso decreto, non sia ancora intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza - bensì le normative già vigenti a tale data.

Consegue: A) che la stima dell'indennità di espropriazione necessaria per il calcolo di quella di opposizione doveva essere eseguita con il previgente criterio dell'art. 39 legge fondamentale 2359, e non in base alla normativa dell'art. 37 T.U.: perciò inapplicabile sia nel testo originario, che a maggiore ragione in quello modificato

dall'art. 2, comma 89 L. n. 244 del 2007, con la speciale previsione della riduzione del 25% allorché l'espropriazione è destinata da una specifica disposizione legislativa "ad attuare interventi di riforma economico-sociale": peraltro invocabile soltanto, come affermato anche dalle Sezioni Unite della Corte, ai procedimenti (amministrativi) in corso e non anche ai processi in corso alla data di entrata in vigore della nuova legge (Cass., Sez. Un., n. 5265/2008; nonché nn. 13456/2011; 8445/2012; 23898/2013); B) che anche il calcolo dell'indennità di occupazione andava eseguito - così come correttamente ha fatto la Corte di appello - recependo il criterio sussidiario degli interessi legali annui sull'importo della prima: senza tener conto dei nuovi criteri introdotti dagli artt. 49 e 50 del T.U. applicabili, per quanto detto alle sole occupazioni di urgenza successive all'entrata in vigore del T.U.

8. Quanto alla durata dell'occupazione temporanea che per il disposto dell'art. 20 L. n. 865/1971, andava a scadere come accertato dalla sentenza impugnata, nel maggio 1982, non ha considerato la Corte territoriale che la stessa è stata prorogata di un anno dall'art. 5 L. n. 385/1980; e che l'art. 4 L. n. 166/2002 contenente tra l'altro norma di interpretazione delle disposizioni sulle menzionate proroghe, ad esse ha attribuito carattere obbligatorio senza più distinguere al riguardo tra quella in esame e le proroghe introdotte dalla L. n. 901/1984 e successive (Cass., Sez. Un., n. 2630/2006; nonché nn. 24576/2006; 9254/2011; 10394/2012). Sicché aggiungendo l'ulteriore anno stabilito dal menzionato art. 5 L. n. 385/1980, l'occupazione è definitivamente scaduta nel maggio 1983: alla quale data si è verificata l'occupazione espropriativa, con trasferimento della proprietà dell'immobile al comune di A. e conseguente irrilevanza degli eventi successivi, fra cui il sopravvenire delle nuove proroghe legislative.

Nessuna delle quali conseguentemente poteva essere applicata ad una occupazione non più in corso né giovare ai ricorrenti che più non avevano diritti reali sul bene. Assorbito, pertanto, il ricorso incidentale del comune, la sentenza impugnata va cassata in relazione ai motivi accolti con rinvio alla medesima Corte di appello di Salerno, che in diversa composizione si adeguerà ai principi esposti e provvederà alle spese del giudizio di legittimità.

IL COMMENTO

di Davide Ponte

La sentenza in commento costituisce uno sforzo importante, specie nell'ottica tradizionale della Cassazione, al fine di adeguare l'accessione invertita alle critiche, specie di origine sovranazionale. Ciò non solo e non tanto con riferimento alla soluzione proposta, solo parzialmente ed in subordine coincidente con quelle suggerite dalla CEDU, quanto soprattutto in relazione al percorso argomentativo, che prende le mosse da una ricostruzione estremamente lucida e chiara della lenta evoluzione conosciuta dall'istituto.

L'interesse della decisione

Il lento percorso evolutivo intrapreso dalla Suprema Corte in tema di accessione invertita (per utilizzare la prima delle diverse denominazioni che hanno contraddistinto l'istituto creato nel 1983) compie un ulteriore passo.

Peraltro, neppure questo pare potersi finalmente qualificare come definitivo: sia in rapporto a fattori esterni, dall'evoluzione della disciplina legislativa (anch'essa in attesa di definizione dopo il nuovo rinvio alla Consulta dell'art. 42-bis D.P.R. n. 327 del 2001) al protrarsi delle condanne patite in materia dall'Italia in sede europea; sia in relazione alla stessa dinamica interna del nuovo orientamento che, nel cercare di bilanciare l'evoluzione in tema di decorrenza del termine di prescrizione della domanda risarcitoria con i principi sovranazionali, finisce col rinviare – per ora solo in via di subordine – al criterio “suggerito” dalla CEDU.

Invero, la sentenza in commento costituisce uno sforzo importante, specie nell'ottica tradizionale della Cassazione – piuttosto legata della propria creatura, anche per innate ragioni di certezza del diritto –, non solo e non tanto con riferimento alla soluzione, rispetto alla quale le influenze europee sono evidenti, quanto soprattutto in relazione al percorso argomentativo, che prende le mosse da una ricostruzione estremamente lucida e chiara della lenta evoluzione conosciuta dall'istituto.

Se è pur vero che le difficoltà nel prendere atto della nuova disciplina legislativa – ma soprattutto delle ricadute che la difesa ad oltranza di un istituto fonte ancora di numerose condanne europee crea – lasciano molte perplessità su diversi aspetti della creazione giurisprudenziale, nel panorama giurisprudenziale la sentenza in esame brilla per schiettezza ricostruttiva, sia della *ratio* dell'istituto e degli errori commessi, sia per la volontà di provare a superare criticità che invero – anche grazie alla ricostruzione effettuata – appaiono ormai tanto evidenti quanto a volte frutto di difesa ad oltranza di aspetti non sempre facilmente compatibili con le moderne aspettative di tutela.

Peraltro, anche il nuovo criterio di individuazione del termine di decorrenza della prescrizione – che in tema di passaggio della proprietà passa dalla verifica materiale della trasformazione a quella giuridica di trasferimento della proprietà “percepita” dal danneggiato – resta di non semplice applicazione pratica, con conseguente permanere di sacche di incertezza.

Resta un'amara riflessione di fondo, per se edulcorata dalla chiarezza argomentativa della sentenza, sui tempi della giustizia: nel 2014 l'ultimo grado del giudizio civile rinvia alla Corte d'appello competente per territorio per la definizione di una fattispecie che prende le mosse da un'occupazione risalente al 1977. In questa prospettiva gli approfondimenti tecnico giuridici in tema di prescrizione rischiano di evidenziare ulteriormente la distanza fra il tecnicismo e la sostanza.

La fattispecie controversa

L'analisi del pregevole percorso ricostruttivo dell'istituto e della soluzione fatta propria dalla Prima Sezione civile della Cassazione, impone un breve riassunto della fattispecie concreta oggetto di esame.

In qualità di eredi dei precedenti comproprietari degli appezzamenti di terreno occupati in sede espropriativa, alcuni soggetti proponevano atto di citazione al fine di conseguire l'indennizzo per l'avvenuta occupazione espropriativa nell'anno 1982 dei loro immobili da parte del comune, nonché l'indennità dovuta per l'occupazione temporanea disposta con decreto sindacale del 17 febbraio-16 maggio 1977.

All'esito del giudizio di primo grado il Tribunale civile respingeva la prima domanda, per essere maturata la prescrizione del credito risarcitorio, mentre determinava l'indennità per l'occupazione temporanea.

In sede di appello, il giudice civile di secondo grado confermava la prescrizione per il risarcimento del danno derivante dall'occupazione acquisitiva, in quanto la stessa avrebbe iniziato a decorrere dalla scadenza del periodo di occupazione temporanea, che non aveva nel caso beneficiato della proroga facoltativa di cui alla L. n. 385/1980, ed inutilmente spirata il 16 maggio 1987; dichiarava altresì la prescrizione delle indennità di occupazione per le annualità antecedenti all'anno 1981-1982, riducendo quella restante sulla scorta della diminuzione del valore venale dell'immobile – su cui doveva essere calcolata l'indennità di occupazione – del 25% ai sensi del nuovo art. 37 del T.U.

Avverso la decisione di appello gli originari attori, nonché i cessionari dei crediti rivenienti dai giudizi, proponevano ricorso per cassazione. All'esito del giudizio di legittimità, con la sentenza in commento la Prima Sezione civile di piazza Cavour, nel ricostruire l'*iter* dell'istituto con particolare riferimento alla prescrizione del diritto risarcito-

rio, adottava il nuovo criterio di determinazione del termine di decorrenza della prescrizione, così come riassunto in massima: la prescrizione inizia a decorrere con il momento in cui il trasferimento della proprietà con la sua rilevanza giuridica viene percepito o può essere percepito dal proprietario quale danno ingiusto ed irreversibile (in conseguenza del comportamento illecito dell'amministrazione), in modo sostanzialmente corrispondente a quanto la legge dispone per effetto del decreto di esproprio, altrimenti dovendosi concludere con la giurisprudenza della Corte europea che tale momento coincide con quello della citazione introduttiva del giudizio

Conseguentemente, la sentenza di appello veniva annullata con rinvio alla stessa Corte territoriale per la decisione sulla scorta del nuovo criterio.

Una ricostruzione quasi confessoria

La chiarezza ricostruttiva della pronuncia impone un riassunto dei punti salienti seguiti dalla Prima Sezione, anche al fine di svolgerne un rapido esame critico.

In ogni caso, va consigliata la lettura integrale della sentenza, specie della parte in diritto, perché forse nessun manuale in materia è in grado di tratteggiare e ricostruire con chiarezza l'evoluzione della giurisprudenza della Cassazione in materia di accessione invertita e prescrizione come ha fatto la Prima Sezione civile nel caso di specie: una vera e propria interpretazione autentica e prospettica.

L'analisi della sentenza di piazza Cavour prende le mosse da quella che difficilmente ci si può sottrarre dal definire autocritica. Infatti, vengono indicati come punti deboli e sicuramente travagliati dell'istituto i seguenti due aspetti: l'individuazione (a partire dalle Sezioni Unite del 1983, n. 1464) di un termine prescrizionale breve; la relativa decorrenza ancorata *ex art.* 2935 c.c., alla data dell'irreversibile trasformazione del bene nell'opera pubblica programmata dalla dichiarazione di p.u.

La Prima Sezione quindi evidenzia come, proprio al fine di limare tali criticità, numerose decisioni di Cassazione nei primi anni 90, facendo leva sulla volontà del legislatore di determinare l'effetto traslativo onde conservare al nuovo compendio realizzato un regime giuridico unico di natura pubblica, nonché sul conseguente carattere indennitario del risarcimento del danno spettante al proprie-

tario, abbiano fatto applicazione del termine prescrizionale ordinario di dieci anni di cui all'art. 2946 c.c. Incidentalmente, la completezza della ricostruzione svolta in sentenza emerge altresì dal richiamo sul punto ad una proposta normativa, all'epoca arenatasi in Parlamento.

Rispetto a tale contesto, la ricostruzione dà atto di come le Sezioni Unite, nuovamente intervenute a partire dal 1992 (1), abbiano, per un verso, tenuto fermo il termine prescrizionale breve *ex art.* 2947 c.c. stante la natura extracontrattuale del credito risarcitorio e, per un altro verso, tentato di approfondire la più delicata questione della decorrenza iniziale del termine di prescrizione, fatta coincidere tradizionalmente con l'epoca della irreversibile trasformazione dell'immobile nell'opera dichiarata di pubblica utilità.

Ed è a questo punto che la Prima Sezione svolge una ulteriore funzione di sostanziale ammissione delle difficoltà incontrate dalla giurisprudenza, evidenziando come il momento genetico dell'intera vicenda estintivo-acquisitiva, cioè l'irreversibile trasformazione, non sia stato mai individuato in concreto né dagli studiosi, né dalla giurisprudenza con criteri certi e soprattutto facilmente percepibili dalle parti, privata e pubblica. Da ciò la grave conseguenza dell'impossibilità di enunciare una regola generale comunque valida al fine di individuare a priori e per qualsiasi genere di costruzioni questo momento.

In tale ricostruzione critica la sentenza giunge a definire abnorme una delle conseguenze dell'orientamento prevalente, laddove nella fattispecie in cui l'evento suddetto si sia verificato in anni antecedenti all'emergere ed affermarsi dello stesso istituto dell'occupazione acquisitiva, la prescrizione risultava già maturata allorché al proprietario veniva attribuito il diritto di avvalersi della tutela risarcitoria piena.

A fronte di tali pesanti criticità, le risposte tentate dalla giurisprudenza e richiamate in sentenza appaiono invero parziali ovvero doverose in conformità a superiori principi o quantomeno intempestive, tanto da risultare scavalcate dalle successive affermazioni della CEDU.

Fra questi tentativi parziali la Prima Sezione di piazza Cavour richiama la deroga costituita dall'ipotesi di occupazione temporanea, nonché il caso del terreno legittimamente occupato in origine in base a provvedimento amministrativo successiva-

(1) Cass. civ., Sez. Un., 25 novembre 1992, n. 12546, in *Vita Not.*, 1992, 1057, con nota di Finocchiaro.

mente annullato dal giudice amministrativo: nel primo caso, la Cassazione ha statuito che la decorrenza del termine di prescrizione non possa essere anteriore alla scadenza del periodo di detenzione dell'immobile disposta dal provvedimento; nel secondo caso, per la stessa giurisprudenza il termine decorre dal momento del passaggio in giudicato della sentenza, allorché il titolo legittimante l'occupazione viene meno definitivamente, con conseguente emergere dell'illecita occupazione laddove la stessa si protragga.

Invero, entrambe le ipotesi, pur se qualificate come deroghe favorevoli al privato leso, appaiono frutto di una normale lettura conforme ai principi di tutela di diritti comunque costituzionalmente garantiti. Infatti, anche solo opinare che il termine di prescrizione di un diritto risarcitorio da illecito possa decorrere durante una legittima occupazione anteriore allo stesso consolidarsi dell'illecito, appare *prima facie* ingiusto ancor prima che irragionevole. Analogamente per quanto riguarda l'ipotesi dell'annullamento giurisdizionale, sia per la presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo sino all'annullamento, sia per l'impossibilità per il privato di percepire anteriormente l'illiceità del danno e della perdita subiti. Qualche perplessità potrebbe sorgere in caso di annullamento disposto dal giudice di primo grado nelle more dell'impugnativa, a fronte della piena effettività ed esecutività di tale sentenza; peraltro, ragionandosi in termini di illecito, è evidente che la certezza sul sorgere del danno e, quindi, del credito risarcitorio, possa sorgere in capo al privato solo con il passaggio in giudicato.

La sentenza prosegue indicando un'altra strada (non di deroga ma) di temperamento della rigorosa regola di base, in specie quella – comunque lastricata ed erta – tesa ad individuare possibili atti interruttivi: fra questi sono stati annoverati l'autonoma determinazione dell'indennità di esproprio da parte della p.a., la relativa offerta e deposito, quali sostanziali casi di riconoscimento del diritto al ristoro patrimoniale del privato leso.

Peraltro, la sentenza prosegue con un'altra ammissione, cioè l'insufficienza anche di tali temperamenti, a fronte di una impostazione divergente della Corte europea dei diritti dell'uomo, dinanzi alla quale le condanne del nostro paese hanno conti-

nuato a fioccare, proprio a cagione del ricordato meccanismo di decorrenza della prescrizione (2).

Dinanzi alle pesanti sconfitte rimediate in sede europea, la sentenza richiama le prese d'atto ed i conseguenti ulteriori tentativi di cercare nuove risposte, che hanno caratterizzato, prima, l'intervento evolutivo (rispetto a proprie precedenti statuizioni) della stessa Corte costituzionale (3) e, a seguire, gli ulteriori distinguo perseguiti dalla Cassazione a tutela della propria fragile creatura.

Sul primo versante, come noto, la Consulta ha esteso ai rapporti con i principi di origine sovranazionale i tradizionali orientamenti espressi in tema di previa doverosa ricerca (rispetto alla scelta di rimessione alla Corte stessa) di soluzioni ermeneutiche delle norme in esame conformi al dettato costituzionale; tale regola aurea dovrebbe quindi valere anche rispetto all'art. 2935 c.c.

Sul secondo versante, la Suprema Corte (4) ha proseguito nell'opera di adeguamento difensivo, tentando ulteriori precisazioni da cui trarre qualche nuova sacca di esclusione dalla tagliola imposta dalla regola base della decorrenza a partire dal totem (o araba fenice) della "irreversibile trasformazione". In proposito, si è precisato, a tutela delle fattispecie più risalenti ed al fine di evitare i paradossi già evidenziati, come la decorrenza del termine di prescrizione possa avere inizio soltanto dalla data del 3 novembre 1988, nonché maturare non prima del 3 novembre 1993 ove non interrotta da alcun atto del proprietario o da alcuna offerta dell'amministrazione espropriante; ciò in quanto solo con l'entrata in vigore della L. n. 458 del 1988, art. 3, si è avuto l'inevitabile riconoscimento legislativo dell'istituto, con conseguente possibile consapevolezza normativa (*ignorantia legis non excusat*) della lesività dei comportamenti. Peraltro, la rigidità del brocardo predetto viene ad essere così spinta oltre i tradizionali confini, in quanto la norma invocata finirebbe con il costituire in materia, più che una chiara regola applicabile ad alcune ipotesi di specie, un'indicazione di principio sul riconoscimento legislativo dell'istituto di creazione pretoria.

Le perplessità da ultimo evidenziate hanno trovato ulteriore linfa, *more solito* in materia, nei successivi interventi della CEDU, ferma nella critica radicale (fra i vari aspetti anche) del meccanismo di decorrenza della prescrizione. A tacer d'altro (e tanto di altro si potrebbe ricavare dalle sentenze

(2) Cfr. ad es. CEDU, 30 maggio 2000, 31524, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 2007, 3, 204.

(3) Corte Cost. nn. 348 e 349 del 2007.

(4) Cfr. ad es. Cass. civ., sez. I, 28 luglio 2008, n. 20543, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 7-8, 1217.

CEDU (5)), tale meccanismo è ancora considerato in radice foriero di inammissibile imprevedibilità, in quanto “solo con la decisione giudiziaria definitiva si può considerare che il principio dell'espropriazione indiretta sia stato effettivamente applicato e l'acquisizione del terreno da parte delle autorità pubbliche sia stata convalidata”.

Nella visione della Corte europea anche in questo settore va garantita “l'esistenza di norme di diritto interno sufficientemente accessibili, precise e prevedibili”; diversamente, il meccanismo italiano, pur dinanzi alle richiamate precisazioni, non ha fatto altro che ingenerare un enorme livello di contenzioso a cagione della propria imprevedibilità.

La soluzione proposta

Al fine di uscire da questo vero e proprio *cul de sac* creato dal contrasto fra la regola giurisprudenziale ed i principi espressi in sede sovranazionale, fra le possibili soluzioni con la sentenza in commento la Prima Sezione segue una strada mediana, di contemperamento.

Per un verso supera la regola pregressa, rivelatasi ormai da decenni come inadeguata a fini di giusta tutela nei confronti di un illecito; per un altro verso tuttavia non giunge a snaturare l'istituto di fondo dell'espropriazione indiretta, cosa che poteva essere fatta o richiamando il meccanismo normativo dell'acquisizione sanante (ma al riguardo è prevalsa la coerenza interna alla Cassazione che, oltre a non aver mai digerito ed applicato fino in fondo la norma, ne ha da ultimo rimesso la questione di legittimità costituzionale alla Consulta (6)) ovvero abbracciando *in toto* ed in via esclusiva la soluzione paventata dalla stessa CEDU.

Presumibilmente ragioni di coerenza interna al sistema risarcitorio da responsabilità extracontrattuale, al pari di esigenze di difesa di un istituto comunque consolidato (nonostante le numerose bordate ricevute da quasi ogni centro giuridico diverso da Piazza Cavour), hanno portato ad una soluzione mediana: il momento di decorrenza della prescrizione viene fatto partire dall'istante in cui il trasferimento della proprietà con la sua rilevanza giuridica (peraltro determinato sempre col criterio dell'irreversibile trasformazione) viene percepito o può essere percepito dal proprietario quale danno ingiusto ed irreversibile in conseguenza del comporta-

mento illecito della p.a.; tale momento e tale cognizione vengono reputati sostanzialmente equivalenti a quanto previsto *ex lege* per effetto del decreto di esproprio.

La nuova regola non si ferma qui, prevedendosi, ma solo in via di estremo subordine, il rinvio alla regola della CEDU: in mancanza di assolvimento all'onere probatorio, che incombe sulla p.a., circa il verificarsi del predetto momento (di sostanziale percezione giuridica della perdita del diritto dominicale), il *dies a quo* da cui far decorrere la prescrizione non potrà che coincidere con quello dell'attivazione della tutela giurisdizionale, cioè la citazione con cui il proprietario richiede il controvalore dell'immobile (con gli accessori), dando luogo ad un comportamento incompatibile con il perdurare del suo diritto dominicale.

Invero, in materia la capacità creativa della Cassazione non è mai venuta meno, nello sforzo di trovare un percorso di tutela nel bilanciamento dei contrapposti interessi pubblici e privati. A sostegno della soluzione così costruita i Giudici di piazza Cavour invocano il generale mutamento prospettico che ha coinvolto tutto il mare magnum della tutela risarcitoria da fatto illecito. In proposito, a riprova dell'ampiezza del nuovo criterio vengono richiamati, a titolo di esempio del percorso seguito sul punto, due fattispecie alquanto lontane, in termini di fattispecie: il danno da intesa anticoncorrenziale e il danno alla persona, *sub specie* di danno da contagio da sangue infetto o da emoderivati.

In termini riassuntivi, il nuovo sguardo prospettico impone di prendere in esame non solo il comportamento doloso o colposo quanto anche il momento del verificarsi del fatto lesivo, percepito come tale dal soggetto passivo; in tale contesto la prescrizione inizia allora a decorrere, non più dal momento in cui l'agente compie l'illecita modificazione che produce danno o da quello in cui il fatto del terzo determina ontologicamente il danno all'altrui diritto, bensì dal momento in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile, cioè dal momento in cui il danno viene percepito - o può essere percepito usando l'ordinaria diligenza.

Invero, già tale ultimo distinguo rischia di lasciare la porta aperta a rilevanti incertezze, in quanto, se da un lato tali momenti spesso potrebbero non coincidere, dall'altro lato all'evidenza muta il quadro e l'onere probatorio dei relativi presupposti a

(5) Cfr. ad es. CEDU, sez. II, 8 gennaio 2009, n. 16508.

(6) Cfr. Cass., Sez. Un., ord. 13 gennaio 2014, n. 441, in *Di-*

ritto & Giustizia, 2014, 12 marzo.

seconda che si debba individuare una conoscenza ovvero una presunzione di conoscenza.

Le criticità

Nonostante l'encomiabile sforzo innovativo compiuto dalla Prima Sezione civile, restano ancora alcune ulteriori e più profonde perplessità.

In primo luogo, pare necessitare di un approfondimento teorico (se non addirittura teoretico) la stessa *ratio* di fondo dell'opzione proposta, in specie laddove giunge ad equiparare i due momenti tipici – in termini di trasferimento della proprietà – del percorso espropriativo ordinario e di quello illecito: decreto di esproprio ed irreversibile trasformazione.

Infatti, se per un verso la stessa sentenza evidenzia come l'effetto traslativo collegato ad un evento materiale, il più delle volte individuabile solo con l'ausilio di indagini tecniche, sia non percepibile né conoscibile (anche per il fatto che la p.a. non ha alcun obbligo di portarlo a conoscenza), contestualmente nel passaggio conclusivo e decisivo dell'analisi propositiva il momento di trasferimento della proprietà per irreversibile trasformazione viene ritenuto un "modo sostanzialmente corrispondente a quanto la legge dispone per effetto del decreto di esproprio". Orbene, tale affermazione e la connessa visione prospettica che equipara un'attività autoritativa legittima ad una materiale illecita appare foriera quantomeno del permanere di alcuni fraintendimenti con gli altri attori della vicenda infinita dell'espropriazione indiretta, a partire dalla CEDU.

Invero, tale asserita coincidenza di fondo della trasformazione di cui all'accessione invertita col decreto di esproprio costituisce un punto che probabilmente resta dolente nel rapporto fra orientamenti della giurisdizione ordinaria e quelli europei – e forse anche amministrativi.

In secondo luogo, il totem dell'irreversibile trasformazione – le cui ricadute in termini di incertezza sono state evidenziate a più livelli – resiste ad ogni critica, pur se la relativa rilevanza si sposta sul versante soggettivo della consapevolezza del soggetto leso, con ogni difficoltà di prova e connesso rischio di contenzioso su di un aspetto di difficile dimostrazione.

In proposito, la predetta distinzione può costituire ulteriore fonte di incertezza: l'irreversibile trasformazione deve essere percepita (cosicché occorre una prova concreta) o dovrebbe essere percepita

(per cui è sufficiente una sorta di presunzione)? Si tratta di ipotesi che nella pratica potranno spesso divergere, cosicché il relativo contrasto non potrà che costituire ulteriore fonte di incertezza e contenzioso. Peraltro, nella ricostruzione della pronuncia in esame più che un'alternativa l'endiadi parrebbe costruita in termini da potersi ritenere sufficiente anche la mera conoscibilità secondo l'ordinaria diligenza.

In terzo luogo, rispetto ad un'attività illecita di tale incidenza su di un diritto soggettivo quale la proprietà, in fondo è la stessa qualifica di illecito istantaneo a creare forti perplessità. Tanto è vero che la soluzione subordinata, asseritamente coincidente con quella della CEDU, comporta una sostanziale permanenza dell'illecito fino all'attivazione giurisdizionale del rimedio risarcitorio.

Il contrasto g.o.-g.a in tema di natura istantanea o permanente dell'illecito

A quest'ultimo proposito, e non a caso, anche la qualificazione della natura dell'illecito in esame costituisce tuttora argomento di contrasto palese fra giudice amministrativo e giudice ordinario.

I consolidati orientamenti del primo portano a trovare con costante frequenza massime del seguente tenore: "L'occupazione di un immobile da parte della p.a., in difetto di un provvedimento o altro titolo legittimo che determini il trasferimento della proprietà, costituisce illecito permanente, cui non è possibile ritenere applicabile il termine di prescrizione se non dal momento di cessazione dell'illecito" (7).

È presumibile che tale opzione si ricolleggi, più o meno esplicitamente, al meccanismo dell'acquisizione sanante, tanto vituperato dalla Cassazione (e non solo) quale soluzione al problema alternativa alla costruzione dell'accessione invertita.

In termini espliciti una parte della giurisprudenza amministrativa evidenzia il collegamento fra i punti in discussione: "La situazione antigiuridica originata dall'occupazione illegittima, si protrae fino all'adozione dell'atto di acquisizione sanante, produttivo dell'effetto traslativo della proprietà in favore della p.a. utilizzatrice. Pertanto, il diritto di proprietà permane in capo al privato destinatario di un'illegittima espropriazione o occupazione con conseguente possibilità per costui di rivendicare la cosa "da chiunque la possiede o la detiene" (art.

(7) T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 4 novembre 2013, n. 823, in *Foro Amm. TAR*, 2013, 11, 3436; Cons. Stato, sez. IV, 16 mag-

gio 2013, n. 2679, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 5, 1302; Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2011, n. 3294, *ivi*, 2011, 5, 1526.

948 comma 1 c.c.) senza termine di prescrizione (art. 948 comma 3 c.c.) nonché di chiedere il risarcimento dei danni patiti, con decorrenza del termine di prescrizione dal momento di cessazione dell'illecito" (8).

Invero, la qualificazione in termini di illecito permanente si fonda su di una visione antitetica all'istituto creato nel 1983, e che tanta fatica è costato e sta costando alla giurisprudenza ordinaria. Infatti, in alcune pronunce contrarie alla qualifica di illecito istantaneo il comportamento della p.a. che trasforma un bene privato in assenza del provvedimento definitivo di esproprio non è sufficiente a dar vita ad un effetto traslativo della proprietà, effetto quindi che verrebbe a mancare. Per questo motivo, salva restando la possibilità di optare per le differenti forme "risarcitorie" che l'ordinamento appresta (restituzione del bene ovvero risarcimento del danno per equivalente), il soggetto privato del possesso può agire nei confronti dell'ente pubblico senza dover sottostare al termine prescrizionale quinquennale decorrente dalla trasformazione irreversibile del bene, con l'unico limite temporale rinvenibile nell'acquisto della proprietà, per usucapione ventennale del bene, eventualmente maturata dall'ente pubblico (9).

La visione prospettica fondata sull'illecito istantaneo si ripercuote frequentemente alla messa in discussione di altri presupposti fondamentali della ricostruzione della Cassazione, quale ad esempio la stessa distinzione tra occupazione appropriativa ed usurpativa (quella realizzata in assenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità); in tale ottica, infatti, si evidenzia come la stessa abbia perso di significato sia con riferimento alla giurisdizione (nel senso che residuano al g.o. le sole ipotesi in cui "ab origine" manchi del tutto una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera) che alla decorrenza del termine di prescrizione, trattandosi nei due casi di un illecito permanente. A quest'ultimo proposito, in questa diversa prospettiva l'unico elemento di differenziazione ancora esistente fra le due occupazioni viene ad essere individuato proprio nella determinazione del "dies a quo" di commissione dell'illecito posto che, in caso di occupazione usurpativa, esso va fatto decorrere dal momento dell'immissione in possesso da parte dell'amministrazione mentre, in caso di occupazione appropriativa, dalla sca-

denza del termine di occupazione legittima del terreno (ciò rileva al fine di individuare il momento in cui misurare il valore venale ai fini della quantificazione del risarcimento del danno) (10).

Conclusioni o rinvio?

In tutto ciò l'acquisizione sanante resta sempre sullo sfondo delle ricostruzioni della Suprema Corte, ignorata quando non apertamente criticata. Tanto da essere stata nuovamente inviata alla Consulta pochi mesi fa.

Ma forse proprio tale rimessione può dare nuova speranza a chi cerca una via dritta e senza sbalzi per le numerose controversie ancora pendenti in una vicenda, l'espropriazione indiretta, di cui l'ordinamento interno ha ben poco di cui andare fiero. Tale speranza deriva dall'auspicio che, dopo la precedente esperienza della pronuncia demolitoria per il vizio formale dell'eccesso di delega, la Consulta trovi lo spazio per illuminare tale strada, combinando le trancianti indicazioni sovranazionali con i caratteri del nostro ordinamento: certo, la quadratura del cerchio sarebbe un'impresa solo di poco più impegnativa.

Allo stato, nonostante gli apprezzabili sforzi della Prima Sezione civile in esame, gli attori principali paiono sostanzialmente bloccati sui rispettivi fronti. La Cassazione ferma a tutela della espropriazione indiretta, sotto le varie forme e denominazioni, con alcuni aggiustamenti, risultati peraltro fin qui lenti e parziali, quantomeno a giudicare dagli esiti sovranazionali. Il legislatore fermo nella reiterazione del meccanismo dell'acquisizione sanante, bocciato per motivi formali ma nuovamente sotto esame della Consulta per varie criticità di merito. La giurisprudenza sovranazionale della CEDU, parimenti ferma nel ribadire le critiche al sistema italiano.

Tali rigidità impongono sforzi analoghi a quello compiuto con la sentenza in commento. Certo, la soluzione proposta invero non appare risolutiva delle varie problematiche, né pare collegata a parametri sufficientemente certi a garanzia di un soggetto che ha subito un illecito; tuttavia costituisce un importante esempio di quanto sia fondamentale, per la certezza del diritto e la pienezza della tutela di diritti costituzionalmente garantiti, ogni possibile sforzo da parte di tutti gli attori.

(8) T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 1° ottobre 2013, n. 2371, in *Foro Amm. TAR*, (II) 2013, 10, 3237.

(9) Cfr. ad es. T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 24 luglio 2013, n. 3879, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 16 settembre; Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2013, n. 2279, in *Foro Amm. CdS*,

2013, 4, 973; id., sez. IV, 8 maggio 2013, n. 2481, in questa *Rivista*, 2013, 5, 1280; id., sez. V, 2 novembre 2011, n. 5844, in *Diritto & Giustizia*, 2011.

(10) Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2011, n. 5844, in *Diritto & Giustizia*, 2011, 22 novembre.

Osservatorio civile

a cura di IGNAZIO PAGANI

APPALTI E LAVORI PUBBLICI

IMPOSSIBILITÀ DI SOSTITUZIONI NELL'ATTIVITÀ CONTRATTUALE DELLA P.A. E INAPPLICABILITÀ DELLE NORME SULL'APPARENZA E SULL'AFFIDAMENTO INCOLPEVOLE

Cassazione civile, sez. I, 30 maggio 2014, n. 12179 - Pres. Salmé - Est. Mercolino

Nell'attività contrattuale della p.a. non è ammissibile alcuna sostituzione o interposizione di soggetti privati, essendo le fasi contrattuali disciplinate da norme pubblicistiche che non consentono deleghe a soggetti estranei. A tale canone non deroga quanto disposto dalla L. n. 49/1987 che, pur legittimando la Direzione generale del Ministero degli affari esteri alla stipulazione di convenzioni con soggetti estranei, non consente certo il trasferimento di attribuzioni amministrative ministeriali in capo a soggetti privati.

Il ricorso allo strumento della concessione per la realizzazione di un intervento pubblico comporta, analogamente a quanto accade nel caso della delegazione intersoggettiva tra enti pubblici, l'estraneità dell'Amministrazione all'attività negoziale realizzata dal concessionario privato, il quale agisce in nome e per conto proprio, assumendo su di sé le relative obbligazioni nei confronti dei terzi, senza che sia configurabile, a riguardo, neppure una responsabilità solidale del concedente. Il principio dell'apparenza del diritto (riconducibile a quello più generale di tutela dell'affidamento incolpevole) è da escludere con riferimento agli enti pubblici, per i quali sussistono disposizioni di legge che prescrivano speciali mezzi di pubblicità che consentono al terzo di verificare, mediante ordinaria diligenza, l'effettiva attribuzione del potere rappresentativo in capo allo stipulante. Ciò, per gli enti pubblici, trova giustificazione nella presunzione di conoscenza delle norme di legge che ne disciplinano la rappresentanza esterna e nella considerazione che la volontà della p.a. - potendosi esprimere solo attraverso atti formali, emessi all'esito di un iter dettagliato dalla legge, di cui i terzi hanno la possibilità di rendersi edotti mediante accesso agli atti - esclude la configurabilità di comportamenti colposi, idonei ad indurre un terzo di buona fede a credere erroneamente che un soggetto sfornito di poteri rappresentativi sia legittimato ad agire in nome e per conto dell'ente nel compimento di un'attività negoziale.

Una società di progettazione di opere di bonifica convenne al Tribunale ordinario il Ministero degli affari esteri e un'altra società esponendo di essere - per contratto sottoscritto con la società convenuta - affidataria della progettazione di opere irrigue di tutti i lotti previsti in un piano di sviluppo idro-agricolo. Chiese altresì l'accertamento che il contratto fosse invero stato stipulato con il Ministero, per effetto di un valido negozio rappresentativo o, comunque, che il con-

tratto fosse da esso ratificato. L'attrice chiese altresì la declaratoria di risoluzione del contratto, per inadempimento di controparte, con condanna al pagamento delle prestazioni eseguite e in corso di esecuzione, oltre al risarcimento dei danni. In via graduata, essa chiese condannarsi il Ministero al risarcimento aquilano dei danni, per aver tenuto un comportamento tale da ingenerare l'apparenza di un potere rappresentativo in capo all'altra società convenuta, nella specie costituito dall'autorizzazione e dall'approvazione del contratto, oltre che dall'imputazione del corrispettivo dovuto all'attrice a un fondo di gestione riconducibile al Ministero. In via alternativa, l'attrice propose domanda d'indebito arricchimento ex art. 2041 c.c., in ragione del vantaggio tratto dal Ministero dall'attività che essa aveva svolto.

Il Tribunale e la Corte d'appello rigettarono le domande.

Ad avviso dei giudici di merito - premesso il principio fondamentale che nell'attività contrattuale della p.a. non è ammissibile alcuna sostituzione o interposizione di soggetti privati (essendo le fasi contrattuali disciplinate da norme pubblicistiche che non consentono deleghe a soggetti estranei) - è da escludersi che detto canone sia derogato dalla L. n. 49/1987 che, pur legittimando la Direzione generale del Ministero alla stipulazione di convenzioni con soggetti estranei, non consente certo il trasferimento di attribuzioni amministrative ministeriali in capo a soggetti privati. Né, osserva la Corte di merito, può affermarsi che vi sia stata una ratifica del contratto da parte del Ministero, essendo necessario un atto successivo alla stipulazione, nello specifico mancante.

Quanto all'affidamento circa la sussistenza di un potere rappresentativo - ingenerato nell'attrice dalla condotta del Ministero - la Corte territoriale lo esclude principalmente in ragione del fatto che il principio dell'apparenza non può trovare applicazione a tutela del terzo contraente nei rapporti con le persone giuridiche, per le quali la sussistenza del potere rappresentativo è verificabile attraverso i mezzi di pubblicità previsti dalla legge. È, infine, rigettata anche la domanda d'ingiustificato arricchimento mancando un riconoscimento (anche implicito) dell'utilità delle prestazioni, necessario per l'accoglimento di una simile domanda proposta contro una p.a.

La vicenda approda in Cassazione, che rigetta il ricorso confermando le argomentazioni di merito.

Segnatamente, il giudice di legittimità osserva - quanto alla pretesa delle ricorrenti di sentir imputare al Ministero le obbligazioni derivanti dal contratto - l'inammissibilità di qualsiasi forma d'interposizione nell'attività contrattuale della p.a., escludendo che la L. n. 49/1987 deroghi a tale principio. La Corte non condivide l'assunto della delegabilità del potere di sottoscrivere il contratto d'appalto in forza di tale ultima (speciale) disposizione. Infatti, l'art. 15 di tale legge - nell'affidare alla Direzione generale del Ministero degli esteri, la gestione delle relative attività anche in deroga alle norme sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato (comma 1), e nel consentirle di stipulare convenzioni e contratti con soggetti anche esterni all'Amministrazione dello Stato (comma 6) - precisa che

l'ampia autonomia così conferita al predetto ufficio si esercita nei limiti previsti dalla medesima legge.

In materia contrattuale, poi, l'ampiezza dei poteri derogatori così riconosciuti è stata definita dal D.P.R. n. 177/1988 che - oltre a imporre di attenersi comunque ai principi generali dell'ordinamento relativi al divieto di subappalto, al divieto di stipulare interessi e provvigioni, alle condizioni per l'esonero della cauzione, all'accollo delle spese da parte del contraente ed alla clausola di revisione dei prezzi (art. 6) - stabilisce precisi limiti di natura formale, disciplinando le procedure per la scelta dei contraenti e le modalità per la stipulazione di convenzioni e contratti (art. 8 ss.).

In particolare, l'art. 14 del DPR in parola individua gli organi ai quali è demandata la stipulazione, attribuendo il relativo potere al Direttore generale (o ad altro funzionario delegato dal Ministro) per le convenzioni e i contratti d'importo superiore a due miliardi di lire e a funzionari delegati dal Direttore generale per quelli d'importo inferiore, in tal modo escludendo la possibilità di demandare la sottoscrizione dei contratti a soggetti estranei all'Amministrazione.

A definitivo, secondo la Corte di legittimità, l'unica forma d'interposizione ammessa da questa legge, per lo svolgimento dell'attività in questione, è quella prevista dall'art. 13, che consente di affidare in concessione la progettazione, l'esecuzione ed eventualmente anche la manutenzione o la gestione dell'opera, subordinando l'esecuzione dei lavori all'osservanza del progetto approvato dalla Direzione generale, attribuendo al concessionario la facoltà di realizzarli in proprio o di affidarli ad altre imprese di sua scelta, sempre con l'approvazione della Direzione generale.

Tuttavia, conclude la Corte, il ricorso allo strumento della concessione per la realizzazione di un intervento pubblico comporta, analogamente a quanto accade nel caso della delegazione intersoggettiva tra enti pubblici, l'estraneità dell'Amministrazione all'attività negoziale posta in essere dal concessionario privato, il quale agisce in nome e per conto proprio, assumendo su di sé le relative obbligazioni nei confronti dei terzi, senza che sia configurabile, al riguardo, neppure una responsabilità solidale del concedente. Traendo origine da un provvedimento autoritativo (che incide nella sola sfera giuridica del destinatario ed è quindi autonomo rispetto all'attività successiva del concessionario) il rapporto non è assimilabile a quello che scaturisce da un mandato, con o senza rappresentanza, non assumendo alcun rilievo la circostanza che l'intervento risponda a un interesse esclusivo dell'Amministrazione o sia diretto all'attuazione di un programma comune (Cass., sez. I, 22 luglio 2005, n. 15486).

Con riguardo al secondo motivo, la Corte tra l'altro osserva che in tema di rappresentanza senza potere, l'accertamento compiuto dal giudice di merito circa sussistenza e portata della ratifica del contratto concluso dal *falsus procurator* implica un apprezzamento di fatto, censurabile in sede di legittimità esclusivamente per incongruenza o illogicità della motivazione (Cass., n. 26689/2006; Cass., sez. lav., n. 12750/2003; Cass., n. 249/1997).

Ancora, sul quarto motivo, merita osservarsi come la Corte respinga la censura fondata sulla violazione del principio dell'apparenza giuridica (artt. 1393 - 1398 c.c.) affermando che in tema di rappresentanza, il principio dell'apparenza del diritto (riconducibile a quello più generale di tutela dell'affidamento incolpevole) può essere invocato dal terzo che abbia stipulato in buona fede un contratto con un soggetto sfornito di procura, solo se l'apparente rappresentato abbia tenuto un comportamento colposo, tale da giustificare

re nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza fosse stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente (Cass. civ. n. 3787/2012; Cass. civ. n. 18191/2007). Nella specie, l'applicabilità di tale principio è da escludere, come correttamente fatto dalla Corte territoriale, mediante il richiamo al consolidato orientamento che, quanto alle persone giuridiche, ritiene non configurabile un affidamento incolpevole in presenza di disposizioni di legge che prescrivano speciali mezzi di pubblicità mediante i quali il terzo sia in grado di verificare con l'ordinaria diligenza l'effettiva attribuzione del potere rappresentativo allo stipulante (Cass. civ. n. 10375/2005; n. 13357/2004; n. 703/2004).

Si tratta di un orientamento viepiù estensibile agli enti pubblici e che trova giustificazione nella presunzione di conoscenza delle norme di legge che ne disciplinano in modo inderogabile la rappresentanza esterna e nella considerazione che la volontà della p.a. - esprimendosi in modo preciso e non ingannevole attraverso atti formali, emessi all'esito di un *iter* dettagliatamente descritto dalla legge, del quale i terzi hanno la possibilità di rendersi edotti anche mediante attività di accesso agli atti - esclude normalmente la configurabilità di un comportamento colposo, idoneo ad indurre un terzo di buona fede a credere erroneamente che un soggetto sfornito di poteri rappresentativi sia legittimato ad agire in nome e per conto dell'ente nel compimento di un'attività negoziale (sin da Cass. civ. n. 764/1968).

RIPARTO DI GIURISDIZIONE IN MATERIA DI REVISIONE DEI PREZZI E CONDIZIONI PER RITENERE SUSSISTENTE IL PRESUPPOSTO RICONOSCIMENTO REVISIONALE

Cassazione civile, Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 12063 - Pres. Trifone - Rel. Petitti

Nel riparto di giurisdizione in materia di concessione di pubblici servizi, specie dopo Corte cost. n. 204/2004, le controversie concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi non sono attratte nella giurisdizione amministrativa ma riservate a quella ordinaria, secondo un canone di riparto già presente all'art. 5, comma 2, L. n. 1034/1971, se abbiano contenuto meramente patrimoniale: sicché appartengono alla cognizione del g.o. tutte le controversie nelle quali non venga in rilievo l'esercizio di un potere della p.a., a tutela di interessi generali, per la decisione revisionale mentre appartengono alla cognizione del g.a. le fattispecie in cui si realizzi tale evenienza.

Con riguardo alla pretesa revisionale, la posizione dell'appaltatore acquista natura e consistenza di diritto soggettivo, tutelabile davanti al g.o. solo quando l'amministrazione abbia già adottato un espresso provvedimento attributivo o tenuto un comportamento tale da comportare implicito riconoscimento del relativo diritto, da parte dell'organo deliberativo e competente a esprimere la volontà dell'ente, preceduto dall'esercizio positivo del potere discrezionale circa la concessione della revisione.

La sentenza è resa dalla Cassazione su un gravame proposto ex art. 111 Cost. contro una decisione del Consiglio di Stato.

Avanti il g.a. si era rivolto un operatore economico aggiudicatario di un appalto di servizi di raccolta e smaltimento rifiuti, con un contratto che prevedeva un canone annuo as-

soggettato a mutamenti revisionali con le modalità di cui all'art. 44 L. n. 724/1994. Nel corso del rapporto, l'affidataria reclamava la revisione del canone sino alla scadenza del rapporto, quantificando il credito in circa duecentomila euro.

Il TAR accoglieva la domanda, riconoscendo il diritto della ricorrente alle maggiorazioni per il servizio prestato e ritenendo necessario che la stazione appaltante si adoperasse per eliminare la norma contenuta nel capitolato speciale (art. 12) che prevedeva il compenso revisionale solo se eccedente l'alea del 10%. Il TAR riteneva detta clausola affetta da genetica nullità per contrasto con l'art. 6, comma 4, L. n. 537/1993 (novellato dall'art. 44, comma 1, L. n. 724/1994) che, in materia di revisione prezzi, impone anche nel caso di diversa pattuizione convenuta tra le parti a mezzo di eventuali clausole difformi, la nullità di queste ultime ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.

La sentenza era gravata avanti il Consiglio di Stato dall'amministrazione comunale, sostenendosi in principalità il difetto di giurisdizione del g.a. trattandosi di obblighi di pagamento assunti con patti accessori al rapporto di concessione.

La Sezione Quinta del Consiglio di Stato, in adesione dell'enunciato motivo, con sentenza n. 1159/2012, declinava la giurisdizione amministrativa in favore di quella del g.o., osservando trattarsi di una controversia relativa all'obbligo di pagamento a carico del Comune assunto con patti accessori al rapporto e, quindi, rientrando nei casi di esclusione della giurisdizione del g.a. (art. 133, comma 1, lett. b, c.p.a.). L'appaltatore ricorre per Cassazione contro questa sentenza, per motivi di giurisdizione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.

La Corte respinge il ricorso, riconoscendo sussistente la giurisdizione ordinaria e non condividendo la prospettata violazione delle norme in tema di riparto di giurisdizione (artt. 7 e 133, comma 1, lett. b, c.p.a. e - per la parte del rapporto precedente - l'art. 5 della L. n. 1034/1971).

Non ritiene rilevante, la Cassazione, un precedente del Consiglio di Stato (sez. V, n. 4488/2005) perché - in quel caso - vi era una pattuizione di adeguamento automatico del canone senza spazio per interventi del potere discrezionale della p.a., a differenza di quanto accade nello specifico, alla luce delle previsioni capitolari speciali, da integrarsi con le previsioni dell'art. 6, comma 4, L. n. 537/1993, (come novellato dall'art. 44 della L. n. 537/1993) norma imperativa che, imponendo la revisione prezzi anche in presenza di clausole difformi contenute nei contratti, aveva reso nulla la clausola che consentiva la revisione solo se eccedente l'alea del 10%.

Afferma la Cassazione che - ai fini dell'individuazione della normativa applicabile - va tenuto conto della data d'introduzione del giudizio, nello specifico, avvenuta nell'anno 2003. Poiché a quel tempo la disciplina revisionale nei rapporti continuativi era contenuta all'art. 6 della L. n. 537/1993, (novellato dall'art. 44 L. n. 724/1994) il cui comma 4 prevedeva che tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa dovessero recare una clausola di revisione periodica del prezzo, operata sulla scorta di un'istruttoria condotta dalla p.a., devolvendo alla g.a. le controversie derivanti dall'applicazione del medesimo articolo, corretta è stata la rilevazione del Consiglio di Stato in ordine alla declaratoria di difetto di giurisdizione.

La materia, osserva a complemento la Corte, è stata poi oggetto dell'art. 33 D.Lgs. n. 80/1998, che devolveva alla giurisdizione esclusiva del g.a. tutte le controversie in ma-

teria di pubblici servizi, con la precisazione (comma 2) che tali controversie erano, in particolare, quelle inerenti le procedure di affidamento di appalti pubblici e quelle riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e della pubblica istruzione, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona e delle controversie in materia di invalidità (lett. f).

Ripercorrendo la storia di tal previsione, la Cassazione osserva che con sentenza n. 292/2000, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima l'istituzione di una giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di pubblici servizi, anziché limitarsi a estendere in tale materia la giurisdizione del g.a. alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, nonché dei commi 2 e 3.

Per l'effetto, è intervenuta la L. n. 205/2000, il cui art. 7 ha quindi nuovamente disciplinato la materia prevedendo (comma 1) la devoluzione alla giurisdizione amministrativa delle controversie in materia di pubblici servizi.

Nuovamente, il Giudice delle leggi, con la nota sentenza n. 204/2004 ha dichiarato l'illegittimità della previsione appena riferita, nella parte in cui prevede la devoluzione esclusiva del g.a. di "tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli" anziché "le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi (...)". L'assetto è sostanzialmente recepito dal c.p.a. il cui art. 133, comma 1, lett. c), devolve al g.a. le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, *escluse* quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi (...).

La Cassazione, a suffragio della propria conclusione, ricorda altri propri numerosi precedenti per i quali - nel riparto di giurisdizione in materia di concessione di pubblici servizi, specie dopo Corte cost. n. 204/2004 - è principio pacifico che le controversie concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, non sono attratte nella giurisdizione amministrativa ma riservate a quella ordinaria, secondo un canone di riparto già presente all'art. 5, comma 2, L. n. 1034/1971 se abbiano contenuto meramente patrimoniale. In altri termini, appartengono alla cognizione del g.o. tutte le controversie nelle quali non venga in rilievo l'esercizio di un *potere* della p.a., a tutela di interessi generali, per la decisione revisionale. Ove, di contro, si realizzi tale evenienza (perché la controversia coinvolge la verifica dell'azione autoritativa della p.a. sul rapporto sottostante, o la verifica dell'esercizio di poteri discrezionali di cui essa gode nella determinazione d'indennità, canoni o altri corrispettivi, la giurisdizione spetta al g.a. (Cass., Sez. Un., n. 27333 del 2008; Cass., Sez. Un., n. 20939 del 2011).

Invero, deve ribadirsi che se, di norma, la previsione della revisione configura la posizione della parte concessionaria di un servizio pubblico o che riveste il ruolo di appaltatore di opere o servizi pubblici in termini di interesse legittimo (Cass., Sez. Un., n. 9152 del 2009; Cass., Sez. Un., n. 6016 del 2011), con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo, tale devoluzione è configurabile sino al momento in cui il potere della pubblica amministrazione non sia stato esercitato, atteso che da tale momento la posizione del soggetto che

detta revisione sollecita viene a configurarsi in termini di diritto soggettivo.

Nello specifico, invece emerge che il Comune aveva già riconosciuto, in favore dell'impresa, la revisione prezzi. Ancora, è dimostrato che proprio sulla base delle valutazioni espresse dal Comune circa la richiesta revisionale per l'indicato periodo, l'impresa chiese e pretese la somma facendo applicazione della somma computata sulla scorta di parametri predeterminati.

OBLIGAZIONI PECUNIARIE DELLA P.A. E INCIDENZA DEL DIRITTO COMUNITARIO

Cassazione civile, sez. I, 28 maggio 2014, n. 11905 - Pres. Salvago - Rel. Benini

Le recenti norme di derivazione comunitaria che equiparano la posizione debitoria delle pp.aa. a quella dei privati con previsioni di mora automatica (art. 3 D.Lgs. n. 231/2002; D.L. n. 35/2013, conv. in L. n. 64/2013) prevalgono sul diritto interno per i contratti successivi alla sua entrata in vigore.

Per i contratti anteriori al D.Lgs. n. 231/2002 e s.m.i. permane il principio per il quale - in relazione ai debiti pecuniari delle pp.aa. - è esclusa un'automatica produzione d'interessi in ragione delle forme di accertamento dell'obbligazione disciplinate da norme regolamentari (artt. 269 e 270 R.D. n. 827/1924) dotate di efficacia vincolante esterna per effetto di norme di rango legislativo (R.D. n. 2440/1923). Con il che, per aversi liquidità ed esigibilità del credito, occorre l'emissione del titolo di spesa e solo dal giorno di costituzione in mora maturano interessi e maggior danno, con necessità di specifica intimazione e messa in mora, in difetto di che essi decorrono dalla data della domanda giudiziale.

Sono applicabili alle Aziende ospedaliere le norme sulla contabilità di Stato, in assenza di norme specifiche e deroganti la disciplina comune delle obbligazioni pecuniarie delle pp.aa., irrilevanti rimanendo eventuali patruzioni contrattuali di contenuto diverso, perché recesive rispetto alla normativa speciale, fissata a tutela dell'interesse all'ordinata spesa pubblica.

Il mandatario di un RTI - nell'interesse proprio e della mandante - convenne al Tribunale ordinario un'Azienda ospedaliera per il pagamento di circa un milione e mezzo di euro oltre interessi quale corrispettivo per l'esecuzione di appalto di servizi di pulizia, come da contratti stipulati, nonché di circa seicentocinquanta mila euro a titolo di risarcimento del danno per l'inesatto adempimento, costituito dal ritardo nei pagamenti.

L'Amministrazione si costituiva chiedendo - oltre al rigetto della domanda - l'accertamento riconvenzionale del grave inadempimento delle attrici con la seguente compensazione degli importi rispettivamente dovuti.

Il Tribunale - dato atto dell'avvenuto pagamento del capitale domandato, avvenuto in corso di causa - condannava l'Azienda ospedaliera alla corresponsione degli interessi legali su varie fatture scadute, ma solo a decorrere dalle periodiche costituzioni in mora, e rigettava la riconvenzionale. La sentenza era appellata dalle imprese, per la parziale soccombenza circa la decorrenza degli interessi dovuti. La Corte territoriale rigettava il gravame, osservando che il termine di novanta giorni per il pagamento delle fatture, previsto dal D.M. n. 145/2000 (capitolato generale oo.pp., in al-

lora vigente) non era produttivo d'interessi corrispettivi, non trattandosi di obbligazioni da adempiere al domicilio del creditore in quanto i debiti della p.a. sono adempiuti presso gli uffici di tesoreria, sicché gli interessi moratori potevano decorrere solo dalla formale costituzione in mora, qui da individuarsi - in assenza di specifiche comunicazioni - dal momento della giudiziale domanda. Parimenti, la Corte negava la rivalutazione degli importi, in difetto di prova, da parte del creditore, del maggior danno patito in conseguenza del ritardo.

L'impresa ricorre per Cassazione, che respinge il ricorso.

La Suprema Corte ritiene infondata la censura mossa alla sentenza impugnata, per aver essa considerato applicabili all'Azienda ospedaliera le norme sulla contabilità di Stato e così qualificato le obbligazioni come *querables* anziché *portables*, a nulla rilevando che l'appaltante era contrattualmente tenuta al pagamento delle fatture entro novanta giorni senza necessità di costituzione in mora.

Per i debiti pecuniari delle pp.aa., la liquidità ed esigibilità del credito (dalle quali scaturirebbe l'automatica produzione di interessi, a norma dell'art. 1282, comma 1, c.c.) è esclusa dalle modalità di accertamento dell'obbligazione che, in ragione della natura pubblicistica del debitore, sono disciplinate da norme regolamentari (artt. 269 e 270 R.D. n. 827/1924) che traggono efficacia vincolante esterna da norme di rango legislativo (R.D. n. 2440/1923). Per l'effetto, il requisito di liquidità ed esigibilità non può prescindere dal presupposto formale dell'emissione del titolo di spesa, previsto dalla disciplina speciale (Cass. n. 690/1987; n. 24/1990; n. 17909/2004; n. 13252/2006).

Gli interessi sulla somma giudizialmente liquidata - in difetto di esigibilità del credito, possono configurarsi solo quali interessi moratori (che prescindono dalla liquidità) per i quali le norme di contabilità pubblica stabiliscono (in deroga al principio di cui all'art. 1182, comma 3, c.c.) che l'amministrazione è tenuta a compiere diligentemente quanto è necessario per rendere il credito liquido ed esigibile (si veda, in proposito, anche il D.L. n. 669/1996 e s.m.i., *n.d.r.*).

Sicché se la p.a. ritarda ingiustificatamente liquidazione e pagamento oltre il tempo ragionevolmente necessario, il creditore può costituirlo in mora.

Occorre, per l'effetto, una formale costituzione in mora, non ricorrendo alcuna ipotesi di mora *ex re* (riguardo all'art. 1219, comma 2, c.c., perché non versa in circostanza di fatto illecito; non è stato dedotto il rifiuto della p.a. a corrispondere l'indennizzo; né si tratta di obbligazioni portabili, giacché il pagamento deve avvenire presso gli uffici di tesoreria).

Conseguentemente, solo dal giorno di costituzione in mora sono dovuti i relativi interessi e il maggior danno (Cass. 15 maggio 2008, n. 12281): in mancanza di intimazioni precedenti, essa coincide con la domanda giudiziale. La conclusione non è smentita dal fatto che per le ASL manchino norme deroganti alla disciplina comune delle obbligazioni pecuniarie né che - nel caso di specie - la debitrice era contrattualmente tenuta al pagamento delle fatture entro novanta giorni dalla loro emissione, senza necessità di tal costituzione in mora.

A tal proposito, la Cassazione osserva che detti obblighi contrattuali sono sovrapposti alla predetta normativa speciale, fissata a tutela dell'interesse pubblico e a fini dell'ordinata spesa pubblica. Sicché, chi entri in rapporto con una p.a. è soggetto - per ciò solo - alle regole della contabilità pubblica. La natura *querable* dell'obbligazione rimane

ferma anche qualora sia contrattualmente prevista la commutazione del mandato di pagamento in vaglia cambiario o in assegno circolare (Cass. 25 luglio 2001, n. 10135), sicché il luogo di adempimento dell'obbligazione resta sempre la sede dell'ufficio di tesoreria dell'Azienda sanitaria (Cass. n. 14311/1999) indipendentemente dalle contrattualizzate modalità di accredito (Cass. n. 24157/2013).

Al definitivo, quindi, le norme di contabilità si applicano anche alle Aziende ospedaliere, come già statuito per i pagamenti da effettuarsi dagli enti ospedalieri disciolti per effetto della riforma sanitaria operata con L. n. 833/1978: questo, in ragione della sostanziale corrispondenza alle norme dettate, per gli enti territoriali, dall'allora vigente T.U. comunale e provinciale (artt. 234 e 235 del R.D. n. 383/1934) e, per le IPAB dall'art. 22 della L. n. 6972/1890 e dal relativo regolamento di esecuzione, emanato con R.D. n. 99/1891 (Cass. 20 maggio 2005, n. 10691). È infine rimarcata dalla Cassazione la equiparazione fra Aziende ospedaliere e Aziende sanitarie locali (art. 4 D.Lgs. n. 502/1992), quanto a gestione economica, finanziaria e patrimoniale (Cass. n. 24157/2013), anche in ragione della natura di persone giuridiche pubbliche delle stesse.

Su tale assetto normativo, conclude la Cassazione, non ha incidenza né (l'allora vigente) D.P.R. n. 1063/1962 né la L. n. 741/1981 (Cass. n. 8823/2007).

I principi sin qui affermati, chiosa la Suprema Corte, hanno riferimento alla sola disciplina interna, anteriore alla integrazione comunitaria: la Suprema Corte, infatti, tocca l'aspetto relativo alla vigenza delle norme di derivazione comunitaria, che equiparano la posizione debitoria delle amministrazioni a quella dei privati, con la previsione della mora automatica (art. 3 D.Lgs. n. 231/2002; D.L. n. 35/2013, convertito in L. n. 64/2013): la soluzione del Giudice nomofilattico è nel senso di ritenere che normativa comunitaria sopraggiunta concerna i contratti successivi alla sua entrata in vigore.

NECESSITÀ DI UN CONTRATTO SOTTOSCRITTO DA SOGGETTO ABILITATO ALLA RAPPRESENTANZA ESTERNA DELL'ENTE PUBBLICO ANCHE PER I LAVORI ASSEGNATI IN VIA DI SOMMA URGENZA

Cassazione civile, sez. I, 28 maggio 2014, n. 11890 - Pres. Salmé - Rel. Mercolino

In caso di lavori di somma urgenza, pur assegnati in via aggiuntiva a un'impresa già titolare di un contratto con la p.a., nondimeno occorre un contratto stipulato in forma scritta, richiesta *ad substantiam*, da parte del soggetto dotato di rappresentanza dell'ente: a nulla, di contro, rileva la sussistenza dei verbali di assegnazione benché contenenti ogni elemento essenziale del contratto, che si collocano su un piano meramente endo-procedimentale e preparatorio della successiva manifestazione di volontà negoziale.

Un operatore economico convenne in giudizio un'Azienda Sanitaria per il pagamento di lavori, commissionatigli in via di somma urgenza emersa nell'ambito dell'esecuzione di opere già aggiudicategli seguito di licitazione privata.

Il Tribunale rigettò la domanda, al pari della Corte d'appello.

Questo, non solo in ragione del fatto che detti lavori erano stati affidati da un dirigente sfornito del potere di rappresentanza ma anche in assenza di contratto scritto. Ad avvi-

so del giudice di merito, l'irregolarità della procedura di conferimento dell'incarico esclude l'instaurazione di un valido rapporto contrattuale, non essendosi la volontà delle parti tradotta in un contratto stipulato in forma scritta, richiesta *ad substantiam* anche per l'affidamento di opere urgenti, specie in assenza di un rappresentante legittimato dell'ente. Irrilevante, ancora, per i giudici di merito è la circostanza che la stazione appaltante avesse, in parte, pagato parzialmente tale importo, posto che il pagamento effettuato indipendentemente dal riconoscimento della legittimità e regolarità dell'affidamento dei lavori, pur integrando una parziale ricognizione di debito, non poteva sopperire alla mancanza dell'atto contrattuale sottoscritto da soggetti legittimati per entrambe le parti, unico atto idoneo a costituire titolo di ulteriori obblighi.

La Cassazione respinge il ricorso, confermando la duplice conforme di merito.

Aggiunge, il Giudice nomofilattico, che la produzione dei verbali di assegnazione d'opera per somma urgenza comunque - e in disparte il fatto che i medesimi non provenissero da soggetto abilitato all'assunzione d'impegno contrattuale all'interno dell'ASL - non surroga la necessità di un contratto scritto, benché i medesimi contenessero ogni elemento essenziale del contratto.

Sotto questo profilo, non si ha alcuna lesione dell'art. 17 R.D. n. 2440/1923, né dell'art. 70 R.D. n. 350/1895 (regolamento sui ll.pp. in allora vigente) in quanto non risponde al vero la doglianza, svolta dal ricorrente, per la quale i contratti conclusi dagli enti pubblici a trattativa privata possono essere stipulati anche a mezzo di scrittura privata e, in caso di somma urgenza, anche mediante la compilazione del verbale sottoscritto dall'ingegnere capo dell'ente committente.

L'esclusione di un valido rapporto contrattuale tra le parti si conforma al costante orientamento secondo cui ogni contratto della p.a. - compresi quelli *jure privatorum* - richiede forma scritta quale requisito essenziale, prescritto a pena di nullità, con dichiarazione negoziale proveniente dall'organo titolare del potere di rappresentanza, autorizzato ad esternare la volontà dell'ente e da cui possa desumersi la concreta instaurazione del rapporto con le indispensabili determinazioni circa la prestazione da rendere e il compenso da corrispondere. Irrilevanti, di contro, sono le deliberazioni d'impegno o di conferimento degli organi abilitati a formare la volontà dell'ente, che si collocano su di un piano meramente endo-procedimentale e preparatorio della successiva manifestazione di volontà negoziale (Cass. n. 1167/2013; n. 19070/2006; n. 258/2005).

Il requisito, che opera per gli enti territoriali (artt. 16 e 17 R.D. n. 2440/1923) trova applicazione anche nei contratti di appalto in economia stipulati secondo l'ormai abrogato art. 67 del R.D. n. 350/1895 mediante cottimo fiduciario, secondo la specifica previsione del successivo art. 74. Circonstanza del resto confermata nel capitolato generale delle opere pubbliche statali di cui al D.P.R. n. 1063/1962; quanto dai regolamenti sui lavori pubblici di cui ai D.P.R. n. 554/1999 e n. 207/2010.

A maggior ragione, deve escludersi che un valido rapporto contrattuale possa instaurarsi per effetto dell'affidamento dei lavori da parte di un funzionario dell'ente avente una competenza meramente tecnica, non essendo quest'ultimo legittimato a impegnare l'ente nei rapporti con i terzi neppure nelle situazioni di somma urgenza (Cass., n. 14647/2004).

RESPONSABILITÀ PER CONCORRENZA SLEALE DIPENDENTE
DA CONDOTTA ILLECITA (TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCANTI)

Cassazione civile, sez. I, 22 maggio 2014, n. 11411 -
Pres. Vitrone - Rel. Bisogni

La possibilità di chiedere un risarcimento aquiliano per concorrenza sleale derivato da condotta penalmente rilevante, ed in tal sede accertata, presuppone in ogni caso la prova dell'effettivo danno patito in dipendenza delle azioni e dei comportamenti illeciti compiuti della concorrente.

La questione, singolare, nasce da una domanda posta in sede civile da un'impresa contro un'altra per ottenere - previo accertamento dell'illiceità del comportamento della convenuta, sostanziatosi in un tentativo di turbativa d'asta (artt. 56-353 c.p.) penalmente accertato e non andato a buon fine per il rifiuto dell'attore di aderirvi - il risarcimento dei danni extracontrattuali conseguiti dalla mancata aggiudicazione della commessa.

Segnatamente, l'attore assumeva che per effetto di tal condotta (perfezionatasi con altre imprese) l'impresa concorrente si era aggiudicata l'appalto con una condotta che - sul piano civilistico - integra e si sostanzia in atti di concorrenza sleale, come tale fonte di responsabilità aquiliana, con grave danno derivato dalla mancata aggiudicazione, a propria volta determinante un pregiudizio di indole curricolare per non aver potuto raggiungere il minimo fatturato richiesto per la partecipazione ad altre importanti gare di appalto, con riverberi di gravità tale da determinare la cessazione dell'attività imprenditoriale.

Nei due gradi di merito, la domanda è stata respinta.

L'originaria attrice ricorre per Cassazione, che rigetta il ricorso con argomentazioni che meritano approfondimento. Il ricorrente chiede alla Corte se le azioni e i comportamenti illeciti, giudizialmente accertati in sede penale, realizzati dall'impresa concorrente in una gara di appalto pubblico e volti a conseguire l'aggiudicazione nell'ambito di un più vasto accordo tra imprese per l'illecita spartizione di commesse, possa ritenersi diretta ad arrecare danno all'azienda concorrente, tale da costituire atto di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598, comma 3, c.c.

La Cassazione non accoglie il motivo per ragioni di rito, osservando che se da un lato il Giudice d'appello ha accertato il tentativo di raggiungere accordo illecito per assicurare un vantaggio comune alle altre imprese, in danno della stazione appaltante (ossia dell'interesse pubblico alla libertà degli incanti), è mancata tuttavia la prova, nella fase di merito, che l'autore della condotta agisse nell'ambito di un più vasto accordo per l'illecita spartizione di commesse pubbliche.

Sicché, in questi casi, occorre anche dare la prova del danno patito, in conseguenza delle azioni e dei comportamenti illeciti della concorrente.

Secondo la valutazione della Corte di merito, l'attrice non era stata oggetto di atti di concorrenza sleale intesi a danneggiarla ma che sono, fino al rifiuto del ricorrente, stati solo un potenziale co-elemento di una condotta anticoncorrenziale, intesa a danneggiare terzi soggetti e a ledere l'interesse pubblico.

Sicché, quanto alla partecipazione a un accordo collusivo relativo alla gara incriminata, non può ritenersi integrata una condotta anticoncorrenziale in danno dell'impresa attrice e neppure in danno di terzi o della stazione appaltan-

te, per il semplice fatto che l'impresa ricorrente rifiutò l'accordo.

ECCEZIONE DI TARDIVITÀ DELLE RISERVE APPOSTE IN UN
RAPPORTO DI PUBBLICO APPALTO

Cassazione civile, sez. I, 16 maggio 2014, n. 10781 -
Pres. Salvago - Rel. Ceccherini

In tema di pubblici appalti, la denuncia di tardività delle riserve formulate dall'appaltatore è un'eccezione in senso proprio, riservata alla disponibilità dell'amministrazione e non suscettibile di rilievo d'ufficio da parte del giudice.

La controversia genera da un'azione promossa da un'impresa contro un'amministrazione comunale per ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa delle illegittime sospensioni dei lavori disposte durante l'esecuzione di quattro contratti di appalto, stipulati tra le parti per l'edificazione di sette asili nido, nonché per il pagamento dei corrispettivi contrattuali ancora dovuti, degli importi revisionali maturati e degli interessi per ritardati pagamenti, nonché per la restituzione delle ritenute a garanzia.

Il Tribunale ordinario, in primo grado, accolse la domanda. L'Amministrazione propose appello sollevando, in questa sede, eccezione di decadenza dell'appaltatrice dall'azione per i danni da sospensione dei lavori intercorsa dal febbraio 1986 al settembre 1989, nell'esecuzione di uno dei contratti per cui è causa: questo, per la mancata tempestiva iscrizione di riserva in calce al verbale di ripresa lavori. In corso di giudizio, poi, l'amministrazione estese l'eccezione di decadenza per tardività dell'iscrizione delle riserve a tutte le sospensioni intervenute nei rapporti di appalto dedotti in giudizio.

La Corte territoriale accolse le eccezioni di decadenza per tardività delle riserve, così respingendo le relative domande risarcitorie della società.

L'impresa ricorre in Cassazione, che accoglie il ricorso per quanto di ragione.

Osserva la Suprema Corte che il giudice di merito, con la sentenza gravata, ha ritenuto ammissibili le eccezioni di tardività delle riserve concernenti i danni derivati dalle illegittime sospensioni dei lavori disposte dal Comune committente, ancorché proposte dall'appellante dopo l'introduzione del giudizio di gravame.

Osserva la Corte che in tema di pubblici appalti la denuncia di tardività delle riserve formulate dall'appaltatore è un'eccezione in senso proprio, riservata alla disponibilità dell'amministrazione e non suscettibile di rilievo d'ufficio da parte del giudice (sin da Cass. n. 3360/1991 e, da ultimo, Cass. n. 11310/2011). Nel caso di specie, il Comune aveva eccepito per la prima volta nell'atto di appello solo la decadenza dell'appaltatrice dall'azione di risarcimento danni per la sospensione dei lavori concernenti uno dei contratti - e non degli altri - adducendo che la riserva era stata iscritta in contabilità solo dopo la ripresa dei lavori, mentre non era stata formulata nel verbale medesimo.

Tenuto conto del regime delle preclusioni dettato dall'art. 345 c.p.c., nel testo vigente *ratione temporis*, la proposizione di questa nuova eccezione era ammissibile, contrariamente a quanto sarebbe oggi, per effetto della sopravvenuta disciplina del rito civile in proposito.

Diverso discorso, invece, compie la Suprema Corte circa l'estensione dell'eccezione di decadenza a tutte le altre ri-

serve, formulata dalla stessa parte, per la prima volta in sede di riassunzione del giudizio d'appello.

La Cassazione ritiene errata la statuizione in punto, da parte della Corte di merito.

Richiama, in proposito, la consolidata migliore giurisprudenza per la quale l'art. 345 c.p.c., pur nella formulazione anteriore alla riforma introdotta dalla L. n. 353/1990, andava interpretato in collegamento con l'art. 342 c.p.c., che poneva la regola della specificità dei motivi di gravame allo scopo di delimitare l'estensione del riesame e indurre il ricorrente a indicarne le ragioni.

Se ne ha che l'eccezione - tesa alla riforma della sentenza, risolvendosi nell'esplicazione del diritto di impugnazione - sarebbe stata proponibile solo nell'atto di appello (Cass. n. 15883/2007; n. 1484/2007; n. 1141/1995; n. 2443/1999; n. 5673/2003). La Corte, in proposito, dà lealmente atto di difformi orientamenti (Cass. n. 15936/2002; n. 23389/2008; n. 21785/2010) secondo cui in base alla normativa previgente la deducibilità di nuove eccezioni in appello era ammissibile anche in secondo grado fino al momento della precisazione delle conclusioni, dai quali dissente.

ESPROPRIAZIONE PER P.I.

DECRETO DI ESPROPRIAZIONE E DETERMINAZIONE DEL MOMENTO DI EFFICACIA DEL MEDESIMO

Cassazione civile, sez. I, 5 giugno 2014, n. 12700 - Pres. Vitrone - Rel. Campanile

Il trasferimento del bene espropriato in favore dell'espropriante si verifica alla data di pronuncia del relativo decreto indipendentemente dalla successiva notificazione del provvedimento, la quale, rispetto al decreto stesso (che ha natura di atto non ricettizio) non è né elemento integrativo, né condizione di efficacia ma ha solo la funzione di far decorrere il termine di opposizione alla stima, sicché i vizi su di essa incidenti non costituiscono motivi di carenza del potere espropriativo.

Erroneamente è computata l'indennità di esproprio su una parte di manufatto abusivamente eretta, dovendosi applicare il principio secondo cui, con riferimento a un fabbricato parzialmente abusivo per difformità rispetto al progetto approvato, va esclusa dal computo dell'indennità la parte costruita in difformità.

Un privato propose, avanti la Corte d'appello, opposizione alla stima computata per l'espropriazione di un complesso immobiliare di sua proprietà, disposta per la realizzazione di una nuova strada di collegamento a un Ospedale.

Segnatamente, si doleva della ridotta stima dell'immobile, computata con riferimento al valore del bene alla data del decreto di esproprio (novembre 2002) che era stato annullato con sentenza del TAR, poi riformata dal Consiglio di Stato.

Per ragioni di natura tecnica (dipendenti dalla sospensione disposta dal TAR che non ne aveva consentita la tempestiva trascrizione) il predetto decreto d'esproprio era stato annullato in via officiosa e sostituito - dopo la sentenza del Consiglio di Stato, che ne ripristinava in via definitiva la valenza - da un nuovo decreto d'esproprio degli stessi immobili, della medesima portata.

Per quanto qui rilevi - dopo aver premesso che il giudizio di opposizione alla stima (seppur azionato da un singolo comproprietario) riguardava la determinazione dell'intera indennità - la Corte d'appello esclude che potesse rilevare, per determinare l'attribuzione di un'indennità aggiuntiva, l'attività esercitata dall'espropriato nel bene oggetto di provvedimento ablativo: in particolare, negò che potessero trovare applicazione, neppure in via analogica, le norme disposte in relazione all'espropriazione di fondi agricoli, dirette a favore di fittavoli, coltivatori diretti, compartecipi o mezzadri. Ancora, la Corte - a fronte dell'annullamento del primo decreto di esproprio (anno 2002) e dell'emanazione (maggio 2004) di nuovo atto in sostituzione del primo, riteneva che dovesse tenersi conto, ai fini della determinazione del valore dell'immobile, della data successiva: questo, in ragione del principio secondo cui vi è un indissolubile collegamento tra indennità di espropriazione e trasferimento della proprietà del bene attuato attraverso il decreto di esproprio. Sicché - per effetto dell'operata autotutela da parte del Comune sul primo decreto - l'effetto traslativo della proprietà è da attribuire in via esclusiva al nuovo decreto, emanato in sostituzione del precedente.

Ancora, la Corte affermava l'inammissibilità della richiesta del Comune - basata su motivo di rito processuale - tendente a mantenere la precedente (e inferiore) determinazione di stima dell'anno 2002, rispetto a quella successiva del 2004, perché non avanzata mediante rituale proposizione di domanda riconvenzionale.

In ragione di ciò, la Corte liquidava l'indennità sulla base della determinazione analitica del valore del bene effettuata dal consulente tecnico d'ufficio, avendo riferimento all'anno 2004, osservando altresì - quanto alla natura abusiva di una delle costruzioni, dedotta dal Comune di Milano - che tal circostanza si sarebbe dovuta dimostrare, costituendo essa un'eccezione in senso proprio. In ogni caso, né dalla CTU né dai dati catastali emergeva alcun elemento che potesse far desumere, l'abusività del manufatto.

Era quindi determinata l'indennità complessiva nell'importo di 858.957 euro.

Avverso tale sentenza ricorre, per Cassazione, l'amministrazione comunale.

La Suprema Corte accoglie, nei sensi di cui in motivazione, i primi tre motivi di ricorso.

Con il primo mezzo d'impugnazione era dedotta l'erroneità della valutazione del bene alla data del secondo decreto di esproprio (emesso per mere ragioni formali) e contenente una rettifica di dati riguardanti uno dei soggetti, nel frattempo deceduto, con quelli dei suoi eredi. Il nuovo provvedimento non aveva, per vero, incidenza alcuna sulle posizioni sostanziali cristallizzate alla data del primo provvedimento, nell'anno 2002.

La Cassazione accoglie il motivo, osservando che il provvedimento ablativo emesso nel 2002 era privo di vizi sostanziali o procedurali, tali da impedire (in allora) il trasferimento della proprietà del bene espropriato, sicché esso non può non costituire il punto di riferimento (cronologico e giuridico) per la determinazione degli effetti tipici di tale atto: in primo luogo per la determinazione del valore di mercato del bene. Irrilevante, in senso contrario, è la circostanza che il provvedimento sopravvenuto - come visto, dettato principalmente dal fatto che per effetto della sospensiva disposta dal TAR, il termine di valenza del primo decreto andava spirando - si limitasse a variare i nominativi di una espropriata, nel frattempo deceduta, con quello dell'erede, posto che questo non costituisce elemento essenziale o in-

ficiente il primo provvedimento in dipendenza della mancata notifica del provvedimento all'erede stesso, quanto meramente formale, essendo comune possibile una variazione successiva.

In proposito, e a conferma dell'assunto, è qui richiamato il precedente delle Sezioni Unite, secondo cui il trasferimento del bene espropriato in favore dell'espropriante si verifica alla data della pronuncia del relativo decreto (qui, validamente emesso nel 2002) indipendentemente dalla successiva notificazione del provvedimento, la quale, rispetto al decreto stesso (che ha natura di atto non ricettizio) non è né elemento integrativo, né condizione di efficacia ma ha solo la funzione di far decorrere il termine di opposizione alla stima, sicché i vizi su di essa incidenti non costituiscono motivi di carenza del potere espropriativo (Cass., Sez. Un., n. 7154/1994).

Sul secondo motivo di gravame - con cui si è dedotta l'illegittimità dell'ordine di deposito dell'intera somma, pur in presenza d'opposizione alla stima di uno dei comproprietari - la Corte richiama il proprio insegnamento per cui quando (come nello specifico) vi siano posizioni di comproprietari definite mediante cessione volontaria, il deposito dell'intera somma non è dovuto, perché del tutto irragionevole e privo di valide giustificazioni (Cass. n. 7777/2012; Cass. n. 9172/2005). L'orientamento è qui confermato, con la precisazione che si tratta di una specifica deroga al principio secondo cui in caso di espropriazione di bene indiviso, l'opposizione del singolo comproprietario avverso la stima effettuata in via amministrativa è idonea ad estendere il giudizio alla determinazione dell'intero diritto e, quindi, dell'intera indennità, anche a beneficio dei comproprietari non oppositori, conseguendone, altresì, il diritto dell'opponente di domandare il deposito per l'intero di quest'ultima (o della differenza fra quest'ultima e quella che già sia stata eventualmente depositata).

La Cassazione accoglie in parte anche il terzo mezzo, con cui è lamentata la mancata considerazione - a fini determinativi dell'indennità - dell'abusività di una parte del manufatto espropriato.

La Corte territoriale erroneamente, afferma la Cassazione, utilizza come unico elemento per risolvere la questione la circostanza che il manufatto sia stato eretto prima della legge urbanistica, ossia prima del 1942, ritenendo che in epoca anteriore la licenza di costruzione e l'abitabilità fossero facoltative. Nello specifico, però, già prima della legge urbanistica n. 1150/1942 il Comune era dotato di un regolamento edilizio entrato in vigore nel 1921, il cui art. 1 prescriveva per l'esecuzione di nuovi edifici, o per variazioni, aggiunte o demolizioni da compiersi in fabbricati esistenti, la presentazione del progetto e la richiesta del nulla osta. Tale disciplina, cogente e inderogabile, corrispondente a quanto previsto dall'art. 111 R.D. 12 febbraio 1911 attuativo dell'allora vigente T.U. Enti locali, era presupposta al rilascio del titolo abilitativo per il manufatto di che trattasi, avvenuto nel 1929, di superficie inferiore rispetto a quella effettivamente constatata in sede di CTU nel giudizio oppositivo avanti la Corte d'appello.

Sotto questo profilo, quindi, erroneamente è stata computata l'indennità sulla parte di manufatto abusivamente eretta, dovendosi - ricorda la Suprema Corte - applicare il principio secondo cui, con riferimento a un fabbricato parzialmente abusivo per difformità rispetto al progetto approvato, va esclusa dal computo dell'indennità la parte costruita in difformità (Cass. n. 25523/2006).

DETERMINAZIONE DELL'INDENNITÀ DI ESPROPRIO PER I SUOLI EDIFICABILI E CRITERI DI APPLICAZIONE

Cassazione civile, sez. I, 22 maggio 2014, n. 11410 - Pres. Ceccherini - Rel. Benini

Le norme che determinano in via riduttiva l'indennità di esproprio per i suoli edificabili (artt. 37, commi 1 e 2, D.P.R. n. 327/001; art. 5-bis D.L. n. 333/1992) sono costituzionali (Corte cost. n. 348/2007) nella parte in cui stabiliscono un criterio che non è in ragionevole legame con il valore di mercato dell'immobile espropriato, per contrasto con l'art. 117 Cost., norma che condiziona l'esercizio della potestà legislativa al rispetto degli obblighi internazionali, fra i quali quelli derivanti dalla CEDU le cui norme sono fonte integratrice del parametro di costituzionalità.

I criteri riduttivi dell'indennità di stima dichiarati costituzionali non possono più trovare applicazione (art. 136 Cost.; art. 30, comma 3, L. n. 87/1953) dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale con riferimento ad ogni situazione ancora pendente in materia espropriativa: in tal senso, non può ritenersi che sul criterio di stima sia maturato il giudicato, posto che il bene della vita alla cui attribuzione tende l'esproprio, è l'indennità liquidata nella misura di legge, non già il criterio legale, così che l'impugnazione del credito indennitario rimette in discussione proprio il criterio legale utilizzato dalla sentenza determinativa dell'indennità ed il relativo capo, fondandosi sulla premessa dell'applicabilità dell'art. 5-bis, non è suscettibile, venuta meno tale premessa, di conservare la natura e gli effetti di un'autonoma statuizione.

Alcuni privati convennero al Tribunale ordinario un'amministrazione comunale chiedendo la declaratoria di nullità (o, in subordine, di risoluzione) della convenzione con cui cinque anni addietro essi avevano ceduto volontariamente, salvo conguaglio, un terreno di circa sette ettari interessato da procedura espropriativa per interventi di edilizia economica e popolare, chiedendo altresì la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno da occupazione appropriativa.

Il Tribunale condannò il Comune a corrispondere un conguaglio dell'indennità di esproprio, oltre interessi e indennità d'occupazione.

La sentenza era appellata dal Comune in via principale e, incidentalmente, dai privati.

La Corte territoriale - in accoglimento di entrambi gli appelli, per quanto di ragione - rideterminava il conguaglio per le indennità espropriative spettanti.

La controversia approda in Cassazione, su ricorso dei privati, al quale resiste con controricorso e ricorso incidentale l'Amministrazione.

Il Giudice di legittimità accoglie il primo motivo del ricorso principale, respingendo gli altri, al pari dell'incidentale.

Nel mezzo accolto - che assorbe alcune doglianze poi trasposte negli altri - i ricorrenti gravano la sentenza di merito per violazione e falsa applicazione dei principi generali di legge in materia d'indennità di espropriazione e occupazione temporanea; dell'art. 1, prot. 1 add. CEDU; dell'art. 5-bis D.L. n. 333/1992 (conv. in L. n. 359/1992); dell'art. 834 c.c.; degli artt. 39 e 40 L. n. 2359/1865; violazione degli artt. 24, 25, 42, 102, 111 e 117 Cost.

Segnatamente, essi censurano la sentenza impugnata per aver determinato le indennità di esproprio e occupazione mediante il criterio *riduttivo* della semisomma, ritenuto illegittimo dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo e financo dichiarato incostituzionale.

Osserva la Corte che le norme di determinazione riduttiva dell'indennità di esproprio per i suoli edificabili (di cui agli artt. 37, commi 1 e 2 del D.P.R. n. 327/001; e all'art. 5-*bis* D.L. n. 333/1992) sono state oggetto di declaratoria di incostituzionalità con sentenza Corte cost. n. 348/2007 nella parte in cui stabiliscono un criterio di calcolo dell'indennità di esproprio che non è in ragionevole legame con il valore di mercato dell'immobile espropriato, per contrasto con l'art. 117 Cost.

Tale norma condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, fra i quali rientrano quelli derivanti dalla CEDU le cui norme, così come interpretate dalla Corte Europea, sono fonte integratrice del parametro di costituzionalità.

Per effetto di questa declaratoria, i richiamati criteri riduttivi non possono più trovare applicazione - ex art. 136 Cost. e art. 30, comma 3, L. n. 87/1953 - dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, con riferimento ad ogni situazione ancora pendente in materia espropriativa. Né può ritenersi che sul criterio di stima sia maturato il giudicato, dato che il bene della vita alla cui attribuzione tende l'espropriato è l'indennità, liquidata nella misura di legge, non già il criterio legale, così che l'impugnazione del credito indennitario rimette in discussione proprio il criterio legale utilizzato dalla sentenza determinativa dell'indennità, ed il relativo capo, fondandosi sulla premessa dell'applicabilità dell'art. 5-*bis*, non è suscettibile, venuta meno tale premessa, di conservare la natura e gli effetti di un'autonoma statuizione (Cass. n. 22409/2008; n. 5400/2014 e, in tema di conguaglio dell'indennità, Cass. n. 330/2008).

Riguardo alla disciplina applicabile, conclude la Cassazione, i criteri previsti dall'art. 2, comma 89, L. n. 244/2007, si applicano alle sole procedure espropriative soggette al predetto T.U. n. 327/01, cioè a quelle in cui la dichiarazione di p.u. sia intervenuta dopo la sua entrata in vigore (30 giugno 2003), secondo le previsioni dell'art. 57 T.U. cit. - mentre nelle procedure soggette al regime pregresso rivive l'art. 39 della L. n. 2359/1865 e va così fatto riferimento al valore di mercato, atteso che la norma intertemporale di cui all'art. 2, comma 90, L. n. 244/2007, prevede la retroattività della nuova disciplina di determinazione dell'indennità espropriativa solo per i "procedimenti" amministrativi di espropriazione in corso, e non anche per i giudizi (Cass. n. 11480/2008; n. 14939/2010; n. 6798/2013). Non sussiste, per l'effetto, il problema della decurtabilità del 25% del valore venale, che vale solo per i soli procedimenti espropriativi e non nei giudizi in corso (Cass. n. 28431/2008).

DETERMINAZIONE DELL'INDENNITÀ DI ESPROPRIO PER TERRENI EDIFICABILI E NON EDIFICABILI, SPECIE CON RIGUARDO ALLE FASCE DI RISPETTO STRADALE

Cassazione civile, sez. I, 16 maggio 2014, n. 10784 - Pres. Vitroni - Rel. Benini

È illegittima la determinazione di un indennizzo espropriativo per terreni edificabili con il criterio della semisomma, già dichiarato incostituzionale con la sentenza Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348.

L'alternativa edificabile-agricolo (o meglio: edificabile - non edificabile), imposta dal comma 3 dell'art. 5-*bis*, rimasto indenne dalla dichiarazione d'incostituzionalità di cui a Corte cost. n. 348/2007, condiziona la determinazione dell'indennizzo perché il valore di mercato dei suoli è comunque diverso a seconda che se ne prospetti, o no, uno sfruttamento edilizio.

Una Parrocchia convenne avanti la Corte d'appello un Comune opponendosi alla stima espropriativa e chiedendo la determinazione delle indennità di occupazione e di esproprio per un terreno di sua proprietà, assoggettato a procedura espropriativa per l'attuazione di un piano di edilizia economica e popolare. La Corte rigettava la domanda in ragione della mancata prova della proprietà del bene, qui individuata dalla dichiarazione ICI.

La Cassazione, con sentenza n. 3805/2005, annullò la sentenza per quanto di ragione.

Con atto di citazione in riassunzione la Parrocchia convenne nuovamente il Comune avanti la Corte d'appello per il giudizio di rinvio, riproponendo l'iniziale domanda.

Si costituiva in giudizio l'amministrazione comunale, chiedendone il rigetto.

La Corte territoriale, ritenuto il carattere edificabile di parte dei terreni (per effetto dell'inclusione degli stessi nel PEEP alla data dell'esproprio) e il carattere agricolo per la restante estensione, determinava le indennità per l'espropriazione e per l'occupazione, oltre interessi sulle somme rivalutate.

La Parrocchia ricorre nuovamente per Cassazione.

Resiste il Comune, con controricorso, proponendo a propria volta un ricorso incidentale.

La Suprema Corte - nel coacervo delle censure - accoglie il secondo e il terzo motivo del ricorso principale e il primo motivo del ricorso incidentale, con assorbimento del primo, del quinto e del sesto mezzo del ricorso principale, nonché del secondo e del terzo contenuti nell'incidentale, rigettando il solo quarto motivo del ricorso principale.

In particolare, con riguardo al terzo motivo del ricorso principale, la Corte condivide la censura contro la sentenza gravata, per avere essa indennizzato la parte di terreni ritenuti edificabili con il criterio della semisomma, già dichiarato incostituzionale al momento della decisione. Questo motivo assorbe i motivi primo e quinto, con i quali si censura la sentenza per aver indennizzato solo a valore venale solo una parte del compendio espropriato, anziché l'intero, comprensivo dell'estensione in zona rurale, secondo le indicazioni della sentenza Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348.

Con il secondo motivo di ricorso, la Parrocchia censura la sentenza impugnata perché, dopo aver accertato che tutta l'area espropriata era stata ricompresa nel PEEP alla data del decreto di esproprio (anno 1996) inopinatamente ne esclude una parte indennizzata all'esiguo valore agricolo, perché ritenuta in zona rurale in base a un programma di fabbricazione superato da una variante urbanistica a seguito dell'approvazione del PEEP di cui è causa, in vigore dal 1990.

La Cassazione evidenzia la pregiudizialità di alcune questioni processuali: anzitutto del fatto che la sentenza è l'esito di un giudizio di rinvio. La riferibilità al criterio del valore venale, già applicabile all'epoca della prima decisione gravata resa dalla Corte d'appello nel 2007 (successiva a Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 5-*bis* D.L. n. 333/1992), non toglie che la qualificazione del terreno occupato rimanga presupposto

imprescindibile per la determinazione del suo valore. L'alternativa edificabile-agricolo (o meglio: edificabile-non edificabile), imposta dal comma 3 dell'art. 5-bis rimasto indenne dalla dichiarazione d'incostituzionalità, condiziona la determinazione dell'indennizzo perché il valore di mercato dei suoli è comunque diverso a seconda che se ne prospetti, o no, uno sfruttamento edilizio.

Nel primo motivo incidentale il Comune denuncia la violazione e falsa applicazione delle norme di determinazione dell'indennità espropriativa in tema di aree ricadenti in fascia di rispetto stradale, censurando la sentenza impugnata per aver affermato l'assenza di vincoli o limitazioni a carattere sovra-comunale trascurando che, della parte ritenuta

edificabile dei suoli espropriati, l'estensione di mq. 1.000 era invero del tutto inedificabile, ricadendo in fascia vincolata di rispetto stradale. Il mezzo assorbe le censure contenute nel secondo e nel terzo motivo: sotto tale profilo, la Cassazione ritiene fondata la censura determinando essa una minore indennità. In ragione di ciò, la sentenza è cassata con rinvio la sentenza gravata per la determinazione di una diversa sezione di Corte d'appello che - accertando la natura delle aree espropriate in relazione all'approvazione del PEEP, anche con riguardo alla possibile esistenza di vincoli di inedificabilità assoluta - determinerà le indennità espropriative, con le prestazioni ad esse accessorie, provvedendo anche sulle spese di questo giudizio.

ON-LINE

Il Quotidiano Giuridico

Servizio on line di informazione in materia di diritto civile, penale e amministrativo



Seguici su Twitter @QGiuiridico



Il Quotidiano Giuridico è un quotidiano di informazione giuridica on line – **fruibile da PC, tablet e smartphone (oltre che stampabile in formato PDF)** – pensato per supportare l'attività quotidiana di avvocati, notai, magistrati e legali d'azienda con l'aggiornamento quotidiano e autorevole sulle novità normative e con l'analisi e l'approfondimento di casi giurisprudenziali per orientare nella scelta delle soluzioni.

I CONTENUTI:

I contenuti sono organizzati nelle tre grandi aree tematiche del diritto: **Civile, Penale ed Amministrativo.**

In questi ambiti, il Quotidiano Giuridico **garantisce un'informazione completa, approfondita, autorevole e tempestiva** curata dalla Redazione interna e da un "pool" di oltre 80 Autori scelti tra i migliori del panorama giuridico professionale e accademico. L'informazione del nuovo Quotidiano Giuridico ha un taglio fortemente operativo finalizzato ad offrire soluzioni applicabili nella pratica quotidiana.

I Commenti: analisi ragionate e spunti di riflessione sulle tematiche più rilevanti o di attualità nel panorama giuridico

Il punto su ...: contributi degli esperti sulle questioni più controverse

Gli Osservatori: le decisioni della Corte costituzionale, della Corte di Giustizia UE

e della Corte europea dei diritti umani spiegate dagli esperti.

La Gazzetta Ufficiale

LA NEWSLETTER

La newsletter permette di avere subito il quadro delle novità leggendo la sintesi dell'articolo pubblicato per esteso sul Quotidiano.

IL QUOTIDIANO STAMPABILE

L'edizione quotidiana in formato PDF, così come tutti i numeri arretrati, sono velocemente stampabili per una lettura off-line o per essere archiviati.

L'APP

Scarica l'App de "Il Quotidiano Giuridico" per ricevere su tablet e smartphone le news in materia di diritto civile, penale e amministrativo commentate dalle firme più autorevoli e prestigiose del mondo accademico e professionale.

Abbonamento annuale: € 199,00 + IVA

Puoi provarlo **gratuitamente** (www.quotidianogiuridico.it) per un mese per consultare tutti gli approfondimenti e scaricare le sentenze di tuo interesse!

Per informazioni e acquisti
<http://shop.wki.it>

Gara

Sulla dichiarazione ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 fatta "collettivamente ed impersonalmente"

CONSIGLIO DI STATO, sez. III, ord. 29 aprile 2014, n. 2214 – Pres. Lignani – Est. D'Alessio - Accenture s.p.a. ed altro c. Wolters Kluwer Italia s.r.l. ed altri, Ministero dell'Interno

Va rimessa all'Adunanza Plenaria la questione se uno solo dei rappresentanti legali dell'impresa concorrente possa dichiarare l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 anche in capo agli altri rappresentanti, senza che questi ultimi siano nominativamente indicati.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	T.A.R. Brescia, 22 aprile 2014, n. 407; T.A.R. Valle d'Aosta, 17 novembre 2010, n. 69
Difforme	Cons. Stato, sez. III, 1° luglio 2013, n. 3544; Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6053; Id., 27 giugno 2011, n. 3862

Diritto

12. La Sezione non ritiene invece condivisibili le conclusioni raggiunte dal TAR sulla ulteriore questione riguardante la mancata indicazione analitica, da parte del rappresentante dell'impresa, di tutti gli altri soggetti che nell'impresa hanno poteri di rappresentanza o di direzione e per i quali (con una formula generica ma omnicomprensiva) viene resa dal rappresentante dell'impresa la dichiarazione sul possesso dei requisiti morali per la partecipazione alla gara.

13. Nella fattispecie, come si è già accennato, i rappresentanti delle due imprese facenti parte del costituendo RTI risultato aggiudicatario hanno ciascuno presentato una dichiarazione sul possesso dei requisiti di moralità richiesti dal bando, ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti, che non conteneva l'indicazione nominativa delle persone fisiche per i quali la stessa era stata resa e ciò ha indotto il TAR a dichiarare l'illegittimità dell'aggiudicazione della gara nonostante il costituendo RTI avesse presentato un'offerta ritenuta dall'apposita Commissione migliore sia sotto il profilo della qualità sia per il profilo economico.

14. Come ha evidenziato anche il TAR nella sua decisione, peraltro, il bando e il disciplinare di gara non richiedevano la presentazione di tante dichiarazioni quanti fossero i soggetti legali rappresentati delle imprese partecipanti né la loro indicazione nominativa nella dichiarazione riguardante il rispetto dei requisiti di moralità previsti dall'art. 38 del codice dei contratti. Nem-

meno la *lex specialis* di gara prevedeva che dovessero essere elencati analiticamente (nella dichiarazione) tutti i requisiti generali di partecipazione dettati dall'art. 38 del codice dei contratti.

Omissis.

15.1. Come evidenziato nell'appello, le società Accenture e Accenture Technology Solutions hanno, in particolare, dichiarato che, con riferimento all'impresa che chiedeva di partecipare alla procedura di gara "non sussiste alcuna delle cause di esclusione dalla partecipazione alla gara, ai sensi dell'art. 38 D.Lgs. 163/2006" e che, sebbene già implicito in tale omnicomprensiva dichiarazione, "non sussistono a carico di coloro i quali rivestono la legale rappresentanza dell'impresa, condanne irrogate con sentenze passate in giudicato o con sentenze di applicazione della pena a richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per qualsiasi reato che incida sulla moralità professionale o per delitti finanziari", con riferimento alla causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163 del 2006 per la quale il Disciplinare di gara aveva "ad abundantiam" richiesto la dichiarazione.

16. In conseguenza, la stazione appaltante ha ammesso l'offerta del costituendo RTI Accenture (e di numerose altre offerte presentate in modo analogo dai partecipanti alla gara) ed ha poi richiesto la dimostrazione del possesso dei requisiti dichiarati.

17. Ed è utile precisare che non è in discussione, nella fattispecie, l'effettivo possesso, da parte di tutti i rappre-

sentanti legali delle due società facenti parte del costituendo RTI risultato aggiudicatario (Accenture e Accenture Technology Solutions) dei requisiti per la partecipazione alle gare pubbliche. Peraltro, come ammesso anche in udienza dallo stesso RTI Wolkers, tali requisiti risultano pacificamente posseduti dalle due imprese.

Inoltre non è contestato che il dr. P. e l'ing. T., che hanno sottoscritto le dichiarazioni, erano legittimati ad agire anche per conto degli altri legali rappresentanti delle società per i quali dovevano sussistere i requisiti di moralità.

18. In tale quadro, questa Sezione ritiene di non poter condividere le conclusioni raggiunte dal giudice di primo grado, secondo cui la mancata elencazione, nelle dichiarazioni presentate dai rappresentanti legali delle due società Accenture e Accenture Technology Solutions, dei nominativi di tutti gli altri soggetti muniti di poteri di rappresentanza, doveva determinare l'esclusione dalla gara del costituendo RTI risultato aggiudicatario, per l'insufficienza delle due dichiarazioni, non in grado di garantire (sin dalla domanda di partecipazione) l'idoneità morale di tutti i soggetti che nelle due società dovevano dimostrare il possesso di tali requisiti.

E ciò sebbene tali conclusioni costituiscano applicazione di un principio affermato dalla prevalente giurisprudenza in materia (Cons. Stato, sez. IV, n. 6053 del 16 novembre 2011; n. 3862 del 27 giugno 2011, sez. V, n. 7578 del 20 ottobre 2010).

18.1. Si è, infatti, affermato che la mancata dichiarazione sul possesso dei requisiti di moralità, anche di uno solo dei rappresentanti legali di una impresa equivale alla mancata prova dell'esistenza degli stessi requisiti, con violazione del regime documentale stabilito dalla norma in questione, che potrebbe determinare, attraverso la partecipazione di imprese non legittimate e che non assumono la dovuta responsabilità sui contenuti della dichiarazione, l'alterazione del regolare svolgimento delle gare.

18.2. Si è anche aggiunto che la mancata tempestiva e completa comunicazione non consentirebbe all'Amministrazione di essere resa edotta tempestivamente di possibili cause di esclusione, con inutile aggravio di attività amministrativa.

Con il corollario che non può essere ammessa alcuna regolarizzazione ovvero chiarimento postumo, perché, in tal caso si consentirebbe, in violazione della *par condicio*, non già una precisazione contenutistica, quanto, piuttosto, una vera e propria nuova produzione documentale, oltre i termini perentori fissati dalla legge di gara.

19. Ritiene la Sezione che la questione possa avere invece una diversa soluzione.

19.1. Al riguardo, si deve partire con il ricordare che, con riferimento alla dimostrazione del possesso dei requisiti generali di partecipazione alle gare, il codice dei contratti pubblici, tra la possibile soluzione della presentazione immediata in sede di offerta, da parte di tutti i concorrenti, di tutta la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di ordine generale, e la soluzione

della verifica successiva del possesso dei requisiti del solo aggiudicatario, ha scelto una soluzione intermedia che si basa sulla presentazione di una dichiarazione di tutti i concorrenti, in sede di presentazione dell'offerta, sostitutiva della documentazione (art. 38, comma 2 del codice dei contratti) e sulla verifica successiva sul possesso dei requisiti (e quindi sulla veridicità dell'autodichiarazione) da parte della stazione appaltante nei confronti dell'aggiudicatario (art. 11 comma 8 del codice) nonché degli altri soggetti previsti.

19.2. In tal modo possono partecipare alle gare imprese per le quali i requisiti generali sono agevolmente attestati con una dichiarazione, resa sotto la responsabilità personale del dichiarante, fatta salva la successiva verifica documentale effettuata nei confronti (in particolare) dell'aggiudicatario.

Se, nel corso di tale verifica, emerge che l'aggiudicatario non è in possesso di uno dei requisiti richiesti, la stazione appaltante procede alla sua esclusione dalla gara (e, se del caso, allo scorrimento della graduatoria), e all'applicazione delle conseguenti sanzioni.

20. Per quanto riguarda, in particolare, il possesso dei requisiti di moralità, richiesti dall'art. 38 del codice dei contratti, la giurisprudenza ha poi chiarito che le relative disposizioni, nel prevedere la necessaria presentazione della dichiarazione attestante tale requisito, intendono assumere come destinatari tutti i soggetti persone fisiche dotati di poteri decisionali e di rappresentanza della stessa o che tali poteri hanno avuto nell'anno precedente (e prima nel triennio precedente).

20.1. La giurisprudenza ha, inoltre, cercato di chiarire quali sono i soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive, in relazione alle funzioni esercitate, ed ha ritenuto, come si è già prima ricordato, che la dichiarazione possa essere resa dal legale rappresentante dell'impresa che ha presentato la domanda di partecipazione alla gara per conto anche degli altri soggetti che devono possedere tali requisiti (Cons. Stato, sez. IV, n. 6053 del 16 novembre 2011).

21. Ritiene la Sezione che, una volta che è stato ammesso che la dichiarazione possa essere fatta da un unico rappresentante, anche per conto degli altri soggetti dell'impresa che devono possedere tali requisiti, non sia necessaria (anche) l'indicazione nominativa di tutti i soggetti per i quali il possesso dei requisiti di moralità è stato dichiarato mentre possa ritenersi sufficiente una indicazione comunque comprensiva, per la formula utilizzata, di tutti i rappresentati legali dell'impresa anche non indicati nominativamente. Fermo restando che, quando l'Amministrazione fa richiesta di comprovare l'effettivo possesso di tutti i requisiti autodichiarati (e quindi anche i requisiti di moralità di tutti i dirigenti e i legali rappresentanti dell'impresa), l'impresa medesima è tenuta a dimostrare che per tutti i soggetti interessati (peraltro individuabili anche attraverso la visura camerale) non vi sono cause di esclusione per la mancanza dei requisiti morali.

22. Tale interpretazione non sembra in contrasto con l'attuale formulazione della disposizione di legge il cui scopo è quello di garantire la partecipazione alle gare e

la loro aggiudicazione in favore di soggetti ritenuti idonei (anche) moralmente.

Per conseguire tale fine è consentito all'impresa di autodichiarare, attraverso il rappresentante legale che presenta la domanda di partecipazione alla gara, di avere tutti i requisiti per poter partecipare alla gara. Ed è poi previsto che l'amministrazione verifichi successivamente (e comunque prima che sia efficace l'aggiudicazione definitiva) l'effettivo possesso dei requisiti richiesti e quindi la veridicità della dichiarazione resa.

22.1. Quel che rileva è che chi fa domanda dichiarare, secondo quanto previsto dalla legge, che l'impresa ha il possesso di tutti i requisiti generali di cui all'art. 38, ovvero che non sussistono nell'impresa (e nei suoi rappresentanti) le cause di esclusione di cui all'art. 38. E rileva poi che chi ha fatto la dichiarazione si assuma ogni responsabilità sulla veridicità della stessa (a prescindere dalla analitica indicazione dei soggetti per i quali la stessa è resa e dalla analitica indicazione dei diversi requisiti elencati nell'art. 38).

22.2. Ma quello che è veramente rilevante è che l'impresa sia effettivamente in possesso di tutti i suddetti requisiti e che i requisiti morali siano posseduti da tutti i soggetti dotati di poteri di rappresentanza e di direzione dell'impresa, come richiesto dalla legge.

22.3. Del resto, anche nella fattispecie in esame, chi ha fatto la dichiarazione lo ha fatto comunque per tutti i rappresentanti dell'impresa, anche se non li ha indicati nominativamente, assumendo ogni responsabilità sulla veridicità della stessa.

23. Tale soluzione non appare quindi in contrasto con l'art. 38 del codice degli appalti che richiede il possesso dei requisiti di moralità (e degli altri requisiti necessari) ai fini dell'aggiudicazione della gara e dell'esecuzione dell'appalto (art. 38, comma 1) e risulta coerente con la volontà del legislatore di consentire l'autodichiarazione (anche da parte di un unico soggetto per conto di ciascuna impresa partecipante) sul possesso di tutti i requisiti di partecipazione (art. 38, comma 2).

24. Quanto all'obiezione che in tal modo l'Amministrazione non sarebbe resa edotta tempestivamente di possibili cause di esclusione, con inutile aggravio di attività amministrativa, tale rischio, pur possibile, appare residuale ed è certamente un rischio minore rispetto a quello che è normalmente determinato dal moltiplicarsi di giudizi basati su questioni meramente formali riguardanti la concreta applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 38 del codice dei contratti.

25. Né la soluzione prospettata appare in contrasto con l'art. 47 del D.P.R. n. 445 del 2000 che non richiede espressamente l'indicazione nominativa di tutti i soggetti per i quali la dichiarazione è resa.

Si può ammettere che le dichiarazioni di cui all'art. 47, comma 2, non siano valide se riferite a una pluralità indeterminata di soggetti o comunque a persone non identificate e non univocamente identificabili.

Altro è però il caso in cui la dichiarazione venga fatta cumulativamente per una pluralità di soggetti i quali, ancorché non indicati nominativamente, siano facilmente ed univocamente identificabili, in quanto sono

tutti coloro che si trovano in una relazione qualificata e tipica con una determinata impresa o società.

D'altro canto, ciò che alla stazione appaltante interessa conoscere non sono le vicende personali di questo o quel soggetto fisico, ma solo l'inesistenza di cause ostative a carico dell'impresa. Sotto questo profilo, l'atto con il quale il dichiarante attesti, sotto la sua responsabilità, che non sussistono cause ostative a carico dell'impresa - *id est* a carico di tutti coloro che occupano o hanno occupato le posizioni qualificate indicate dalla norma - appare sufficiente. Salvo, s'intende, il diritto dell'ente, ove lo ritenga, di chiedere notizie più dettagliate avvalendosi dell'art. 46 del codice dei contratti; e salvo il potere-dovere di effettuare le verifiche di rito e di applicare le conseguenti sanzioni.

Un approccio non formalistico a questi problemi sembra coerente anche con lo spirito e la finalità della legge n. 241/1990 e delle disposizioni correlate in tema di semplificazione dei procedimenti e della documentazione amministrativa. Lo scopo del legislatore sarebbe tradito se l'opportunità di sostituire le certificazioni con autodichiarazioni si risolvesse, paradossalmente, in una insidia per i cittadini che se avvalgono.

26. La Sezione ritiene quindi di investire della questione l'Adunanza Plenaria affinché possa affermare il principio secondo il quale è possibile che un solo rappresentante legale dell'impresa possa autodichiarare che tutti i soggetti che occupano (o se del caso hanno occupato) nell'impresa le posizioni qualificate previste dalla norma sono in possesso dei requisiti morali prescritti (o, se si preferisce, non si trovano in condizioni ostative) e che tale dichiarazione, come nella fattispecie esaminata, possa essere presentata anche con una formula inclusiva di tutti i soggetti dell'impresa, pur senza una loro elencazione nominativa. E fatta salva, ovviamente, la successiva necessità di dimostrare l'effettivo possesso di tutti i requisiti generali richiesti dall'art. 38 ed autodichiarati (anche con formula generica ma omnicomprendente).

27. Tale soluzione più sostanzialistica appare inoltre più coerente con la recente nuova direttiva in materia di appalti n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 che, proprio nell'ottica di una generale semplificazione del sistema, ha previsto la presentazione di un unico documento per la partecipazione alle gare, consistente in una unica autodichiarazione come prova documentale preliminare del possesso dei requisiti necessari per la partecipazione di una impresa ad una gara.

Omissis.

30. Si deve aggiungere che un'interpretazione più sostanzialistica della disposizione sull'autodichiarazione contenuta nell'art. 38, comma 2, del codice dei contratti, non risulta in contrasto nemmeno con le disposizioni sul soccorso istruttorio dettate dal comma 1-bis dell'art. 46 del codice, secondo cui "nei limiti previsti dagli artt. da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati" ed è coerente con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, introdotto dall'art. 4,

comma 2, lett. d), del D.L. n. 70 del 2011, che ha drasticamente ridotto le fattispecie escludenti (fra cui quelle incentrate su vizi meramente formali), e consentito la regolarizzazione di adempimenti non più colpiti dalla sanzione dell'esclusione.

30.1. Anche la recente Adunanza Plenaria n. 9 del 25 febbraio 2014 ha, in proposito, affermato che tale disposizione "è chiaramente ispirata ai principi di massima partecipazione alle gare e del divieto di aggravio del procedimento e mira a correggere quelle soluzioni, diffuse nella prassi (amministrativa e forense), che sfociavano in esclusioni anche per violazioni puramente formali".

30.2. L'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014 ha anche affermato che "la cogenza delle cause legali di esclusione rivela il carattere non solo formale del principio di tassatività - ovvero il suo atteggiarsi a enunciato esplicito della medesima causa di esclusione - ma anche e soprattutto la sua indole sostanziale". La riforma del 2011, infatti, "ha inteso selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco, a quel punto imponendole, del tutto logicamente, come inderogabili non solo al concorrente ma anche alla stazione appaltante".

30.3. L'Adunanza Plenaria ha poi aggiunto che "il legislatore ha così inteso effettuare direttamente il bilanciamento tra l'interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, da un lato, e quello alla speditezza dell'azione amministrativa ed alla parità di trattamento, dall'altro, mettendo l'accento sui primi a scapito dei secondi ma salvaguardando una serie predefinita di interessi, selezionati *ex ante*, perché rite-

nuti meritevoli di una maggior protezione rispetto ad altri, in guisa da sottrarli alla discrezionalità abrogatrice della stazione appaltante".

31. Ritiene, in conclusione, la Sezione che l'Adunanza Plenaria possa ridurre i motivi di grave incertezza che investono, sul punto, sia le stazioni appaltanti sia le imprese che partecipano alle gare pubbliche sia la stessa giurisprudenza, oscillante fra posizioni più formali e posizioni più sostanziali, affermando il principio che non sia necessaria una indicazione nominativa nell'autodichiarazione presentata dal rappresentante legale dell'impresa di tutti i soggetti per i quali deve essere dimostrato il possesso dei requisiti morali.

Le conseguenze di tale indirizzo sarebbero queste:

(a) nei rapporti fra l'ente appaltante e il singolo concorrente, sarebbe causa di esclusione solo l'accertata esistenza di cause ostative; ad essa si potrebbe equiparare la radicale assenza di una dichiarazione, pur generica, dell'inesistenza delle cause ostative; altrimenti, ove l'ente appaltante ritenesse necessario disporre di informazioni più dettagliate, dovrebbe avvalersi dello strumento di cui all'art. 46, comma 1, del codice dei contratti;

(b) il ricorso di altri concorrenti contro l'ammissione dell'aggiudicatario (e conseguentemente contro l'aggiudicazione) sarebbe ammesso solo in quanto si deduca positivamente l'esistenza delle cause ostative; in caso contrario, l'incompletezza delle dichiarazioni ovvero delle indagini spettanti all'amministrazione non potrebbe essere dedotta come motivo di annullamento dell'ammissione dell'aggiudicatario e dell'aggiudicazione in suo favore.

IL COMMENTO

di Paolo Patrito

L'Autore, prendendo spunto dall'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria, relativa alle modalità di dichiarazione del possesso dei requisiti di ordine generale, si sofferma sulla contrapposizione tra formalismo e sostanzialismo nelle procedure di gara, evidenziando che, nonostante taluni elementi di segno contrario nella più recente legislazione europea, il legislatore nazionale ha imboccato, almeno in relazione alla dichiarazione del possesso dei requisiti di partecipazione, la strada del sostanzialismo, come risulta dal comma 2-bis dell'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, introdotto dal recente D.L. n. 90/2014 che pure presta il fianco ad alcune critiche.

Il caso di specie

L'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, in tema di requisiti di ordine generale e dichiarazione del relativo pos-

sesso, si conferma tra le disposizioni più foriere di contenzioso nell'ambito degli appalti pubblici (1): si discute, o si è discusso, ad esempio, su chi sia te-

(1) A commento della disposizione, v. G. Bergonzini, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 229 ss.; S. Baccarini (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, sub art. 38, Milano, 2011, 448 ss.; G. Pesce, *Requisiti di*

partecipazione, accesso alle gare pubbliche e riflessi sulla tutela della concorrenza tra le imprese (artt. 34-52), in M. Clarich, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2011; R. Greco, *I requisiti di ordine generale*, in M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. II, *L'organizzazione, La programmazione, I soggetti ammessi*

nuto a rendere le dichiarazioni *ivi* previste (2); su che cosa debba essere dichiarato (3); sul modo in

cui debbano essere rese, o “trasmesse”, le dichiarazioni (4).

alle procedure di affidamento, Milano, 2008, 1267; L. Ponzzone, *Requisiti di ordine generale e di idoneità professionale*, in F. Saitta (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, 231; F. Ventura, *sub art. 38*, in A. Carullo, G. Iudica (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2009, 376; L. Lombardi, *La disciplina dei requisiti di ordine generale nel Codice De Lise*, in questa *Rivista*, 2007, 23; E. Carloni, *La moralità professionale negli appalti di servizi e di lavori pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 851; P. Cortese, *Il requisito della moralità negli appalti pubblici*, in questa *Rivista*, 2003, 1051. Il punto di vista del penalista è espresso da D. Provolo, *Note in tema di requisiti "penalistici" per la partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici (art. 38 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163)*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Economia*, 2007, 657. Infine, a commento della normativa comunitaria (direttiva 2004/18/Ce), v. R. Greco, *Le cause soggettive di esclusione*, in R. Garofoli, M. A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 575.

(2) E così, Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 10, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 1091, ha ritenuto, a composizione di un contrasto sorto in giurisprudenza, che “sussiste in capo al cessionario di azienda l'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 2, lett. c), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la cedente nell'ultimo triennio (ora, nell'ultimo anno) anteriore alla data di indizione del bando, salva la possibilità per il cessionario di comprovare l'esistenza, nel caso concreto, di una completa cesura tra vecchia e nuova gestione, tale da escludere la rilevanza della condotta dei precedenti amministratori e direttori tecnici operanti nell'ultimo triennio e, ora, nell'ultimo anno, presso il complesso aziendale ceduto, con l'ulteriore precisazione - tenuto anche conto della non univocità delle norme circa l'onere del cessionario - che in caso di mancata presentazione della dichiarazione, e sempre che il bando non contenga al riguardo una espressa comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione”. Cons. Stato, Ad. Plen., 7 giugno 2012, n. 21, *ibid.*, 1523, ha esteso il suddetto principio di diritto all'ipotesi della fusione o incorporazione societaria, affermando che “nel contesto di oscillazioni della giurisprudenza e di conseguente incertezza delle stazioni appaltanti, fino all'Adunanza Plenaria 4 maggio 2012, n. 10 e all'Adunanza Plenaria odierna, i concorrenti che omettono la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, relativamente agli amministratori delle società partecipanti al procedimento di fusione o incorporazione, possono essere esclusi dalle gare - in relazione alle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), fino alla data di pubblicazione della presente decisione - solo se il bando esplicita tale onere di dichiarazione e la conseguente causa di esclusione; in caso contrario, l'esclusione può essere disposta solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali”. Cons. Stato, Ad. Plen., 16 ottobre 2013, n. 23, in *Giur. It.*, 2014, 1186, con nota di C. Contessa, *La tipicità delle clausole escludenti negli appalti: la Plenaria alla ricerca di equilibri*, ha risolto il dubbio se dovesse presentare la dichiarazione *ex art. 38*, D.Lgs. n. 163/2006 solamente “gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica” (art. 38, cit.), oppure anche i procuratori ed institori. L'Adunanza Plenaria, premessa la non perspicuità della disposizione, ha ritenuto che debbano rendere la dichiarazione in parola anche i “procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a

quelli che lo statuto assegna agli amministratori”, senza che tale interpretazione si ponga in contrasto con l'art. 45 della direttiva 2004/18/Ce, che, «facendo riferimento [...] a “qualsiasi persona” che “eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo” dell'impresa, sembra mirare, conformemente del resto all'orientamento generale del diritto dell'Unione, ad una interpretazione sostanzialista della figura». Da ultimo, la decisione in esame precisa che “stante la non univocità della norma circa l'onere dichiarativo dell'impresa nelle ipotesi in esame (cui va aggiunta, per il passato, l'incertezza degli indirizzi giurisprudenziali) deve intendersi che, qualora la *lex specialis* non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione *ex art. 38 cit.*, ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione”. Cons. Stato, Ad. Plen., 6 novembre 2013, n. 24, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 2942, ha precisato che «l'espressione “socio di maggioranza” in caso di società con meno di quattro soci e costituite in forma diversa dalla società in nome collettivo e da quella in accomandita semplice, di cui alle lett. b) e c) dell'art. 38, comma 1, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e alla lett. m-ter) del medesimo comma, si intende riferita, oltre che al socio titolare di più del 50% del capitale sociale, anche ai due soci titolari ciascuno del 50% del capitale o, se i soci sono tre, al socio titolare del 50%».

(3) Non è ancora chiaro, ad esempio, se il candidato possa valutare autonomamente la gravità del reato e, in caso contrario, non dichiararlo, salvo, beninteso, il successivo vaglio da parte dell'Amministrazione e salvo che la *lex specialis* non imponga la dichiarazione di tutte le condanne subite (Cons. Stato, sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9324; *Id.*, 4 agosto 2009, n. 4905); oppure se il concorrente, in caso di dichiarazioni incomplete, ma sussistendo i requisiti, possa avvalersi della teoria del falso innocuo, per cui dovrà essere ammesso alla partecipazione (Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2013, n. 1494); oppure se il concorrente debba dichiarare tutte le condanne subite, non potendo effettuare la valutazione di gravità dei reati, dovendo integralmente *se detegere* e non potendo avvalersi della teoria del falso innocuo (da ultimo, T.A.R. Calabria, Catanzaro, 20 gennaio 2014, n. 124, secondo cui “ragioni di logica inducono a concludere che la tesi del cd. falso innocuo, non può trovare applicazione nelle procedure di evidenza pubblica atteso che il falso è innocuo quando non incide neppure minimamente sugli interessi tutelati, mentre nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni già di per sé costituisce un valore da perseguire perché consente, anche in coerenza con il principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara: pertanto, una dichiarazione inaffidabile, perché falsa o incompleta, è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti o non di partecipare alla procedura competitiva (*ex plurimis* Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2013, n. 3045; Cons. Stato, sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471)”). Sul cd. falso innocuo, v. F. Bertini, *Partecipazione alle gare e pregiudizi dei cessati dalle cariche: punti critici e ipotesi compositive*, in questa *Rivista*, 2011, 1253; E. Zampetti, *Falso innocuo nelle gare per l'affidamento di appalti pubblici*, in *Corr. Merito*, 2011, 889; G. M. Marengi, *Il bando di gara e la certezza delle regole negli appalti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 683; L. Ieva, *Le “falsità” amministrative irrilevanti nelle procedure di gara*, in questa *Rivista*, 2010, 1325.

(4) Oltre al problema di cui all'ordinanza in commento, ad esempio si discute se sia ammissibile o meno la produzione della dichiarazione *ex art. 38*, D.Lgs. n. 163/2006 mediante copia fotostatica (per l'affermativa, v., ad es., T.A.R. Veneto, 19 marzo 2013, n. 422 e T.R.G.A. Trento, 11 giugno 2014, n. 226, seppure in modo più dubitativo (in quanto “nella particolarissi-

Numerosi, poi, sono gli interventi del Legislatore: da ultimo, l'art. 39, D.L. 24 giugno 2014, n. 90, che come si vedrà, incide profondamente sulla disciplina della dichiarazione del possesso dei requisiti (5).

L'ordinanza in commento sottopone all'Adunanza Plenaria una nuova questione, apparentemente di minor rilievo, ma tale da involgere questioni di notevole importanza. Si tratta, in particolare, della legittimità o meno dell'ammissione ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi di un'impresa il cui legale rappresentante aveva autocertificato il possesso dei requisiti prescritti dall'art. 38, cit., in modo generico, nel senso che egli aveva presentato un'unica dichiarazione, concernente l'assenza delle cause di esclusione in capo a sé e a tutti gli altri soggetti muniti del potere di rappresentanza, priva, però, dell'indicazione analitica e nominativa di costoro (6).

Il TAR, sulla base di precedenti conformi del Consiglio di Stato (7), ritiene che l'impresa avrebbe dovuto essere esclusa: la dichiarazione, per la sua genericità, non è conforme al disposto dell'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, a nulla rilevando l'effettiva sussistenza dei requisiti. In particolare, a giudizio del Tribunale, se è vero che le cause di esclusione attengono al ricorrere in concreto dei casi specifi-

camente individuati dalla norma in esame, è altresì vero che dalla legge è imposto l'onere di dichiararne l'insussistenza in sede di gara, in quanto la valida partecipazione presuppone, da un lato, il dato sostanziale del possesso dei requisiti di ordine generale e, dall'altro, la corretta dichiarazione della sussistenza di tali requisiti, con cui le imprese e, per esse i soggetti muniti di poteri di rappresentanza, se ne assumono la responsabilità (8). Per il TAR, dunque, la regolarità delle dichiarazioni, al pari dell'effettiva sussistenza dei requisiti di cui all'art. 38, cit., costituisce elemento indefettibile e risponde ad un'esigenza ritenuta meritevole di tutela: come affermato in giurisprudenza, "la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; conseguentemente una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, è falsa od incompleta (o addirittura [...] mancante), deve ritenersi di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara" (9). Inoltre, per quanto più specificamente concerne la dichiarazione generica, si è

ma vicenda di causa nessuna disposizione della disciplina di gara imponeva di allegare in originale - e a pena di esclusione - le dichiarazioni rese dalle imprese consorziate ex art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006"; per la negativa, T.A.R. Lombardia, Milano, 7 marzo 2012, n. 728, secondo cui, invece, "non può [...] attribuirsi alcun valore impegnativo ad una copia fotostatica priva della sottoscrizione originale del dichiarante, in assenza di ogni garanzia della sua conformità all'originale", in quanto "l'efficacia probatoria che l'art. 38 del D.P.R. n. 445 del 2000 annette alle dichiarazioni sostitutive nei rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione è sempre subordinata alla sussistenza della sottoscrizione originale del dichiarante, anche nel caso in cui venga prodotta la copia fotostatica della sua carta di identità. La produzione della copia della carta di identità, infatti, costituisce una modalità di autenticazione della firma alternativa all'attestazione del pubblico ufficiale relativa alla identità del suo autore, ma non vale in alcun modo a garantire la conformità all'originale della copia fotostatica della dichiarazione".

(5) Sulla disposizione da ultimo citata, v. *infra*. L'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 è stato modificato dal D.Lgs. n. 113/2007; dalla L. n. 94/2009; dalla L. n. 166/2009; dalla L. n. 106/2011; dalla L. n. 35/2012; dalla L. n. 44/2012; dalla L. n. 134/2012; dalla L. n. 98/2013.

(6) Legittima sarebbe stata la dichiarazione ove fossero stati indicati nominativamente i soggetti dotati di potere di rappresentanza, ai sensi dell'art. 47, D.P.R. n. 445/2000, comma 2, secondo cui "la dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza": in giurisprudenza, v., sul punto, Cons. Stato, sez. III, 5 aprile 2013, n. 1894. È poi irrilevante l'apposizione alla dichiarazione della clausola "per quanto a propria conoscenza", la quale

"non può [...] considerarsi alla stregua di una esclusione di responsabilità del dichiarante, che nel rendere la dichiarazione si assume le conseguenze ad essa riconnesse, ma di un semplice richiamo al dato normativo", ossia all'art. 47, cit. (così, ad es., Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2011, n. 3686; *contra* - ma si tratta di orientamento recessivo -, Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2009, n. 375, che, viceversa, ha ritenuto che "tale puntualizzazione [...] rende del tutto priva di valore e *tamquam non esset* la dichiarazione rilasciata, ponendosi in contrasto con le norme in materia di dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà di cui al D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445 venendo a mancare una vera e propria assunzione di responsabilità insita invece in tale tipo di dichiarazione ed alla base dell'affidamento che è chiamata a riporvi la Amministrazione").

(7) Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6053; Id., 27 giugno 2011, n. 3862, citate dall'ordinanza in commento.

(8) T.A.R. Lazio, Roma, 4 novembre 2013, n. 9376, in *Foro Amm. TAR*, 2013, 3381, p. 11.7.

(9) Così, da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 15 gennaio 2014, n. 123. In generale, sull'autocertificazione, v. M. Bombardelli, *La semplificazione della documentazione amministrativa*, in AA.VV., *La documentazione amministrativa. Certezze, semplificazione e informatizzazione nel D.P.R. 28 dicembre 2000*, n. 445, Rimini, 2002, 169-170; M. Occhiena, *L'autocertificazione*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 728 ss.; M. Gnes, *La decertificazione. Dalle certificazioni amministrative alle dichiarazioni sostitutive. Ambito di applicazione, disciplina e modalità operative*, Rimini, 2014; P. Lazzara, *Autocertificazione*, in S. Cassese, (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, 560 ss.; G. Gardini, *Autocertificazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, *Aggiornamento ***, Torino, 2005, 107 ss.

osservato che la mancata indicazione dei nominativi dei soggetti diversi dal dichiarante riguardo ai quali si attesta l'insussistenza di cause ostative implica anche la mancata assunzione di responsabilità per il caso di non veridicità della dichiarazione, ciò che rappresenta il *proprium* del meccanismo dell'autocertificazione (10). Il Consiglio di Stato, pur propugnando una diversa (rispetto a quella fornita dal giudice di prime cure) risposta al quesito sulla sufficienza o meno della dichiarazione generica, ritiene di dover sottoporre la questione all'Adunanza Plenaria, invocandone la funzione nomofilattica (11). In particolare, il Collegio preferisce la soluzione sostanzialistica, in quanto essa non appare in contrasto con l'art. 38, cit., che richiede il possesso dei requisiti di moralità ai fini dell'aggiudicazione della gara e dell'esecuzione dell'appalto; risulta coerente con la volontà del legislatore di consentire l'autodichiarazione, anche da parte di un unico soggetto per conto di ciascuna impresa partecipante, sul possesso di tutti i requisiti di partecipazione; pare recessivo il rischio che l'Amministrazione non sia immediatamente edotta delle possibili cause di esclusione; non pare esservi contrasto con l'art. 47, D.P.R. n. 445/2000, il quale non richiede espressamente l'indicazione nominativa di tutti i soggetti per i quali la dichiarazione è resa; la soluzione pare conforme anche allo spirito e alla finalità della L. n. 241/1990, in particolare con le disposizioni previste in tema di semplificazione dei procedimenti e della documentazione amministrativa; da ultimo, ed è questo il punto di maggior interesse su cui ci si soffermerà maggiormente, "la soluzione più sostanzialistica appare inoltre più coerente con la recente nuova direttiva in materia di appalti n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 che, proprio nell'ottica di una generale semplificazione del sistema, ha previsto la presentazione di un unico documento per la partecipazione alle gare, consistente in una unica autodichiarazione come prova documentale preliminare del possesso dei requisiti

necessari per la partecipazione di una impresa ad una gara" (12).

L'ordinanza sollecita una decisione che va al di là del caso di specie, come si ricava agevolmente dalle conseguenze che discenderebbero dall'accoglimento della tesi esposta dal Collegio, per il quale "(a) nei rapporti fra l'ente appaltante e il singolo concorrente, sarebbe causa di esclusione solo l'accertata esistenza di cause ostative; ad essa si potrebbe equiparare la radicale assenza di una dichiarazione, pur generica, dell'inesistenza delle cause ostative; altrimenti, ove l'ente appaltante ritenesse necessario disporre di informazioni più dettagliate, dovrebbe avvalersi dello strumento di cui all'art. 46, comma 1, del codice dei contratti; (b) il ricorso di altri concorrenti contro l'ammissione dell'aggiudicatario (e conseguentemente contro l'aggiudicazione) sarebbe ammesso solo in quanto si deduca positivamente l'esistenza delle cause ostative; in caso contrario, l'incompletezza delle dichiarazioni ovvero delle indagini spettanti all'amministrazione non potrebbe essere dedotta come motivo di annullamento dell'ammissione dell'aggiudicatario e dell'aggiudicazione in suo favore" (13).

Forma e sostanza nell'evidenza pubblica

Le diverse posizioni assunte dalla giurisprudenza, sopra brevemente descritte, dipendono dalla circostanza che l'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 costituisce il terreno su cui, fatalmente, si scontrano due diverse concezioni, o *Weltanschauungen*, dell'evidenza pubblica: quella formalista, tradizionale, in quanto risalente alla disciplina della contabilità di Stato, e quella sostanzialista, più recente, in quanto di provenienza comunitaria (14). Le due concezioni sono, poi, funzionali alla tutela di due distinti interessi: nel primo caso, quello dell'Amministrazione alla "minore, o migliore, spesa del denaro pubblico" (15), essendo lo scopo precipuo della normativa quello di impedire gli abusi e la collusione tra

(10) Cons. Stato, sez. III, 1° luglio 2013, n. 3544 e giurisprudenza ivi citata.

(11) Sulla funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria (per il vero "azzoppata", stante la ricorribilità per cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione e spesso superata mercé il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte soprattutto dei TAR), v. S. Oggianu, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011; E. Follieri, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1237; C. Lamberti, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2013, 976.

(12) Così l'ordinanza in commento, p. 27.

(13) Così l'ordinanza in commento, p. 31.

(14) R. Caranta, *Le società semplici escluse dalle gare d'appalto?*, in questa *Rivista*, 2011, 1348. Sulla nozione di forma, v., da ultimo, S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 19 ss.; S. Landini, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, la quale ricorda come il formalismo finisce per negare tutela ad esigenze di giustizia sostanziale e come il sostanzialismo rischia di condurre a "soluzioni disordinate e disordinanti" (271).

(15) Così M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2008, 297; E. Picozza, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*,

i funzionari dell'Amministrazione e gli imprenditori (16); nel secondo caso, la realizzazione di un mercato unico effettivo e della libera concorrenza, a livello europeo, delle imprese (17), cui può derogarsi solamente in ragione del perseguimento di altri interessi parimenti degni di considerazione, quali la tutela dell'ambiente e della coesione sociale (18).

E così, a seconda della "filosofia" cui si acceda, prevarranno, rispettivamente, la necessità del puntiglioso rispetto di tutte le regole formali (previste dalla legge o dal bando di gara a pena di esclusione), la cui violazione non può che condurre all'espulsione dell'impresa dalla procedura, o la necessità di considerare, caso per caso, se alla violazione della regola formale corrisponda un effettivo *vulnus* alla legalità sostanziale.

Spostando il discorso dal punto di vista degli operatori economici, la differenza si coglierebbe nella contrapposizione tra il principio della *par condicio* e quello del *favor participationis*. Nel lessico della giurisprudenza nazionale il secondo, che consiste nella massima apertura della gara alle imprese, corrisponde ad un preciso interesse dell'Amministrazione, in quanto maggiore è la partecipazione, maggiori sono le probabilità che l'offerta sia migliore; il primo, espressione del principio di imparzialità e dell'uguaglianza tra i concorrenti, vuole che le regole di gara debbano essere applicate nello

stesso modo a tutti i partecipanti (19). Il secondo, poi, è recessivo nei confronti del primo, per cui, ad esempio, la clausola del bando assistita dalla previsione dell'esclusione in caso di sua violazione, per quanto formalistica sia, deve essere da tutti rispettata (*par condicio*) e non può essere superata al fine di garantire la massima partecipazione (20). Per converso, nel lessico del diritto europeo dei contratti, il principio del *favor participationis* è espressione del principio della libera concorrenza, quello della *par condicio* (*equal treatment*) dell'uguaglianza degli operatori economici, che devono essere messi nelle stesse condizioni nel formulare l'offerta (21): in entrambi i casi, oggetto della tutela sono gli interessi del mercato. A differenza del diritto nazionale, la giurisprudenza europea assegna al principio del *favor participationis* "valore primario di tutela e, dunque, tendenzialmente non recessivo anche di fronte ad altri e rilevanti interessi meritevoli di protezione" (22): evidente è la diversità del rapporto regola-eccezione rispetto al diritto nazionale. Addirittura, si potrebbe sostenere che, in realtà, *favor participationis* e *par condicio* coincidano, nel senso che, se tutti gli operatori economici devono essere messi nelle stesse condizioni di partecipare alle gare pubbliche, tutti devono poter partecipare ove ne posseggano i requisiti, per cui ciascuno di essi è ammesso a provare che la causa di esclusione non può essergli applicata: solo in questo modo

in C. Franchini, *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 36 ss.

(16) M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, 677.

(17) V., ancora, M. D'Alberti, *op. loc. cit.*

(18) Si tratta delle clausole ambientali e sociali, su cui v. R. Caranta, M. Trybus, *The Law of Green and Social Public Procurement in Europe*, Copenhagen, 2010; R. Caranta, *L'incerta sostenibilità degli appalti pubblici*, in questa *Rivista*, 2012, 1123; G. Fidone, *Gli appalti Verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2012, 819 ss.; P. Cerbo, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della «dignità umana»*, in *Foro Amm. TAR*, 2010, 1875. Le nuove direttive hanno ulteriormente rafforzato il perseguimento di tali interessi: v. L. Arecchi, *La tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nelle nuove Direttive in materia di contratti pubblici*, in *www.lineavcp.it*.

(19) S. S. Scoca, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. Franchini, *I contratti di appalto pubblico*, cit., 305 ss.

(20) V., ad es., Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2011, n. 4029, secondo cui "il principio del *favor participationis*, volto a favorire la più ampia partecipazione alle gare pubbliche, ha di norma carattere recessivo rispetto al principio della *par condicio* (se le prescrizioni del bando sulle formalità di presentazione delle offerte rispondono ad un particolare interesse dell'Amministrazione o sono poste a garanzia di essa *par condicio*)". Come ritenuto da C. Cacciavillani, *Dichiarazioni negli appalti pubblici: Profili generali e problematici*, in *www.giustamm.it*, "il principio del *favor participationis* inoltre può cozzare contro il principio della *par condicio*, e ciò tutte le volte in cui possa concludersi

che la deroga al rigore formale di regole sulla partecipazione, pur nell'ipotesi in cui l'osservanza di queste non sia prescritta a pena di esclusione, si traduca in vantaggio - che ben può consistere nella riduzione o attenuazione di oneri procedurali - di un concorrente, che risulti di fatto posto in condizione meno onerosa, e quindi più vantaggiosa, rispetto ad altro".

(21) Così C. Bovis, *Eu Public Procurement Law*, II ed., Cheltenham, 2012, 409. V. anche Id., *The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market*, Aldershot, 1998, 15, secondo cui "the very foundation of the Community's procurement regime is the non discrimination principle together with the principle of equal treatment".

(22) P. Chirulli, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in C. Franchini, *I contratti di appalto pubblico*, cit., 413, che, al proposito, richiama Corte giust. CE, 19 maggio 2009, in causa C-538/07, *Assitur*, in questa *Rivista*, 2009, 1063, con nota di F. Leggiadro, *L'impresa controllante e l'impresa controllata possono partecipare alla stessa gara*, che ha ritenuto incompatibile con il diritto comunitario il divieto assoluto di partecipazione alla medesima gara delle imprese in situazione di controllo (di cui all'art. 10, comma 1-bis, L. n. 109/1994, e, successivamente, art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006), senza dare ai concorrenti la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara, benché si tratti di disposizione che persegue gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: tale divieto, infatti, "ridurrebbe notevolmente la concorrenza a livello comunitario" (Corte giust. CE, in causa C-538/2009, cit., p. 28).

(ossia rendendo effettivo il principio della *par condicio*) si riesce a garantire la massima partecipazione (23). Tali conclusioni, poi, devono valere per qualunque causa di esclusione: una coraggiosamente anticipatrice sentenza del TAR per il Piemonte, proprio richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di divieto di automaticità delle cause di esclusione, ha ritenuto illegittima l'esclusione di un operatore economico basata sulla violazione della clausola del bando che prevedeva l'obbligo della controfirma sui lembi e della sigillatura dell'offerta con la ceralacca (nel caso di specie, era stata omessa la formalità della controfirma), in quanto «se non è dato al legislatore introdurre sanzioni automatiche di esclusione che prescindano da un apprezzamento di pericolo “concreto” e non meramente 'astratto' perché ritenute sproporzionate rispetto all'obiettivo di garantire l'interesse sostanziale che esse intendono proteggere, non pare che ciò possa essere dato alla stazione appaltante in sede di redazione della legge di gara. Pare dunque legittimo l'obiettivo di prescrivere una “sigillatura” che vada al di là della mera chiusura mentre non si ritiene proporzionata, in quanto ultronea rispetto all'obiettivo di garantire l'integrità del plico, la sanzione di esclusione automatica a fronte di qualsivoglia mancanza in relazione a multiple prescrizioni di sigillatura, in pacifica assenza di concreto “sintomo” di violazione dell'interesse protet-

to» (24). Sono queste, da ultimo, le conclusioni propugnate da una recente ordinanza del TAR milanese, secondo cui l'interpretazione formalistica dell'art. 38 D.Lgs. n. 163 del 2006, in base alla quale l'omessa presentazione delle dichiarazioni di moralità deve essere in modo automatico sanzionata con l'esclusione del concorrente, anche quando sussistano in capo a quest'ultimo i relativi requisiti di moralità, contrasta con l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, nonché con i principi di proporzionalità e di massima partecipazione, ossia, con il principio di libera concorrenza, che innerva di sé l'intero diritto europeo (25). È ancora da ricordare che la concezione sostanzialista ha fatto “breccia” anche nel legislatore nazionale, che, introducendo nell'art. 46, D.Lgs. n. 163/2006, il comma 1-bis, ha stabilito il principio della tassatività delle clausole di esclusione, disponendo che il bando può prevedere, a pena di esclusione, solamente quelle clausole che rispondano ad un effettivo interesse sostanziale: la certezza del contenuto delle offerte, la segretezza delle offerte o la loro sicura imputabilità (26).

Tale lo stato della questione sino a poco tempo fa: la legislazione più recente, sia europea, sia nazionale, pare aver assunto posizioni contrastanti, ove evidenti aspetti di favore per le ragioni dell'Amministrazione si frammischiano ad elementi di diverso segno.

(23) Quanto appena sostenuto si ricava agevolmente dalla lettura di Corte giust. CE, 3 marzo 2005, cause riunite C-21/03 e C-34/03, *Fabricom SA*, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 655 (oltre che Id., 19 maggio 2009, in causa C-538/07, cit.): la previsione che dispone l'esclusione automatica dalla gara d'appalto del soggetto che abbia partecipato a taluni lavori preparatori (ricerca, sperimentazione, studio o sviluppo di lavori, di forniture o di servizi relativi ad un appalto pubblico) rispetto al contratto a base di gara, prevista dalla legislazione belga, “eccede quanto necessario per raggiungere l'obiettivo della parità di trattamento fra tutti gli offerenti” (p. 34). In sostanza, la disposizione in esame non garantisce la parità di trattamento e, dunque, viola il principio del *favor participationis*.

(24) T.A.R. Piemonte, sez. I, 21 maggio 2010, n. 2429, peraltro riformata dal Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2010, n. 7219. Si è definita la sentenza “anticipatrice” in quanto sorretta dalla medesima *ratio* ispiratrice dell'art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. n. 163/2006.

(25) T.A.R. Lombardia, Milano, ord. 15 gennaio 2013, n. 123, in *Giur. It.*, 2013, 1432, con nota di S. Foà, *Rinvio pregiudiziale accelerato del T.A.R. per “disapplicare” il giudicato del Consiglio di Stato*; in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2013, 225, con nota di P. Provenzano, *La teoria del “falso innocuo” in materia di dichiarazioni ex art. 38 D.Lgs. n. 136/2006 al vaglio della Corte di giustizia*. Per un esame dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, v. *infra*.

(26) Sulla disposizione, v. C. E. Gallo, *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici*, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 3733; in giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, secondo cui “Il legislatore ha [...] inteso effettuare direttamente il bilan-

ciamento tra l'interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, da un lato, e quello alla speditezza dell'azione amministrativa ed alla parità di trattamento, dall'altro, mettendo l'accento sui primi a scapito dei secondi”. Per il vero, l'art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. n. 163/2006, era già stato anticipato, per così dire, da parte della giurisprudenza, secondo cui “la portata delle previsioni della *lex specialis* di gara deve essere valutata in relazione all'interesse concreto che ciascuna di esse è volta a presidiare. Conseguentemente, la clausola del bando che commina l'esclusione dalla gara in presenza di talune violazioni (es. in tema di segretezza delle offerte) può ritenersi operante solo laddove sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, dovendosi assicurare prevalenza - in caso contrario - al generale principio del *favor participationis* e della sanabilità delle irregolarità solo formali”, con la precisazione che “in sede di interpretazione ed applicazione delle clausole del bando, l'amministrazione deve tener conto del fatto che quest'ultimo costituisce un mezzo per il perseguimento di puntuali interessi pubblici e non un fine in sé. Nell'esercizio di tale attività, l'amministrazione deve, altresì, tener conto del principio della disapplicabilità delle disposizioni di natura regolamentare da parte del giudice amministrativo, ove ciò risulti necessario ai fini di giustizia, nei casi in cui sia mancata la relativa impugnazione”: così Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172, in questa *Rivista*, con nota di C. Mucio, *Superabilità delle clausole “a pena di esclusione”*; in *Giur. It.*, 2011, 2165, con nota di C. Contessa, *L'abuso delle clausole escludenti nelle pubbliche gare e suoi possibili rimedi: un ritorno alla disapplicazione?*; in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 1476, con nota di G. De Rosa, *Disapplicazione del bando di gara: il Consiglio di Stato riapre il dibattito?*

Quanto appena riferito trova fondamento nelle osservazioni di chi ha rilevato, a proposito della legislazione nazionale, che «specie nei tempi più recenti nel nostro ordinamento giuridico le regole sulle gare e quelle a protezione della trasparenza e della pubblicità delle procedure di scelta del contraente sono altresì funzionali alla riduzione della spesa pubblica. Una sorta di ritorno della già annotata cd. "concezione contabilistica", da intendersi alla stregua di strumento non più solo finalizzato a proteggere gli enti pubblici dai fenomeni collusivi e corruttivi, ma anche funzionale a prevenire il rischio di una scorretta gestione delle finanze pubbliche. In altri termini, in tempi di crisi economica, il confronto concorrenziale è canone di sana gestione finanziaria, in quanto consente il reperimento del migliore contraente che, nella logica (preminente) del risparmio dell'erario e degli altri bilanci pubblici, coincide con l'impresa/il soggetto che pratica il miglior prezzo» (27). Tale "ritorno al passato", poi, non pare essere prerogativa della legislazione nazionale: le stesse nuove direttive, di recente approvate, sembrano, per certi aspetti, convergere verso una sorta di *favor administrationis* (talora condivisibile) sin qui inedito, anche se numerosi sono i dubbi circa l'effettività di tale nuovo corso (28).

Ad esempio, ai sensi del 5° considerando, "la prestazione di servizi sulla base di disposizioni legi-

slative, regolamentari o contratti di lavoro dovrebbe esulare dall'ambito di applicazione della presente direttiva. In alcuni Stati membri ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, per taluni servizi amministrativi pubblici quali i servizi esecutivi e legislativi o la fornitura di determinati servizi alla comunità, come i servizi connessi agli affari esteri o alla giustizia o i servizi di sicurezza sociale obbligatoria".

Coerentemente, l'art. 10 della direttiva esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione taluni servizi legali, come, ad esempio, il conferimento della rappresentanza legale "in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro o un paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali" (art. 10, lett. d), n. i), secondo trattino) (29). Con particolare riguardo ai servizi legali, verrebbe così confermata, *ex post*, la giurisprudenza del Consiglio di Stato che esclude dall'applicazione del D.Lgs. n. 163/2006 il procedimento volto al conferimento della difesa legale all'avvocato (30); e verrebbe (giustamente) sconfessata l'opposta giurisprudenza contabile secondo cui "appare possibile ricondurre la rappresentanza/patrocinio legale nell'ambito dell'appalto di servizi, dovendosi fare in generale riferimento alla tipologia dei "servizi legali" di cui all'allegato 2B del D.Lgs. n. 163/2006" (31).

(27) Così M. Occhiena, *Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile*, in *Dir. Economia*, 2013, 527, che fa riferimento al D.L. n. 70/2011, il quale ha previsto, ad es., un tetto di spesa per le varianti e per le opere compensative, la riduzione della spesa per gli accordi bonari, la limitazione all'iscrizione di riserve (p. 528, nt. 18).

(28) Sulla nuova direttiva (nonché sulla direttiva 25/2014/UE e 23/2014/UE), R. Caranta, D. C. Dragos, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2014, 493 ss. Sulle cause di esclusione, V. Capuzza, *I requisiti di ordine generale nelle nuove Direttive europee sui contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*.

(29) Come rilevato da R. Caranta, D. C. Dragos, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, cit., 496, sul punto la direttiva riprende un *obiter dictum* di Corte giust. UE, 17 marzo 2011, in causa C-95/10, *Strong Seguranëa*, in *Racc.* 2011, I-1865, p. 43, la quale aveva affermato che alcuni degli appalti di cui all'allegato IIb (tra cui quelli legali), «presentano caratteristiche particolari che giustificerebbero che l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto, in modo personalizzato e specifico, dell'offerta presentata dai candidati a titolo individuale. Ciò si verifica, ad esempio, per i "servizi legali", i "servizi di collocamento e reperimento di personale", i "servizi relativi all'istruzione, anche professionale" o, ancora, per i "servizi di investigazione e di sicurezza"». In generale, sui servizi di cui all'allegato IIb, v. P. Patrito, *L'appalto pubblico transfrontaliero e le regole comuni per l'affidamento*, in G.A. Benacchio, M. Cozzio (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012, 431 ss., ove ampia bibliografia.

(30) Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730, in questa *Rivista*, 2012, 1181, con nota di C. Mucio, *Legittimità dell'affidamento del patrocinio legale senza gara*, secondo cui «il servi-

zio legale inteso come mera prestazione di patrocinio legale si configura quale contratto d'opera intellettuale, "species del genus" contratto di lavoro autonomo. Il conferimento di un singolo e puntuale incarico legale, pur presidiato dalle disposizioni comunitarie che tutelano la libertà di stabilimento del prestatore in quanto lavoratore, non può soggiacere ad una procedura di stampo selettivo, incompatibile con la struttura della fattispecie, che si caratterizza, stante l'aleatorietà del giudizio, per la non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali delle prestazioni e quindi per la mancanza di basi oggettive su cui fissare i criteri di valutazione necessari in forza della disciplina prevista dal codice dei contratti. Viceversa, si configura un affidamento di servizi legali laddove l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'ente, ma si caratterizzi quale modalità organizzativa di un servizio più complesso ed articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale, ma in essa non si esaurisce». In argomento, v., a favore della posizione del Consiglio di Stato, G. Manfredi, *Appunti sull'affidamento degli incarichi legali delle pubbliche amministrazioni: competenza, procedimento, forma*, in questa *Rivista*, 2013, 877 ss., part. 883 ss., secondo il quale ritenere la scelta del difensore soggetta alle regole dell'evidenza pubblica discende "dalla preoccupazione di interpretare il diritto comunitario (o il diritto italiano che attua il diritto comunitario) *magis ut valeat*, e quindi paiono ricollegarsi a quella deferenza nei confronti di ogni manifestazione dei processi di integrazione europea che connota ampi settori della nostra cultura giuridica" (884).

(31) Corte conti, sez. autonomie, 24 aprile 2008, n. 6, in *www.corteconti.it*, e altre conformi riportate da G. Naimo, *I "servizi legali": nozione e disciplina di affidamento*, in *www.lexitalia.it*.

E ancora, ai sensi del considerando n. 83, in tema di requisiti di partecipazione, si dice che, sussistendo determinati presupposti, “le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero mantenere la facoltà di decidere autonomamente se sia opportuno e pertinente stabilire requisiti di fatturato minimo più elevati senza essere soggette a supervisione amministrativa o giudiziaria”.

È, quest'ultima, un'affermazione poco comprensibile: se l'amministrazione può prevedere requisiti più elevati solo sussistendo determinati presupposti; se l'amministrazione deve motivare la scelta (come indicato nello stesso considerando); se, in ogni caso, deve rispettare il principio di proporzionalità; se, in sintesi, debbono sussistere tutte le suddette condizioni, non si vede davvero in che consista tale spazio insindacabile riconosciuto all'amministrazione stessa.

In ogni caso, anche se la prevista insindacabilità appare priva di effettivo significato, nondimeno essa pare essere indicativa di quel mutamento di paradigma cui si è fatto prima cenno.

Le medesime conclusioni possono essere estese, come subito si vedrà, alla dichiarazione sul possesso dei requisiti di partecipazione.

La dichiarazione del possesso dei requisiti di partecipazione alla luce della direttiva 2014/24/UE

L'art. 45 della direttiva 2014/18/CE dispone, tra l'altro, che le amministrazioni aggiudicatrici chiedono, se del caso, ai candidati o agli offerenti di fornire i documenti di cui al paragrafo 3 e, qualora abbiano dubbi sulla situazione personale di tali candidati/offerenti, possono rivolgersi alle autorità competenti per ottenere le informazioni relative alla situazione personale dei candidati o offerenti che reputino necessarie: se ne desume che l'offerente il quale abbia reso dichiarazioni incomplete (o le abbia addirittura omesse), non debba essere *tout court* escluso, gravando sull'Amministrazione il dovere di procedere alla richiesta di integrazione

documentale, al fine di accertare il possesso dei requisiti di ordine generale, possesso che costituisce l'unica condizione di partecipazione alle gare pubbliche.

Il successivo art. 51 dispone che “l'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati e i documenti presentati”.

La nuova direttiva, all'art. 57, par. 4, lett. h), prevede la possibilità per la Stazione appaltante di escludere l'operatore economico che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari di cui all'art. 59 (l'art. 59 disciplina il “Documento di gara unico europeo”).

Parrebbe, pertanto, che venga confermata la concezione sostanzialista: solo la mancanza dei requisiti o la falsità delle dichiarazioni possono essere causa di esclusione. Tale conclusione riceverebbe ulteriore conferma dall'art. 56 della direttiva del 2014, che, al par. 3, prevede che “se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere [...] agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza” (32). Anzi, addirittura sarebbe ammesso il soccorso istruttorio nel caso di mancanza documentale, ciò che la giurisprudenza nazionale ha sempre escluso, in virtù della distinzione tra regolarizzazione documentale (sempre ammessa) e integrazione documentale, viceversa, vietata (33).

Sennonché, l'art. 56, cit., contiene una clausola di salvezza: l'integrazione documentale, infatti, è

(32) A commento della disposizione, v. AVCP, 21 maggio 2014, segnalazione n. 3, “Direttive n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici, n. 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione”, in *www.avcp.it*, che riconosce alla disposizione un “ruolo centrale” “nel quadro complessivo della definizione di procedure meno rigide”.

(33) Come noto, il cd. soccorso istruttorio è ammesso nei limiti in cui si tratti di regolarizzazione documentale e non di integrazione documentale: da ultimo, Cons. Stato, Ad. Plen., n. 9/2014, cit., secondo cui «il principio del “soccorso istruttorio”

è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del “potere di soccorso”; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi» (p. 7.2). Nello stesso senso

ammessa “salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva”. Di conseguenza, se è ammessa la disposizione contraria, ciò significherebbe che l'integrazione documentale non sarebbe necessitata a livello di principi generali dell'Unione, in quanto essa non sarebbe espressione del principio del *favor participationis* e della libera concorrenza fra imprese: di conseguenza, ad esempio, l'ordinanza del TAR Milano, con cui si è chiesto alla Corte di giustizia “se sia, o meno, contrastante con il diritto comunitario l'interpretazione secondo cui, nell'ipotesi che un'impresa partecipante ad una procedura di gara abbia offerto un'utile e congrua prova dell'assenza, nei confronti dei soggetti tenuti alle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c), dei procedimenti e delle condanne ivi previste, la stazione appaltante debba disporre l'esclusione di tale impresa quale conseguenza dell'inottemperanza ad una previsione della *lex specialis* con cui sia stata indetta la pubblica gara” (34), dovrebbe ricevere risposta negativa.

Sulla validità della clausola “salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva” di cui all'art. 56 della direttiva 2014/24/UE

Resta da esaminare la questione della compatibilità con i principi del Trattato dell'art. 56 della nuova direttiva, nella parte in cui ammette l'integrazione documentale “salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva”, e degli eventuali rimedi in caso di risposta negativa.

Sulla base di quanto si è sinora detto, vi sono seri dubbi sulla legittimità della clausola: il principio del *favor participationis* è ritenuto dalla Corte espressivo dei principi del Trattato, quali la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi (artt. 49 e 56 TFUE).

A ulteriore conferma, si consideri che la sentenza *Serrantoni*, la quale ha ritenuta non conforme al diritto comunitario, per violazione dei ridetti principi, la previsione della legislazione italiana di automatica esclusione dalle gare dei consorzi stabili e delle imprese che ne sono membri i quali presentino offerte concorrenti nell'ambito della medesima procedura, anche qualora l'offerta del consorzio non sia stata presentata per conto e nell'interesse delle imprese concorrenti (35). Ebbene, la fattispecie riguardava un appalto sotto soglia, avente interesse transfrontaliero certo. Come noto, pur in assenza di una puntuale disciplina, i contratti come quello di cui alla sentenza *Serrantoni* sono “sottoposti alle regole fondamentali del diritto comunitario, in particolare ai principi stabiliti dal Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi” (36): l'esclusione automatica, senza la possibilità di offrire prova contraria, non è conforme al Trattato. Pertanto, la disposizione di cui all'art. 56, par. 3, della direttiva 2014/24/UE, per essere conforme al Trattato, deve essere intesa nel senso che “se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere [...] agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza”, senza che sia possibile, per il legislatore nazionale, derogarvi, tanto più, che, come da più parti rilevato, il dovere di soccorso costituisce esplicazione del principio costituzionale del buon andamento, che vieta ai pubblici funzionari di tenere atteggiamenti ostruzionistici o eccessivamente formalistici (37).

di cui al testo, AVCP, segnalazione 3/2014, cit., 8, secondo cui la direttiva consente “di richiedere agli operatori economici interessati, non solo di chiarire e completare le informazioni o la documentazione presentata, ma anche di presentare e integrare documenti mancanti”.

(34) T.A.R. Lombardia, Milano, ord. n. 123/2013, cit.

(35) Corte giust. CE, 23 dicembre 2009, in causa C- 376/08, *Serrantoni*, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 2781.

(36) Corte giust. CE, 13 novembre 2007, in causa C-507/03, *Commissione c. Irlanda*, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 2974. Sull'applicazione dei principi del Trattato ai contratti non disciplinati (in tutto o in parte) dalle direttive, v. R. Caranta, *Le regole applicabili ai contratti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive “appalti pubblici”*, in *Giur. It.*, 2010, 2659; P. Patrito, *L'appalto pubblico transfrontaliero e le regole comuni per l'affidamento*, cit.; A. D. Mazzilli, G. Mari, R. Chieppa, *I contratti*

esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici, in M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, I, 396, ss.

(37) P. Lazzara, *Procedimento e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio inquisitorio ed autoreponsabilità privata*, Roma, 2005, 142, 266; Id., I procedimenti amministrativi ad istanza di parte, Napoli, 2008, 151 ss. In generale, sul dovere di soccorso, v. R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 432 ss.; G. Crepaldi, *Forma e contenuto della domanda di partecipazione*, in V. Italia (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 754 ss.; S. Monzani, *L'integrazione documentale nell'ambito di un appalto pubblico tra esigenze di buon andamento e di tutela della par condicio dei concorrenti*, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 2346; G. Taccogna, *Il principio di leale collaborazione nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 1313 ss.; F. Risso, *Il principio di tassati-*

L'art. 38, comma 2-bis, D.L. 90/2014

Alla luce della nuova direttiva, pertanto, è ammessa, oltre alla regolarizzazione, anche l'integrazione documentale. Tutto bene? Non proprio. Due sono i profili problematici: in primo luogo, come si è affermato, agli operatori economici, anche al fine di favorire la celerità della procedura, "si deve pur richiedere un minimo di diligenza consistente nel predisporre offerte complete" (38), onere cui essi potrebbero essere sottratti sulla base dell'art. 56 in parola; in secondo luogo, si finisce per privare di significato il meccanismo dell'autodichiarazione, essendo sempre possibile, anzi, doveroso, per la stazione appaltante verificare la sussistenza dei requisiti, a prescindere dalla completezza o, addirittura, esistenza della dichiarazione stessa (39).

Alla luce delle precedenti considerazioni, in conclusione, pare doversi salutare favorevolmente, più che altro, per lo scopo che esso persegue, il recente art. 39, D.L. n. 90/2014, che aggiunge all'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, il comma 2-bis (applicabile,

ai sensi del comma 3 dell'art. 39, D.L. n. 90/2014, alle procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del decreto, in data dal 25 giugno 2014), a mente del quale "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara [...]. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo, il concorrente è escluso dalla gara" (40).

vità delle cause di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di "soccorso istruttorio", in Foro Amm. CdS, 2013, 2528.

(38) C. E. Gallo, *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, cit.*, 3733.

(39) T.A.R. Toscana, 6 settembre 2012, n. 1536, all'esito di una approfondita indagine ermeneutica sull'art. 46, comma 1-bis, L. n. 241/1990 (da interpretare nel senso che "la stazione appaltante che si trovi di fronte alla violazione di una prescrizione prevista da una fonte legislativa o dal regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici, la quale non sia munita di sanzione escludente nella medesima fonte, non potrà procedere immediatamente all'esclusione del concorrente, ma dovrà invitarlo a regolarizzare, esercitando il potere di soccorso istruttorio previsto dall'art. 46, comma 1, del D.Lgs. n. 163/06. In tal modo ne risulta prolungata la procedura di gara e risulta anche recessivo il principio di parità di trattamento, poiché si ammette un concorrente ad integrare l'adempimento stabilito quando gli altri concorrenti vi hanno provveduto correttamente ed esattamente. Ne risulta però meglio tutelato il principio di massima partecipazione alle gare di appalto, mediante l'ammissione alla procedura dell'imprenditore il quale abbia omissa alcuna delle dichiarazioni per mera dimenticanza e possieda effettivamente il requisito necessario. È stato in tal modo assunto un orientamento maggiormente sostanzialistico, con una valutazione di politica legislativa che rientra nella discrezionalità del legislatore"), afferma che "l'esclusione deve essere disposta dalla stazione appaltante con riferimento al concorrente che: a) omette del tutto di presentare la dichiarazione medesima, e a tale fattispecie equivale la presentazione di una dichiarazione in bianco, nonché b) al concorrente che produce una dichiarazione non veritiera. Nel primo caso la potestà escludente si evince dalla previsione di termini perentori per la produzione dell'offerta e della domanda di partecipazione contenuta nel D.Lgs. n. 163/06 e, più a monte, nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE; nel secondo caso l'esclusione deve essere disposta in applicazione dell'art. 79, D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445". In dottrina si è, più radicalmente, messo in discussione il sistema delle dichiarazioni sostitutive, sul rilievo che "la p.a., a fronte dello strumento dell'autocertificazione di cui si serve l'impresa, dovrà procedere agli accertamenti relativi

vi alle cause di esclusione applicando l'art. 43, D.P.R. n. 445 del 2000, ossia mediante riscontro della veridicità delle dichiarazioni sostitutive prodotte. Il che comporta, evidentemente, l'aggravio del procedimento amministrativo di gara con l'innesto di subprocedimenti accertativi delle condizioni di partecipazione delle imprese (provocando una complicazione di ciò che si voleva semplificare, dal momento che all'alleggerimento dell'onere di produzione documentale si accompagna l'aggiunta del subprocedimento di controllo sulla veridicità delle autodichiarazioni, indispensabile alla p.a. per avere piena e definitiva conoscenza degli illeciti a carico dei soggetti che rappresentano l'impresa)": così F. Matteucci, *L'art. 38 lett. c del Codice dei contratti pubblici: dichiarazione incompleta ed esclusione dalla gara. Orientamenti a confronto*, in *Foro Amm. TAR*, 2009, 2985.

(40) Curiosamente, l'art. 39, D.L. n. 90/2014, è inserito nel titolo IV, rubricato "misure per lo snellimento del processo amministrativo e l'attuazione del processo civile telematico". Inoltre, come si vedrà subito nel testo, l'intento deflattivo del processo amministrativo potrebbe non essere realizzato: inevitabilmente, vista anche l'entità delle sanzioni, si andrà a discutere sulla differenza tra essenzialità o meno delle irregolarità, senza che, almeno così si ritiene, ci si possa avvalere della giurisprudenza in punto di regolarizzazione (ammessa) e integrazione (non ammessa): ai sensi della disposizione in parola, infatti, la non essenzialità della irregolarità non comporta nemmeno la necessità della regolarizzazione. L'art. 39, cit., aggiunge anche il comma 1-ter all'art. 46, D.Lgs. n. 163/2006, stabilendo che "le disposizioni di cui all'art. 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza irregolarità delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara". Ciò significa che la nuova disciplina avrà il medesimo ambito di applicazione dell'art. 46, D.Lgs. n. 163/2006, il quale contempla le dichiarazioni o la documentazione di cui agli artt. da 38 a 45 del codice dei contratti pubblici, relativi ai requisiti di partecipazione. Resta ovviamente esclusa dalla possibilità di integrazione l'offerta, pena la certa violazione della *par condicio*: v., sul punto, S. Ponzio, *I limiti all'esclusione dalle gare pubbliche e la ragionevolezza documentale*, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 2468.

Ora, in primo luogo, la disposizione in parola dimostra che la *par condicio*, come tradizionalmente intesa, non viene in alcun rilievo: viene, al contrario, in rilievo quella che potrebbe definirsi *par condicio* in senso sostanziale (che, come sopra detto, si ritiene coincidere con il *favor participationis*), nel senso che ciascun operatore economico, effettivamente in possesso dei requisiti, deve poter essere ammesso alla partecipazione (essendo così realizzato il principio della massima concorrenza), a prescindere dalla conformità della relativa dichiarazione al modello legale.

Si supera, poi, così anticipandosi l'attuazione dell'art. 56 della direttiva 2014/24/UE, l'orientamento giurisprudenziale che ammette la regolarizzazione, ma non l'integrazione documentale di cui si è dato atto in precedenza: oggi, la distinzione va fatta tra mancanza della dichiarazione o essenzialità degli elementi di cui essa risulta carente e non essenzialità degli stessi, con l'avvertenza che, nel primo caso, sarà sempre ammessa la produzione o l'integrazione documentale, pur a seguito del pagamento della sanzione pecuniaria irrogata dall'Amministrazione, mentre, nel secondo caso, nemmeno si procederà alla regolarizzazione.

Per contro, però, anche le esigenze della stazione appaltante alla celerità della procedura vengono salvaguardate, insieme al meccanismo dell'autocertificazione: la mancanza o irregolarità essenziale non sono, infatti, senza conseguenza in capo al concorrente, il quale, se vorrà essere destinatario del dovere di soccorso, dovrà corrispondere la somma indicata nel bando, la quale, ai sensi della disposizione in parola è garantita dalla cauzione provvisoria, e, successivamente, ottemperare all'"invito" alla produzione o regolarizzazione della dichiarazione entro il termine perentorio, in quanto previsto a pena di esclusione, assegnato dall'Amministrazione.

D'altra parte, si dovrà pretendere anche una maggiore attenzione in capo alla stazione appaltante circa la redazione del bando: quanto più esso sa-

rà criptico, tanto più l'incompletezza o irregolarità essenziale della dichiarazione non potrà essere imputata al concorrente (41).

Inoltre, la previsione della sanzione non potrà che avere effetto deterrente nei confronti degli operatori economici, che dovranno prestare la dovuta attenzione nella redazione delle dichiarazioni ex art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, tanto più che l'entità della sanzione pecuniaria è piuttosto rilevante (42), in quanto essa va da un minimo dell'uno per mille ad un massimo dell'1 per cento del valore dell'appalto, non potendo, comunque, superare la somma di 50.000 euro.

Sono, peraltro, da evidenziare taluni aspetti critici: in particolare, è già sin da subito immaginabile il contenzioso che si verificherà nella soggetta materia tra gli operatori economici inadempienti, che sosterranno la tesi della non essenzialità della irregolarità, e le stazioni appaltanti, che, al contrario, potrebbero, mercé un'interpretazione largheggiante del concetto di essenzialità, essere indotte a disporre la sanzione pecuniaria pur in assenza dei presupposti previsti dalla legge.

Soprattutto, però, paiono pregiudicate le piccole e medie imprese, che pure si vorrebbero tutelare (43): la nuova previsione, infatti, sia per le rilevanti sanzioni che prevede, sia per il meccanismo stabilito (prima si versa la somma di denaro dovuta a titolo di sanzione, poi si è ammessi alla regolarizzazione), comporta nuovi oneri finanziari a carico degli operatori economici (anche in ragione dell'aumento dell'importo della cauzione provvisoria, che deve garantire pure il pagamento dell'eventuale sanzione), che più facilmente saranno sopportati dalle imprese di maggiori dimensioni.

Da ultimo, come accennato, l'art. 38, comma 2-bis, D.Lgs. n. 163/2006, non è applicabile, *ratione temporis*, al caso sottoposto dall'ordinanza in commento all'Adunanza Plenaria; peraltro, esso potrebbe costituire elemento per far propendere nel senso auspicato dall'ordinanza stessa.

(41) È noto il principio giurisprudenziale per cui, in caso di oscurità delle clausole del bando, l'esclusione è illegittima: ad es., Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2011, n. 78; Id., sez. V, 6 marzo 2006, n. 1068.

(42) Trattandosi di sanzione, dovranno applicarsi le disposizioni della L. n. 689/1981 in punto, ad esempio, di elemento soggettivo, per cui, si ritiene, in caso di ambiguità del bando,

dovrà essere ammessa la regolarizzazione, senza che l'Amministrazione possa irrogare la sanzione di cui si tratta.

(43) V. sul punto, G. Virga, *L'eterogenesi dei fini nella legislazione più recente*, in www.lexitalia.it, secondo cui, alla luce di talune nuove previsioni normative, «l'economia delle piccole e medie imprese nonché dei professionisti, anziché liberarsi di tutti i lacci e laccioli, si sta "incartando" ulteriormente».



**Metti la tua
professione
al centro
dell'attenzione.**

Per maggiori informazioni:

contatta l'Agenzia più vicina
www.shopwki.it/agenzie

contatta il Servizio Clienti
02.82476.794
info.commerciali@wki.it

o sottoscrivi il servizio su
www.dirittierisposte.it/
[contattaunprofessionista](http://www.dirittierisposte.it/contattaunprofessionista)

Nasce Dirittierisposte.it, il Portale dove promuovere la tua attività con il servizio "Contatta un Professionista".

Oggi le persone alle prese con questioni di natura normativa hanno **un nuovo spazio online** per risolvere i loro problemi e avvocati, commercialisti, consulenti del lavoro e notai **uno strumento prezioso per promuovere la propria attività**.

Dalla collaborazione tra **Corriere della Sera** e **Wolters Kluwer Italia** nasce **Diritti e Risposte**, il Portale che aiuta i cittadini a comprendere e risolvere le tematiche legali, fiscali e giuslavoristiche legate a necessità quotidiane.

Diritti e Risposte offre informazioni aggiornate, strumenti mirati e Professionisti a cui rivolgersi.

Aderendo al servizio **"Contatta un Professionista"** avrai uno spazio dedicato sul Portale, che permetterà a **nuovi potenziali clienti**, appartenenti alla tua stessa area geografica e interessati alla tua specializzazione, di mettersi in contatto con te.

Approfitta subito dell'offerta speciale e dai nuova visibilità alla tua professione.

Paesaggio

Motivazione dell'autorizzazione paesaggistica e attuazione del giudicato

CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 23 dicembre 2013, n. 3614 – Pres. Baccarini – Est. Lopilato – Ass. Italia Nostra Onlus c. Comune di Salerno – Crescent s.r.l. e altri

L'autorizzazione paesaggistica deve essere corredata da una motivazione articolata, atta a fornire una dettagliata descrizione: a) del manufatto di cui si propone la realizzazione nelle rispettive dimensioni di consistenza e di impostazione progettuale; b) dei caratteri del contesto paesaggistico entro cui tale manufatto deve collocarsi, scomposto nelle proprie caratteristiche salienti alla percezione; c) della possibilità di inserimento coerente ed armonico del manufatto di cui si propone la realizzazione entro il contesto paesaggistico correttamente identificato e modellizzato.

CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 26 marzo 2014, n. 1472 – Pres. Baccarini – Est. Lopilato – Crescent s.r.l. c. Ass. Italia Nostra Onlus, Comune di Salerno e altri

Il ricorso per ottemperanza, ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a., può essere proposto anche dalla parte soccombente al fine di ottenere chiarimenti circa le corrette modalità di esecuzione del giudicato: in tal caso il giudizio assume i tratti di un'azione esecutiva di accertamento, preordinata a garantire effettività al principio di celerità del processo in quanto tesa ad evitare successive impugnazioni di atti elusivi del comando giurisdizionale.

Il divieto di regolarizzazione delle trasformazioni attuate in zona vincolata non si estende alle opere realizzate sulla base di autorizzazioni paesaggistiche successivamente annullate.

Gli atti amministrativi da emanare per dare attuazione al comando espresso dalla sentenza devono rispettare la normativa sopravvenuta. Gli effetti di tale regola vanno valutati alla luce: a) di un giudizio di compatibilità processuale, in forza del quale l'attività amministrativa in rinnovazione non può porsi in contrasto con gli accertamenti compiuti nel giudizio, b) di un giudizio di compatibilità procedimentale, in forza del quale la successiva attività amministrativa non deve porsi in contrasto con gli esiti delle fasi del procedimento amministrativo compiutesi nella vigenza della precedente disciplina e non travolte dall'effetto eliminatorio della sentenza di annullamento. L'effetto conformativo di una sentenza di annullamento determinato unicamente da una carenza di motivazione non impedisce affatto la riemanazione di un provvedimento di analogo contenuto debitamente motivato.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	(Sulla prima massima) T.A.R. Liguria, sez. I, 21 novembre 2013, n. 1406; Cons. Stato, sez. VI, 17 luglio 2013, n. 1707. (Sulla seconda massima) Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569; Cons. Stato, sez. VI, 31 marzo 2010, n. 1876
Difforme	(Sulla prima massima) T.A.R. Liguria, sez. I, 10 ottobre 2013, n. 1205. (Sulla seconda massima) T.A.R. Napoli, sez. II, 7 marzo 2013, n. 1233

IL COMMENTO di Emanuele Boscolo

In queste sentenze la VI Sezione del Consiglio di Stato delinea la griglia logica a cui deve conformarsi la motivazione delle autorizzazioni paesaggistiche e detta importanti principi in tema di esecuzione della sentenza di annullamento per carenza di motivazione: per un verso, viene confermato che lo *ius superveniens* vincola l'amministrazione in sede di riesercizio del potere, per altro verso, si conferma che – pur a fronte della rilevanza non meramente formale della motivazione – l'accoglimento del vizio di carenza di motivazione lascia integra la possibilità di riemanazione di nuove autorizzazioni sulla base dei segmenti conoscitivo-decisori del procedimento non censurati dalla sentenza di annullamento.

Premessa

Le due sentenze in commento hanno ad oggetto una vicenda di grande impatto: trattano infatti di un intervento di riqualificazione del fronte-mare della città di Salerno che ha fatto molto discutere nel dibattito politico non solo locale. Un intervento destinato a mutare il volto del comparto posto a ridosso della nuova stazione marittima salernitana, entro cui – ad esito di sdemanializzazioni, demolizioni, trasferimenti di volumi e nuove costruzioni – dovrebbero trovare spazio edifici privati, spazi commerciali e manufatti destinati alla pubblica amministrazione, distribuiti intorno ad una grande piazza di nuovo disegno.

Le due sentenze sono entrambe molto significative sul piano strettamente giuridico: la prima, resa a conclusione del giudizio di merito, in quanto detta una vera e propria griglia logica a cui deve informarsi la motivazione delle autorizzazioni paesaggistiche; la seconda, resa nell'ambito del successivo giudizio di ottemperanza, in quanto tesa a esprimere rilevanti principi in tema di riesercizio del potere amministrativo post-annullamento, sulla base di una rappresentazione plurifasica della sequenza amministrativa rilevante tanto ai fini dello spazio da riconoscere allo *ius superveniens* quanto ai fini dell'identificazione di segmenti di attività procedurale non travolti dall'annullamento. Si tratta inoltre di una sentenza destinata a produrre effetti di ordine generale in quanto, sulla base di tale schema, identifica in via pretoria una nuova categoria di opere suscettibili di regolarizzazione paesaggistica.

La vicenda salernitana e la sentenza di merito

La vicenda processuale di straordinaria complessità può essere riassunta nei seguenti termini. L'associazione ambientalista Italia Nostra Onlus (1) aveva impugnato con ricorso straordinario, poi traspunto in sede giurisdizionale in seguito ad opposizione proposta dall'amministrazione comunale, tutti gli atti della sequenza procedurale complessa avente ad oggetto le decisioni di pianificazione, di sdemanializzazione ed alienazione di talune aree perispondali, l'approvazione del progetto di formazione del manufatto di maggior consistenza (73.000 mc) previsto nel comparto (usualmente denominato "Crescent", dal nome della società promotrice) ed i correlativi titoli paesaggistici. Il TAR Campania, sez. Salerno, aveva dichiarato inammissibile il ricorso per tardività dell'impugnazione dei piani urbanistici, con conseguente declaratoria di insussistenza dell'interesse all'impugnazione degli atti successivi, sul presupposto che, a fronte della mancata contestazione delle decisioni-cornice di ordine urbanistico, gli ulteriori atti della sequenza sarebbero stati comunque suscettibili di rinnovazione, con emenda di eventuali vizi. Italia Nostra, dopo avere proposto appello avverso tale decisione, impugnava anche i permessi di costruire relativi ai diversi settori di sviluppo dell'imponente impianto edilizio finalizzato a conferire, nell'intento del comune, una nuova riconoscibile impronta identitaria al segmento costiero cittadino. Anche questo secondo ricorso veniva tuttavia respinto in ragione dell'inoppugnabilità degli atti urbanistici presupposti. Anche tale sentenza veniva impugnata dall'associazione ambientalista.

(1) La storia dell'Associazione Italia Nostra, specie nella sua prima stagione, sotto le presidenze dell'archeologo Umberto Zanotti Bianco e dello scrittore Giorgio Bassani, si intreccia con l'evoluzione del diritto amministrativo del paesaggio e dell'ambiente: basti ricordare la famosa sentenza delle Cassazio-

ne a sezioni unite sul lago di Tovel (Cass., Sez. Un., 8 maggio 1978, n. 2207, in *Foro It.*, 1979, I, 167 con nota di L. Zanuttigh, "Italia Nostra" di fronte alla Cassazione) che rappresenta la prima tappa significativa nel percorso di elaborazione delle tecniche di protezione degli interessi diffusi.

Definitivamente respinte, dopo una protratta fase cautelare, le richieste sospensive, venivano disposte dai giudici di Palazzo Spada tre distinte verificazioni. Acquisiti i risultati di tali attività conoscitive, riunite le impugnazioni, è stato preliminarmente dichiarato inammissibile l'intervento della Provincia di Salerno (2) e sono stati del pari dichiarati inammissibili i motivi aggiunti formulati dall'associazione ambientalista in appello (3). Nel merito, anche sulla base degli esiti delle verificazioni, sono stati respinti la più parte dei motivi di impugnazione.

L'unico blocco di motivi meritevole di accoglimento si è rivelato quello relativo ai provvedimenti di autorizzazione paesaggistica dell'intervento. Tali atti (rilasciati dal comune per sub-delega della regione secondo lo schema "transitorio" ex art. 159 del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, ossia adottati dal comune e sottoposti al controllo soprintendentizio (4)) sono stati ritenuti carenti di una adeguata motivazione: un intervento modificativo di enorme portata, con formazione di manufatti indubitabilmente alquanto massivi e destinati ad un inserimento non neutro in un contesto espressivo di valenze formali e, soprattutto, carico di rilevanza simbolico-identitaria (il fronte mare è per le città portuali solitamente l'immagine definitoria per antonomasia (5)), era stato infatti oggetto di valutazioni di compatibilità paesaggistica risoltesi in provvedimenti funzionali a veicolare le determinazioni autorizzatorio-abilitative ma incapaci di consentire una piena intelligenza delle ragioni sottese a tali decisioni. Provvedimenti "muti" proprio sul piano della spiegazione delle traiettorie seguite nell'apprezzamento delle caratteristiche fisiche (dimensionali-stilistiche-materiche, etc.) dell'intervento, delle valenze morfologico-identitarie dell'intorno rilevante, incapaci di indicare come l'unità di paesaggio si sarebbe trasformata per effetto dell'intervento programmato.

La caducazione da parte del Consiglio di Stato dell'autorizzazione paesaggistica ha dunque determinato il blocco di un intervento così discusso ma, soprattutto, ha lasciato priva di copertura giuridica la consistente parte dell'intervento già attuata, con formazione di imponenti volumi edilizi. Per tali manufatti, rimasti "a metà del guado", si è infatti determinata una situazione di grave incertezza, sul presupposto che, secondo l'art. 146 del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (codice dei beni culturali e del paesaggio), l'autorizzazione paesaggistica non può essere rilasciata in sanatoria e, secondo i successivi artt. 167, commi 4 e 5, e 181, comma 1-ter del codice del paesaggio, non sono neppure suscettibili di accertamento di compatibilità paesaggistica (geralmente definibile "sanatoria paesaggistica") gli interventi abusivi integranti la formazione di volumi e superfici utili incrementali.

Il giudizio di ottemperanza per accertamento esecutivo

Ad esito della pubblicazione della sentenza, la parte privata più direttamente interessata ha da subito evidenziato la necessità di procedere ad una mera riformulazione del segmento degli atti amministrativi ritenuto carente dal giudice amministrativo, identificabile nella sola parte motivazionale (la sentenza di merito aveva infatti espressamente statuito che l'annullamento "comporta che le amministrazioni statali e locali dovranno, attraverso i propri organi competenti, adottare nuove determinazioni dotate di una motivazione"). A fronte di tale prospettazione, sono tuttavia stati espressi dei forti dubbi, palesati in una nota del Capo di Gabinetto del Ministero dei beni e delle attività culturali, circa l'esatto contenuto conformativo della sentenza e, ancor prima, circa la disciplina applicabile in sede di riesercizio del potere, essendo nel frattempo esauritosi il periodo transitorio (al 31 di-

(2) Quest'ultimo ente eccepiva in giudizio il contrasto dell'intervento con il proprio PTCP e pertanto - in quanto portatore di un interesse proprio e legittimato in quanto tale a proporre un ricorso autonomo - non poteva limitarsi alla proposizione di un mero atto di intervento, strumento nella disponibilità di chi sia portatore solamente di un mero interesse di fatto, ed aveva invece onere di autonoma impugnazione. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XI ed., Torino, 2014, in part., 234; M. Nigro, *L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Atti del IX Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, I, Milano, 1984 (ora anche in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, 557).

(3) Sulla proponibilità di motivi aggiunti nel giudizio di appello A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., in part., 326; in senso contrario, M. Sanino, *Le impugnazioni nel pro-*

cesso amministrativo, Torino, 2012, in part., 155.

(4) La sentenza riporta la dichiarazione della Soprintendenza, la quale - offrendo un eloquente spaccato della realtà effettuale - ha dato atto in giudizio di non aver potuto procedere all'annullamento di tali autorizzazioni solo in ragione della contingente carenza di personale dovuta alle ferie estive.

(5) Invero gli interventi sul fronte-mare dovrebbero essere parte di una più generale *policy* per la zona costiera, connotata da strumenti propri e da una capacità di visione organica, denominata, sulla scorta del Protocollo di Madrid sulla gestione integrata delle coste mediterranee del 21 gennaio 2008, gestione integrata delle zone costiere: sul tema rinvio a E. Boscolo, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, in www.rivistaquadrimestraledirittambiente.it.

cembre 2009) ed essendo mutato radicalmente lo schema procedurale. Inoltre il Ministero ha rimarcato l'operatività del divieto di sanatoria per opere realizzate in ambito vincolato. A queste posizioni la società ha opposto una lettura della sentenza tale da imporre unicamente "la riedizione motivazionale, ora per allora, del titolo paesaggistico, secondo il regime all'epoca vigente".

Per uscire dalla condizione di insostenibile incertezza e ricordando che in caso di impossibilità di realizzazione dell'intervento il Comune di Salerno, in forza di una apposita clausola di garanzia contenuta negli atti convenzionali avrebbe dovuto restituire gli oneri versati per oltre 8.000.000 di euro ed anche il costo dei fabbricati già realizzati per oltre 16.000.000 di euro, la società promotrice dell'intervento (parte soccombente nel giudizio di merito) ha ritenuto opportuno rivolgersi nuovamente al Consiglio di Stato al fine di ottenere – ai sensi dell'art. 112, comma 5, del codice del processo amministrativo – i necessari chiarimenti circa l'esatta portata demolitoria, conformativa e ripristinatoria della sentenza emanata solo tre mesi prima dalla stessa VI Sezione di Palazzo Spada. La società ricorrente ha illustrato partitamente anche in tale sede la propria posizione. Il Comune di Salerno si è costituito rimarcando da par suo che il modello procedurale "a regime" (dettato dall'art. 146 del codice del paesaggio) avrebbe compresso il ruolo del comune stesso: al comune viene infatti richiesto un mero contributo istruttorio, con spostamento del potere decisorio reale in capo al Ministero (il cui parere è divenuto obbligatorio e vincolante). Il comune sosteneva da ultimo la legittimità dell'autorizzazione "in rinnovo" emanata nel frattempo sulla base del modello procedurale "transitorio", assunto dall'ente locale come ultrattivo. Si è costituita nel giudizio di ottemperanza anche Italia Nostra Onlus: l'associazione ha premesso di ritenere nulla per violazione-elusione del giudicato l'autorizzazione comunale "in rinnovo". Sulla stessa linea si è posto anche il Ministero per i beni e le attività culturali, anch'esso convinto che dovesse trovare applicazione il modello procedurale attualmente vigente e che l'autorizzazione emanata dal comune (ed ancora sottoposta all'esame ministeriale) fosse nulla e comunque elusiva del comando giurisdizionale, in quanto meramente descrittiva dell'opera già realizzata e dunque, ancora un volta, non adeguatamente motivata.

Il Consiglio di Stato è stato dunque chiamato a risolvere la delicata questione del rapporto tra effetto conformativo della sentenza (con conseguen-

te doverosa riesercitabilità del potere in senso conforme al *dictum* giurisdizionale) e *ius superveniens* di contenuto non compatibile con la garanzia dell'effetto utile preconizzato dalla sentenza. Ne è derivata una serie di affermazioni di grande rilevanza, al centro delle quali si pone il rapporto trilaterale tra gli effetti del giudicato (o, comunque, dell'esecutività della sentenza), lo *ius superveniens* e le diverse fasi del procedimento decisionale amministrativo.

La Sezione ha preso le mosse dalla precisazione secondo cui la particolare *species* di giudizio di ottemperanza delineata dall'art. 112, comma 5, c.p.a. assume un ruolo peculiare in una prospettiva funzionale ad assicurare un orizzonte di efficacia al principio di celerità dei giudizi amministrativi (art. 2, comma 2, c.p.a.): tale azione esecutiva di accertamento (ossia tesa all'accertamento dell'esatta portata ed effetti della sentenza da porre in esecuzione) è infatti preordinata a sbarrare *ex ante* ogni spazio ad iniziative in violazione o elusione del giudicato, suscettibili di trovare viceversa terreno fertile proprio in situazioni in cui le modalità concrete di attuazione di una sentenza amministrativa non siano sufficientemente chiare.

Premessa questa considerazione, dietro cui traspare l'idea della rappresentabilità della risposta giurisdizionale alla stregua di una risorsa scarsa, a soddisfacibilità non illimitata e dunque da preservare da situazioni potenzialmente atte a sfociare in rinnovati contenziosi, il ragionamento della VI Sezione si è articolato in uno schema per punti.

La regolarizzabilità delle opere realizzate con titolo annullato

Il primo punto ha ad oggetto la sorte delle (imponenti) opere già realizzate. La sentenza traccia una distinzione tra opere attuate in carenza di autorizzazione paesaggistica e opere attuate sulla base di una autorizzazione paesaggistica successivamente annullata. Il divieto di regolarizzazione fissato dall'art. 146, comma 4, del codice del paesaggio (al di fuori dei limitati casi di accertamento di compatibilità) opera – ad avviso del Consiglio di Stato – unicamente con riferimento alle prime. Ai casi di insussistenza dell'autorizzazione paesaggistica non possono invece essere assimilate – sempre secondo i giudici di Palazzo Spada – le fattispecie in cui l'attività costruttiva si sia svolta sulla base di un titolo venuto meno *ex post*: si tratta – spiega la sentenza – di due ipotesi insuscettibili di assimilazione e di soluzioni deducibili per inferenza analogica. In tal senso depone anche il confronto con la

(più completa) disciplina dell'edilizia, che tiene nettamente separate le due situazioni (si veda, in proposito l'art. 38 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 38 in tema di effetti dell'annullamento del permesso di costruire). Effettivamente una norma avente una funzione omologa rispetto all'art. 38 cit. nella disciplina del paesaggio manca: ci si può tuttavia domandare se colmare tale spazio fosse davvero compito del giudice. Inoltre, stante la retroattività dell'annullamento (che opera *ex tunc*), ci si domanda se sul connesso versante penalistico vi sia davvero spazio per la distinzione tracciata dal giudice amministrativo o se lavori attuati con autorizzazione paesaggistica poi annullata, in carenza di accertamento di compatibilità (6), non saranno comunque ritenuti atti ad integrare la condotta severamente punita dall'art. 181 del codice del paesaggio.

Il risultato di portata generale della prima sentenza in commento è quindi la (inattesa) definizione per via giurisprudenziale di una nuova categoria di opere astrattamente suscettibili di regolarizzazione paesaggistica, a dispetto della tassatività dei casi di "sanatoria" definiti dal legislatore. Una categoria che la sentenza non si è peraltro fatta carico di circoscrivere, anche se – come pare di intuire – il novero dei casi "regolarizzabili" non dovrebbe essere estensibile oltre le situazioni in cui l'annullamento dell'autorizzazione paesaggistica sia intervenuto per ragioni di ordine meramente formale come nel caso salernitano.

Lo *ius superveniens*: limiti di operatività processuali e procedimentali

Il secondo snodo affrontato dai giudici ha avuto ad oggetto la disciplina applicabile in sede di riesercizio del potere. Il Consiglio di Stato ha preso le mosse dall'affermazione del principio secondo cui gli atti amministrativi da emanare in attuazione del comando giurisdizionale devono conformarsi al quadro normativo vigente al momento della rispettiva assunzione (7), principio valevole anche nel caso di mutamento della disciplina organizzativa, procedimentale o sostanziale, applicabile durante la pendenza del giudizio (8). Riaffermata in termini

generali la dinamicità della funzione amministrativa in parallelo all'evoluzione delle norme e la non cristallizzabilità di un determinato assetto sostanziale neppure per effetto del giudicato, la sentenza fornisce l'importante precisazione secondo cui tale regola di adeguamento alla disciplina più aggiornata deve tuttavia essere sottoposta ad un duplice temperamento, rappresentato dalla sottoposizione ad "un giudizio di compatibilità processuale e procedimentale". Una precisazione che si aggiunge al principio consolidato secondo cui sono inopponibili alla parte vittoriosa i mutamenti ordinamentali successivi alla notifica della sentenza (9).

Sul piano della compatibilità processuale, la nuova normativa e l'attività amministrativa che ne costituisce esplicazione non può porsi in contrasto con gli accertamenti compiuti nel corso del giudizio sino a privare di effetti la sentenza (10). L'attività amministrativa esecutiva del giudicato deve quindi tendere comunque nella direzione indicata nella sentenza. Naturalmente, la stringenza di tale vincolo è diversa nelle situazioni in cui residua un potere di apprezzamento discrezionale in capo all'amministrazione e nelle situazioni in cui il potere ha invece natura vincolata od in quelle in cui per effetto degli elementi raccolti nel corso del giudizio si sia pervenuti ad una condizione di "discrezionalità esaurita", con conseguente spazio per un accertamento giurisdizionale pieno del rapporto giuridico.

Sul piano della compatibilità procedimentale, la normativa sopravvenuta e la conseguente attività amministrativa non devono porsi in contrasto con eventuali fasi del procedimento amministrativo definitivamente esauritesi nella vigenza della precedente disciplina e non oggetto di accertamento circa la sussistenza di specifici vizi. In particolare, la sentenza del Consiglio di Stato rimarca l'esigenza che l'attività di rinnovazione attuativa del comando giurisdizionale non si ponga in contrasto con i segmenti di attività procedimentale (o, meglio, con gli esiti istruttori, acquisitivi di fatti e interessi, preparatori alla decisione) non espressamente censurati dalla sentenza di annullamento (pur travolti dalla sentenza di annullamento del provvedimento in cui erano confluiti).

(6) S. Amorosino, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Bari, 2010, in part., 155.

(7) Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2012, n. 3569.

(8) Sul tema, E. Boscolo, *Silenzio-rifiuto su istanza di concessione e sopravvenienza di nuova disciplina urbanistica*, in questa *Rivista*, 1997, 794; G. Giorgi Gezzi, *Sulla "inesauribilità" del potere amministrativo*, in questa *Rivista*, 2002, 955; A. Travi, *Lezio-*

ni di giustizia amministrativa, cit., 372.

(9) Tale principio è stato affermato – come ampiamente noto – da Cons. Stato, Ad. Plen., 8 gennaio 1986, n. 1.

(10) A. Travi, *L'esecuzione della sentenza*, in *Tratt. Dir. Amm.*, dir. amm. spec., t. V, *Il processo amministrativo*, II ed., Milano, 2003, 4628.

Per completare lo schema si può aggiungere che, ove il soddisfacimento della pretesa affermata in sede giurisdizionale risultasse impossibile per effetto di una normativa sopravvenuta incompatibile, per il privato si aprirebbe, sulla scia del principio affermato dall'art. 34, comma 3, del codice del processo amministrativo, la strada del risarcimento dei danni, che in tal caso dovrebbe ristorare il privato leso dalla definitiva vanificazione di una pretesa accertata come fondata.

Questi principi sono stati applicati in termini paradigmatici nel caso salernitano.

Dal principio di applicabilità dello *ius superveniens* è derivata l'affermazione secondo cui non vi è alcuno spazio per provvedimenti "ora per allora" (11): l'attività amministrativa "in rinnovazione" dovrà seguire il modulo procedurale a regime, con conseguente riassunzione di un ruolo centrale da parte della Soprintendenza.

Tale attività avrà ad oggetto unicamente l'espressione di una adeguata motivazione rispetto alla decisione favorevole che si è ritenuta derivare dall'istruttoria a suo tempo compiuta e non travolta – a dire del Consiglio di Stato – dalla sentenza di annullamento per difetto di motivazione (12). Le due sentenze offrono molteplici spunti di riflessione; in questa sede ci limiteremo a coglierne per esigenze di brevità solo due: l'uno legato alla motivazione delle autorizzazioni paesaggistiche e l'altro riferito al profilo che il Consiglio di Stato ha definito giudizio di compatibilità procedurale posto in correlazione con la portata della sentenza di annullamento per carenza di motivazione e con conseguente estensione dell'effetto conformativo.

La motivazione: una trascrizione del bilancio di senso

La motivazione espressa dal Comune di Salerno, secondo quanto indicato nella prima delle due sentenze in commento, non andava oltre alcune proposizioni tese ad affermare, in termini meramente assertivi, un giudizio sintetico di compatibilità dell'intervento. La sentenza non si è limitata all'annullamento di tali atti ma ha proposto un impe-

gnativo paradigma espressivo dei passaggi logici su cui dovrebbe necessariamente soffermarsi una motivazione idonea ad assolvere la funzione ad essa assegnata entro la struttura del provvedimento di autorizzazione paesaggistica delineata dall'art. 146 del codice del paesaggio (13). La sentenza di merito del Consiglio di Stato mostra esemplarmente come, molto spesso, l'autorizzazione – sotto il profilo della propria componente linguistico-comunicativa – si riduca impropriamente a mero vettore di definizione-esplicitazione della portata precettiva del provvedimento (una sorta di macro-dispositivo), utile dunque nell'individuazione delle opere autorizzate, ma inidoneo ad esplicitare con sufficiente chiarezza le ragioni sottese al giudizio di compatibilità.

La motivazione dell'autorizzazione paesaggistica è sempre stata ritenuta necessaria quale contrappeso di una scelta ampiamente discrezionale, intrinsecamente caratterizzata da una ineliminabile componente valutativa in quanto interrelata a concezioni valoriali soggettive (a loro volta legate a non definite dogmatiche estetiche, ciascuna influenzata da una particolare "idea del bello" (14)). L'assioma della ineliminabile discrezionalità del provvedimento autorizzativo, costituisce una sorta di "mito fondativo" del diritto del paesaggio e a tale concezione corrisponde il riflesso processuale di una non piena sindacabilità dell'autorizzazione: la componente qualificabile con il merito dell'atto in tale prospettiva finisce per identificarsi con ampia parte del provvedimento stesso (15).

L'autorizzazione paesaggistica è richiesta, sulla scia dell'architettura regolatoria impostata dalla legge Bottai del 1939 e in gran parte recepita nel codice del 2004, per interventi di trasformazione incidenti su beni vincolati, ossia per interventi modificativi di beni e areali caratterizzati da una esorbitante rilevanza estetico-formale. Il tema non è quindi inciso, se non in termini marginali, dall'evoluzione subita dalla nozione di paesaggio che, sulla spinta della Convenzione Europea del Paesaggio firmata a Firenze nell'ottobre 2000, estende tale categoria all'intero territorio, mantenendo tuttavia una netta distinzione – ripresa dall'art. 131 del

(11) S. Perongini, *La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. I, Le diverse tipologie di provvedimenti "ora per allora"*, Napoli, 1995.

(12) All'atto pratico, la Soprintendenza, che ha costantemente avversato l'intervento, dovrà esprimere un parere obbligatorio e vincolante suscettibile di essere trasfuso nella rinnovata motivazione delle autorizzazioni paesaggistiche *ex post*. Una situazione indubbiamente non poco paradossale, che ci ricorda tuttavia come la motivazione non abbia la funzione di

esprimere l'*animus* del singolo funzionario o della singola struttura, ma abbia una dimensione maggiormente oggettiva e dunque impersonale.

(13) M. R. Spasiano, *Commento all'art. 146, in Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. A. Sandulli, II ed., Milano, 2012, 1118.

(14) R. Bodei, *Le forme del bello*, Bologna, 1995.

(15) Da ultimo, B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.

codice (nella versione modificata nel 2008, proprio in recepimento della Convenzione) – tra beni paesaggistici (gravati dal vincolo) espressivi di preminenti valori estetico-formali, paesaggi diffusi, espressivi di valori identitari (avvertiti dalle comunità locali, solitamente fuori da ogni dimensione di monumentalità (16)), e beni e paesaggi degradati (17). La funzione di tutela che si esprime attraverso il controllo previo su ogni trasformazione garantito dallo strumento dell'autorizzazione paesaggistica ha ad oggetto unicamente il primo strato di beni, mentre rispetto al secondo strato deve trovare spazio una politica tesa all'innalzamento continuo della qualità diffusa e rispetto al terzo strato devono essere attivati interventi di riqualificazione. Questo non significa che non vi sia urgenza di una rivalutazione del traliccio inquadramento categoriale anche di questa figura di antico conio.

La prima delle due sentenze in commento rimarca un bisogno di maggior analiticità della motivazione: vanno cioè evitati giudizi sintetico-riassuntivi ed un tale risultato presuppone la scomposizione e rappresentazione distinta delle acquisizioni operate in sede istruttoria dal comune e delle conseguenti decisioni nei rispettivi segmenti elementari. “La motivazione deve indicare”, ai sensi dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, “i presupposti di fatto ... in relazione alle risultanze dell'istruttoria”: la motivazione è dunque innanzitutto ricostruzione mediante segni linguistici di quanto accertato dall'amministrazione nella fase conoscitiva predecisionale e quindi esplicitazione delle valutazioni da essa effettuate a partire da tale materiale (18). Parlare della motivazione, come ha fatto il Consiglio di Stato (e nei termini in cui l'ha fatto) significa dunque allargare l'orizzonte dal piano formale alla struttura logica del procedimento ed alle basi sostanziali della decisione finale (19). Affermare, entro il solco della tripartizione delineata dal giudice amministrativo, che la motivazione deve esprimere una compiuta

descrizione: a) del bene da inserire, b) del contesto entro cui il primo deve trovare collocazione e c) delle possibilità di armonico inserimento significa quindi gettare un fascio di luce sulla dorsale logica sottesa alla decisione. Una tale operazione consente, nel contempo, di rendere correttamente rappresentabile tale decisione alla stregua di un giudizio prognostico circa gli effetti dell'inserimento in un orizzonte caratterizzato da relazioni di equilibrio tra forme diverse di un elemento potenzialmente perturbativo. La sentenza denuncia come un tale giudizio si riduca invece troppo spesso ad una espressione sintetica (*rectius* ermetica) circa la “congruità” dell'intervento proposto. Il Consiglio di Stato mette definitivamente al bando un tale schema motivazionale “sincopato”: occorre necessariamente “spacchettare” il giudizio nei suoi elementi costitutivi. Richiamando una coppia forgiata negli studi di linguistica pragmatica, si potrebbe dire che la sentenza del Consiglio di Stato indica come la motivazione “in orizzontale” debba soffermarsi su tutti i profili indicati (in linguistica il tema o *topic*: ciò di cui si deve parlare) e “in verticale” debba indicare, per ciascuno di essi, per quali ragioni l'intervento proposto sia congruo ed accettabile (il rema o *comment*: ciò che si deve dire) (20).

Occorre soffermarsi preliminarmente sul rema. La sentenza impone che sia reso esplicito il percorso di una operazione complessa che passa, in primo luogo, per il riconoscimento della tipologia di messaggi di senso e dei codici semantici espressi da una unità di paesaggio (cosa esprime quella particolare unità di paesaggio? senso formale, senso testimoniale, senso identitario, etc.). Tale percorso prosegue poi attraverso il riconoscimento dei “funzionamenti” dell'unità di paesaggio esposta alla percezione (21); in particolare, alla seconda domanda si risponde mediante la destrutturazione dei codici sintattici e semantici della “meccanica” che la forma del territorio, per citare Predieri (22),

(16) P. Castelnovi, *Società locali e senso del paesaggio*, in *Interpretazioni di paesaggio*, a cura di A. Clementi, Roma, 2002, in part., 184; di “dimensione sociale” ha parlato D. Sorace, *Paesaggio e paesaggi della convenzione europea*, in *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, a cura di G. F. Carlei, Bologna, 2007, in part., 20.

(17) E. Boscolo, *La nozione giuridica di paesaggio identitario ed il paesaggio ‘a strati’*, in *La nuova disciplina del paesaggio: commento alla riforma del 2008*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2009, 57, con ampi riferimenti bibliografici.

(18) G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 774; A. Romano Tassone, *Motivazione (dir. amm.)*, in *Diz. Dir. Pubbl.*, a cura di S. Cassese, VI, Milano, 2006, 3741; Id., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987.

(19) Va ricordata la tesi di M. S. Giannini (Id., *Motivazione*

dell'atto amministrativo, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 268), secondo cui la motivazione non rappresentava una mera esternazione (cd. motivazione in senso formale) ma coincideva con le ragioni stesse della decisione (cd. motivazione in senso sostanziale); sul punto si veda anche A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, 444.

(20) R. Simone, *Fondamenti di linguistica*, Bari, 2008, in part., 372; su motivazione “in orizzontale” e “in verticale”, si veda R. Scarciglia, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, Milano, 1996.

(21) Attività che – secondo le neuroscienze – rimanda il messaggio visivo ad un set di conoscenze-esperienze del percettore, educato, ad es., a riconoscere come bello un apparato formale giocato su registri formali classicheggianti.

(22) A. Predieri, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, in part., 504 ss.

espone alla percezione: il riferimento va dunque ad una sotto-struttura fatta di dominanze e gerarchie iconiche, di simmetrie e 'fuori scala', segnata dalla presenza di marcatori e detrattori della percezione (23), etc. La consapevolezza chiara e distinta delle dimensioni in cui si articola il giudizio di compatibilità consente di cogliere come tale attività assuma le fattezze di una simulazione degli effetti che il nuovo oggetto con le proprie caratteristiche simboliche, stilistiche, materiche, cromatiche, etc. avrebbe sulla trama delle relazioni compositive che genera il senso proiettato dalla percezione di quel particolare bene paesaggistico. Si può quindi approdare ad una conclusione: un ampio tratto di tale operazione è retta da logiche oggettivanti (la messa in rilievo della sotto-struttura degli equilibri iconici o il riconoscimento del rango di marcatore di un elemento, per fare solo due esempi, hanno il carattere proprio degli acclaramenti, scevri da ogni apporto di matrice valutativa). Ogni richiamo a categorie vaghe come l'armonicità o ad un carattere di sintesi come la congruità, ossia alle categorie indefinite che hanno sin qui tenuto il campo, finisce quindi per impedire ogni scavo sotto la superficie e, di conseguenza, diviene fattore giustificativo del perpetuarsi dell'insoddisfacente condizione di limitata comprensibilità-sindacabilità di provvedimenti autorizzatori così costruiti (24). Riassuntivamente, si può quindi affermare che il giudizio di compatibilità si sostanzia nella redazione di un bilancio valoriale: la domanda di fondo attiene agli effetti sull'unità di paesaggio del nuovo inserimento, effetti che potranno accentuare l'attitudine a generare senso alla percezione ovvero pregiudicare o diminuire tale attitudine. Il tutto su basi largamente oggettive e ripetibili, lungi dal riconoscere spazio a soggettivismi di sorta, in un panorama conoscitivo entro cui le scienze umane (la storia dell'arte e dell'architettura, fra le altre, utili nella decodifica della intenzionalità di senso in caso di paesaggi costruiti) si integrano con le scienze della percezione (ad esempio, la gestaltica) (25).

(23) L'occhio umano non percepisce l'immagine di un paesaggio in termini olistici e sinottici, ma - come hanno insegnato gli studi sulla mente - è "catalizzato" da alcuni elementi, prima e più che da altri.

(24) Per contro, l'oggetto da inserire, anch'esso scomposto nelle sue dimensioni di base, sarà propriamente confrontabile con il tessuto delle relazioni di senso e con la meccanica della percezione riferibili ad un intorno previamente identificato (corema), con conseguente possibilità di modellizzazione (pressoché esatta) delle conseguenze sul piano della percezione valoriale e visiva del corema in questione.

La motivazione entro questo schema ricostruttivo dovrebbe quindi, come indica la formula dell'art. 3 della legge generale sul procedimento, dare analiticamente conto di questi diversi ordini di analisi applicate alla fattispecie e di come sia stata redatta la "mappa del senso percepito" in quel particolare contesto ed in vista di una possibile vicenda perturbativa particolare. La motivazione dovrebbe quindi costituire null'altro (ma nulla di meno) che una fedele trascrizione del bilancio di senso redatto secondo queste tecniche: l'attività del motivare dovrebbe quindi rappresentare, come è stato recentemente notato, "la necessaria connessione fra l'attività istruttoria e l'attività decisoria della p.a." (26). A quanto indicato dal Consiglio di Stato si potrebbe aggiungere solo un elemento ulteriore: la motivazione dovrebbe dare conto anche dell'insussistenza di soluzioni di minor impatto; in altri termini, l'autorizzazione paesaggistica dovrebbe essere rilasciata solo ad esito di una positiva verifica circa l'impossibilità di realizzazione della trasformazione programmata in forme atte a determinare un minor sacrificio della capacità di senso del bene paesaggistico: non sarebbe cioè autorizzabile una soluzione di impatto accettabile ma soltanto la soluzione di minor impatto.

Una motivazione così redatta, entro lo schema indicato dal Consiglio di Stato, specchio di un procedimento articolato per acclaramenti successivi, avrebbe finalmente piena attitudine a garantire adeguata comprensione delle traiettorie che hanno condotto all'identificazione della soluzione capace di maggior preservazione dell'attitudine del bene paesaggistico a produrre senso ossia, detto altrimenti, a garantire la produzione-diffusione di servizi culturali: una decisione non solo conoscibile, ma tendenzialmente oggettiva, ripetibile e dunque anche più ampiamente sindacabile.

Gli effetti (deboli) dell'accoglimento del vizio di carenza di motivazione

Ricordando le pagine della *Giustizia amministrativa* di Mario Nigro (27), l'epilogo non poco para-

(25) E. Boscolo, *Paesaggio e tecniche di regolazione*, in *Urbanistica e paesaggio*, a cura di G. Cugurra, E. Ferrari, G. Pagliari, Napoli, 2006, 59. G. Kanizsa, *Grammatica del vedere. Saggi su percezione e gestalt*, Bologna, 1980; in questo filone di studi si mettono in rilievo le dimensioni ottico-cognitive della percezione; in questa direzione si veda anche M. Wertheimer, *Sulla teoria della forma*, Milano, 1992.

(26) A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, in part., XXV.

(27) M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, VI ed. (a cura di E. Cardi, A. Nigro), Bologna, 2002, in part., 313.

dossale della vicenda salernitana, con imposizione alla soprintendenza del vincolo a motivare una scelta autorizzativa che l'organo statale pare non avere condiviso sin da principio, mette anche in evidenza come il contenuto conformativo del giudicato amministrativo si riduca notevolmente in caso di accoglimento di vizi di matrice meramente formale, come il difetto di motivazione (28); la lettura di ampie parti della sentenza di merito avrebbe potuto indurre ad attribuire alla bocciatura dell'intervento conseguenze ben più rilevanti, ma il dispositivo della sentenza di merito esprime invece una posizione più prudente ed ha indicato la necessità della reiterazione della sola parte motiva (29). Il punto vero è tuttavia un altro. La scelta processuale dell'associazione ricorrente era stata nel senso della deduzione avverso le autorizzazioni paesaggistiche del solo vizio di carenza della motivazione: ha quindi trovato applicazione il principio secondo cui la parte non direttamente travolta dall'effetto eliminatorio dell'annullamento, ancorché il provvedimento venga rimosso nella sua interezza, non può dirsi cancellata dal mondo giuridico. L'accoglimento del ricorso in ragione della rilevazione di un determinato vizio, in altre parole, fa risaltare in negativo la parte del provvedimento immune da vizi (30) e rende quest'ultima validamente assumibile a base non contestabile in sede di riesercizio del potere (31). L'effetto eliminatorio e l'effetto conformativo della sentenza amministrativa coprono quindi aree non coincidenti (32): da qui l'impressione che parti del provvedimento resistano all'annullamento mentre, a ben vedere, tali "segmenti predecisori" divengono traiettorie obbligate per l'amministrazione ove necessiti una ulteriore attività amministrativa per garantire effetti utili alla sentenza.

Per le rilevanti implicazioni che un tale fenomeno postula, il perimetro di operatività di tale principio meriterebbe sicuramente una qualche precisazione. Le sentenze in commento offrono anche a quest'ultimo proposito un'altra suggestione: l'idea del limite di compatibilità procedurale che i giudici di Palazzo Spada hanno ampiamente valorizzato ai fini della verifica della prevalenza da riconoscere allo *ius superveniens* si presterebbe ad una agevole trasposizione sul versante della necessaria esplicitazione dei tronconi di procedimento e dei blocchi di acquisizioni istruttorie e predecisorie che si assumono non scalfiti dall'annullamento. Nel caso salernitano un primo sforzo in tale direzione è sicuramente riscontrabile, anche se non è comunque bastato ad evitare il giudizio di ottemperanza, a riprova di come possano spesso residuare in capo alle parti coinvolte prospettazioni divergenti su tale decisivo profilo. Proprio nella logica di prevenzione di possibili conflitti esecutivi (necessitanti di un accertamento *ex art.* 112, comma 5, c.p.a.), a cui si è richiamato in questa occasione il Consiglio di Stato, sarebbe quindi opportuno che tali "residui" capaci di una vita giuridica successiva all'annullamento del provvedimento non fossero identificabili unicamente mediante un processo interpretativo a posteriori, ma venissero indicati in maniera più precisa dal giudice stesso nella sentenza di merito, non già per circoscrivere l'effetto della sentenza di annullamento in ragione del vizio riscontrato e dei motivi di ricorso accolti (secondo un orientamento i cui fondamenti codicistici restano dubbi (33)) bensì per rendere più distintamente intelligibili i contenuti dell'effetto conformativo (gli "effetti orientati al futuro", come li definisce il Consiglio di Stato sulla scia della nota dottrina (34)) rispetto alla successiva attività amministrativa.

(28) A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, cit., in part., 85, con ampi e aggiornati riferimenti giurisprudenziali.

(29) Contro una concezione "topografica" che riduce la portata della sentenza al contenuto del solo dispositivo, si vedano le pregnanti considerazioni espresse da B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989, in part., 122. Sulla "riproduzione" del provvedimento si vedano le pagine sempre attuali di M. Nigro, *Sulla riproduzione dell'atto amministrativo annullato per difetto di motivazione*, in *Foro It.*, 1958 ed ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, 441; F. Satta, *Giustizia amministrativa*, III ed., Padova, 1997, 447; da ultimo, C. Cacciavillani, *Il giudicato*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. Scoca, V ed., Torino, 2013, 559.

(30) "Affermare che l'amministrazione non poteva adottare un certo atto con certe modalità equivale ad affermare che l'amministrazione doveva provvedere con altre modalità": A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 310; M. Clarich,

Giudicato e potere amministrativo, Padova, 1989, in part., 137, con riferimento al ruolo che la deduzione dei motivi di ricorso assume anche in relazione ai contenuti ed alla portata effettiva del giudicato.

(31) Queste parti del provvedimento impugnato non sono investite dall'effetto preclusivo che deriva dalla sentenza amministrativa: C. E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, V ed., Torino, 2010, 269.

(32) M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Atti del XXVI Convegno di studi amministrativi*, Milano, 1983 ed ora in Id., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, in part., 1525.

(33) A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in questa *Rivista*, 2011, 936; L. Bertonazzi, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1128.

(34) M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., *passim*.

Da ultimo, le due sentenze mostrano in termini paradigmatici come l'accoglimento del motivo di ricorso relativo al difetto di motivazione, pur superata l'idea che si possa trattare di un vizio meramente formale non invalidante nel senso espresso dall'art. 21-octies della L. n. 241/90, è atto a determinare la caducazione (non modulabile) del provvedimento, ma per il futuro non "vincola" in termini stringenti l'amministrazione ad orientarsi sul piano sostanziale in una direzione diversa rispetto a quella seguita in precedenza (35).

Nel caso salernitano l'insoddisfazione deriva essenzialmente dall'aver attribuito (sulla scia delle deduzioni dell'associazione ricorrente e nei limiti delle stesse) alla motivazione un rilievo unicamente comunicativo-esplicativo (motivazione in senso formale), mentre – come si è visto – la motivazione (quale elemento strutturale dell'atto) ha un ruolo molto più pervasivo, divenendo – proprio attenendosi alla griglia logica dettata dal Consiglio di Stato – la parte visibile di una ben più profonda revisione del modulo decisionale, te-

ma quest'ultimo rimasto invece in ombra nelle due sentenze.

Scrivere anche *ex post* una motivazione nei termini logici indicati dal Consiglio di Stato significherebbe comunque andare senza riserve al fondo della fase conoscitivo-valutativa nella quale allignano elementi non condivisibili da parte dell'organo oggi competente: una motivazione così concepita ha una inarginabile dimensione sostanziale non disgiungibile dalla sottostante sfera acquisitiva e decisionale. È allora questo il piano su cui si manifesta la contraddizione intrinseca che percorre le decisioni – formalmente ineccepibili e anzi di grande qualità – in commento: avere restituito la competenza al soggetto che ha avversato la conclusione positiva all'intervento ed avergli nel contempo assegnato unicamente il compito di forgiare una adeguata motivazione ai rinnovati provvedimenti autorizzatori peraltro sananti di quanto già realizzato. L'impressione finale è che, transitata la competenza principale alla Soprintendenza, la vicenda salernitana non possa dirsi davvero definitivamente conclusa.

(35) Sempre M. Nigro parlava in proposito di effetto vincolante secondario, in giustapposizione ai casi in cui l'effetto

conformativo della sentenza vincola in maniera rigida il riesercizio del potere (Id., *Giustizia amministrativa*, in part., 214).

Avvalimento

Avvalimento delle certificazioni di qualità: *non liquet*

CONSIGLIO DI STATO, sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887 – Pres. Romeo – Est. Russo – Ericsson Telecomunicazioni s.p.a. c. Ministero dell'Interno

L'impossibilità dell'avvalimento delle certificazioni di qualità consegue alla evidente, materiale irriproducibilità della qualità fuori dal contesto in cui è generata e viene certificata. Sussiste, infatti, una intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso e il riconoscimento della qualità, tale da conferire alla relativa certificazione un connotato d'insopprimibile soggettività.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cons. Stato, sez. III, 4 giugno 2013, n. 3053; T.A.R. Roma, sez. I-ter, 24 aprile 2013, n. 4126; T.A.R. Roma, sez. II, 30 aprile 2012, n. 3892; T.A.R. Roma, sez. II-ter, 22 dicembre 2011, n. 10080; T.A.R. Napoli, sez. I, 13 ottobre 2011, n. 4769; T.A.R. Sardegna, sez. I, 6 aprile 2010, n. 665
Difforme	Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2014, n. 412; Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125; Cons. Stato, sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2832; Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1368; Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5408; Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3066; Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; T.A.R. L'Aquila, sez. I, 22 maggio 2014, n. 484; T.A.R. Veneto, sez. I, 30 gennaio giugno 2014, n. 128; T.A.R. Roma, sez. II-ter, 13 gennaio 2014, n. 337; T.A.R. Napoli, sez. III, 20 dicembre 2013, n. 5965; T.A.R. Catania, sez. III, 19 dicembre 2013, n. 3074; T.A.R. Palermo, sez. III, 5 giugno 2013, n. 1228; T.A.R. Bari, sez. I, 20 maggio 2013, n. 783; T.A.R. Napoli, sez. I, 29 aprile 2011, n. 813

Diritto

Nel merito, l'appello non può esser condiviso.

Sulla delicata questione per cui è causa, il Collegio non può esimersi dal riscontrare una certa qual differenza di opinioni sull'oggetto ed il limite dell'avvalimento per le certificazioni di qualità ed ambientali, per vero non espressamente previsti dall'art. 48, § 3) della dir. n. 2004/18/CE e dalle omeomorfe norme nazionali.

Ora, il citato art. 48, § 3), che regola le capacità tecniche e professionali per la partecipazione agli appalti pubblici, stabilisce che l'operatore "... può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi ...". La norma precisa altresì l'obbligo dell'impresa, anche se raggruppata e che vuol avvalersi della capacità tecnica e professionale altrui, di provare "... all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie ...". Dal canto suo, l'art. 49, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006 ripete la norma comunitaria, all'uopo obbligando l'impresa ausiliata "... una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria ...". In base a ciò, non nega il Collegio che la norma europea ha un'efficacia generale, nel senso che ammette, senza rilevanti differenze o preclusioni, l'avvalimento per ogni tipo di requisito tecnico professionale o finanziario (sul carattere generale dell'i-

stituto, anche per gli avvalimenti "plurimi", cfr., da ultimi, Corte giust. UE, 10 ottobre 2013, causa C-94/12), limitandosi a prescrivere la specificità dell'indicazione dei requisiti utilizzati e dell'impresa ausiliaria.

Non fatica il Collegio a constatare che, sul piano letterale, l'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, disciplinando l'istituto dell'avvalimento, non vieta in modo categorico qual requisito soggettivo sia, o no, dimostrabile per mezzo di tal contratto che, dunque, assume una portata generale. È infatti noto che, nell'ottica dell'ordinamento UE, l'avvalimento miri ad incentivare la concorrenza, nell'interesse delle imprese, agevolando l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti. Sicché, anche per il Collegio, va esclusa ogni lettura aprioristicamente restrittiva dell'ambito operativo dell'istituto, se non per quelli, ma solo perché già predefiniti ed inderogabili, di cui agli artt. 38 e 39 del D.Lgs. n. 163/2006.

Né si può sottacere l'avviso, anche di altre Sezioni di questo Consiglio, per cui, se tutti i requisiti tecnico-professionali possono costituire oggetto di avvalimento per il legislatore europeo, dunque ciò può riguardare le certificazioni di qualità aziendale. Tanto in relazione all'art. 48, § 2), lett. j-ii) della dir. n. 2004/18/CE, in virtù del quale l'operatore può dimostrare la propria capacità tecnica per i prodotti da fornire per mezzo, tra l'altro, di certificati rilasciati da istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo della qualità.

6. Tale impostazione, che è poi la tesi dell'appellante, non è stata condivisa dal TAR, anche in base al citato parere dell'AVCP del 2012, nel senso, cioè, che la normativa comunitaria ed il D.Lgs. n. 163/2006 dettano un differente regime circa l'avvalimento con riguardo alle certificazioni di qualità e di gestione ambientale.

Ad avviso del TAR, gli artt. 49 e 50 della dir. n. 2004/18/CE non prevedono espressamente l'avvalimento per tali certificazioni, che può concernere, in modo quanto più liberale è possibile, i requisiti di capacità tecnica ed economica.

Non così si deve dire per quei requisiti di natura soggettiva, che riguardano, come le certificazioni di qualità, vicende non solo organizzative, ma soprattutto di *status* dell'imprenditore certificato e nella misura in cui egli, e non altri, ha ottenuto la certificazione stessa. Dal che l'impossibilità, anche agli occhi del Collegio e fermi i principi dianzi riferiti sull'ampia utilizzabilità dell'istituto, che tali "qualità" siano rese disponibili e comunicabili a terzi, nelle procedure ad evidenza pubblica che impongano il possesso delle certificazioni *de quibus*. Tal assunto non è revocabile in dubbio, certo non con riguardo all'art. 48, § 3), in virtù del quale l'operatore "... può ... fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi ...". Ma tal espressione, nella sua così ampia formula, non è dirimente nel senso voluto dall'appellante, ma dice solo che l'avvalimento può concernere ogni capacità altrui, ovviamente che non sia un requisito soggettivo o di *status*.

Insomma, il § 3) non dice nulla più, con un argomento per vero circolare, che l'avvalimento si può fare in tutti i casi in cui ciò è consentito, purché se ne dia idonea contezza, senza formalità solenni o predefinite, ma in modo verificabile e con oggetto specifico.

Neppure convince la tesi dell'appellante, a confutazione dell'argomento del TAR in ordine agli artt. 49 e 50 della direttiva n. 18, secondo cui le due norme non disciplinano le misure relative alla qualità, ma indicano i casi in cui, in assenza dei certificati, può esser fornita la prova sull'impiego di misure equivalenti a quelle oggetto di certificazione. Questo è materialmente vero, ma non dà risposta al quesito oggetto del contendere.

In altri termini, il TAR (ed il Collegio, dal canto suo) afferma l'impossibilità d'evincere dalle regole degli artt. 49 e 50 null'altro che un mero mezzo di prova sostitutiva delle certificazioni. Nulla si dice circa la sicura utilizzabilità, da parte dell'impresa ausiliata, di tali strumenti alternativi, donde l'irrelevanza d'ogni esegesi delle regole stesse al fine propugnato dall'appellante. Insomma, ciò che qui è in discussione non è affatto il *quid*, il *quantum* o il *quomodo* dell'avvalimento sulle qualità certificate in tal modo, ma se queste ultime possano lecitamente formare oggetto di avvalimento. Tanto soprattutto se si considera che i certificati di qualità costituiscono una sorta di requisito soggettivo speciale, dalla legge di gara espressamente previsto come una condizione, non legale, ma pur sempre obbligatoria sia per la partecipazione alla gara per cui è causata, sia per l'esecuzione della prestazione dedotta in appalto.

Non dura fatica il Collegio a ritenere che, quale requisito soggettivo speciale, l'impresa titolare ne possa fornire idonea dimostrazione anche in modo indiretto, ma ciò riguarda se stessa, non certo o non per forza la possibilità di altri d'avvalersene grazie a tal indiretta prova.

7. L'avvalimento, quindi ed anche nel caso in esame, va letto secondo la sua funzione propria (arg. *ex* Cons. Stato, sez. III, 1° ottobre 2012, n. 5161), nel senso che tal istituto risponde sì all'esigenza della massima partecipazione alle gare consentendo ai concorrenti, che siano privi dei requisiti richiesti dal bando, di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, ma che il sotteso favore alla massima concorrenza deve assicurare la massima garanzia per la stazione appaltante e per la sicura ed efficiente esecuzione degli appalti.

Appunto per questo non va sminuito il passaggio del TAR sull'evidente scissione tra titolarità del contratto aggiudicato e responsabilità della sua materiale esecuzione, quale risultante di un avvalimento sulle certificazioni *de quibus*.

Reputa al riguardo il Collegio che la certificazione di qualità si connota dal fine di valorizzare tutti e ciascun elemento di eccellenza nell'organizzazione complessiva dell'impresa. Certificando siffatta qualità, dunque, il competente organismo non fa che constatare come tal organizzazione sia e si mostri preordinata ed abile a raggiungere e mantenere nel tempo lo standard di qualità chiesto dalla relativa norma tecnica. Il che è come dire che il dato di qualità è un metodo ed un *know how* che trascende, perlomeno finché è in grado di durare, la mera efficienza nella strutturazione dei fattori della produzione e diviene l'essenza stessa dell'impresa, di per sé e *coeteris paribus* non riproducibile tal quale all'esterno.

Già l'avvalimento d'ogni requisito tecnico implica la sostituzione del sotteso dato organizzativo e produttivo dell'impresa ausiliare a quello, inidoneo per l'interesse dedotto in appalto, dell'impresa ausiliata. Dal che l'obiettiva e notoria "difficoltà", al di là dell'enfasi liberale sull'uso dell'istituto, di precisarne l'oggetto tra le parti del relativo contratto, nonché i parimenti conosciuti "problemi" agitati in giurisprudenza sull'adeguatezza di siffatte precisazioni. A più forte ragione, quando si intendano comunicare requisiti soggettivi speciali come le citate certificazioni, il contenuto del contratto d'avvalimento resta o sfuggente (e, dunque, nullo per indeterminabilità o assenza dell'oggetto) o impossibile (perché tutta l'azienda ausiliare dovrebbe esser trasferita così com'è e per tutta la durata dell'appalto). Piace allora al Collegio sul punto citare un precedente arresto della Sezione (cfr. Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344), il quale, pure, riconduce la certificazione di qualità tra i requisiti di carattere tecnico-organizzativo che possono essere oggetto di avvalimento. Ebbene, la Sezione allora affermò che «... una volta ammessa l'astratta operatività dell'avvalimento, non può essere trascurata l'evidente difficoltà "pratica" di dimostrare, in concreto, l'effettiva disponibilità di un requisito che, per le sue caratteristiche, è collegato all'intera organizzazione dell'impresa, alle sue procedure interne, al bagaglio delle conoscenze utilizzate nello svolgimento delle attività ...».

Proprio in ciò risiede la “soggettività” dei requisiti stessi e la conseguente impossibilità di dedurli in avvalimento, si badi, non per l’angustia della norma nazionale rispetto a quella comunitaria, né a causa di interpretazioni fallaci o grette. L’impossibilità dell’avvalimento si ha solo a causa della evidente, materiale irriproducibilità, al di là, cioè, d’ogni diritto positivo o di mentalità giuridica, della qualità fuori dal contesto in cui è generata e viene certificata. Sussiste evidente l’intima correlazione tra l’ottimale gestione dell’impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità, cosa, questa, che conferisce alla relativa certificazione un connotato, tutt’altro che implicito, d’insopprimibile soggettività.

Anche ad accedere, perciò, alla tesi dell’appellante, la rigorosa applicazione dell’art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 implicherebbe pur sempre, per *communis opinio* della giurisprudenza (cfr. appunto, Cons. Stato, sez. III, n. 2344/2011, cit.), che l’impresa ausiliaria dovrebbe prestare non il requisito “soggettivo” di qualità quale mero valore astratto, ma tutti i fattori della produzione e tutte le risorse proprie, necessari ad assicurare gli indispensabili livelli di qualità nell’esecuzione dell’appalto. precisando poi i criteri d’ammissibilità come testé esposti nel periodo precedente. Al di là del modo di confezionarne in concreto il contratto, l’avvalimento nella specie è “difficile” non per la modalità di redazione di quest’ultimo, ma proprio perché dimostrare la concretezza dell’impegno, quando si deve prestare una qualità e non un altro requisito tecnico o finanziario, non attingerà la soglia della meritevolezza e della specificità, se non dissimulando la sostanza del subappalto. Si avrebbe così un uso incongruo dell’avvalimento, teso, nei fatti almeno, a dissimulare una sorta di subappalto tra impresa ausiliaria (che, per forza, deve mettere a disposizione tutto ciò che serve a produrre e generare la qualità certificata) e quella ausiliata.

Da ciò discende, per un verso, che l’intima connessione tra qualità e *status* (non importa quanto transeunte) dell’impresa ausiliaria comporta che l’una non è cedibile ad altre organizzazioni se non congiuntamente all’altro, ossia in una con l’intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità. Discende altresì, senza che ciò suoni a disparità di trattamento (se non nella natura delle cose), la non assimilabilità, per oggetto, di ciò che vale per gli appalti di lavori –per i quali l’attestazione SOA è l’inscindibile sintesi d’un insieme eterogeneo di requisiti, tra cui quelli di qualità e come tale deducibile in avvalimento nella sua totalità –, rispetto alle forniture ed ai servizi, per i cui appalti la qualificazione non è predefinita, né centralizzata. Discende infine la non necessità di rimettere la presente questione alla Corte di giustizia UE, in quanto in realtà la questione non attiene all’interpretazione ed all’uso dell’avvalimento, ma riguarda il concetto stesso di qualità che, nell’ordinamento comunitario, ha pari dignità con il predetto istituto e va con esso temperato ed armonizzato, in relazione all’interesse creditorio della stazione appaltante che, pure, l’avvalimento deve garantire.

8. Nemmeno convince la tesi dell’appellante, secondo cui, in fondo, i chiarimenti del 3 dicembre 2012, nell’escludere l’avvalimento per la certificazione di qualità ISO 14001 e UNI EN ISO 9001:2008 - settore EA33, avrebbero modificato in modo sostanziale la *lex specialis*, innovandola su tal punto senza adeguata pubblicità (in violazione dell’art. 70, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006) ed in modo tale da imporre un nuovo termine minimo per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte (per le procedure ristrette, non meno di trentasette giorni) o, almeno, una congrua proroga di quello già in scadenza al 10 dicembre 2012.

Anzitutto, non si comprende l’utilità ritraibile, da parte dell’appellante, dalla censura sull’omessa pubblicazione della predetta “modifica sostanziale” nelle debite forme, visto che l’appellante ne ha avuto tanta piena consapevolezza da spostare l’oggetto essenziale del contendere da tale aspetto a quello della (pretesa) virtuosa interpretazione della *lex specialis*, tutta incentrata sull’avvalimento esteso anche alla qualità.

Inoltre, non v’è alcun dato testuale, d’altronde neppure chiaramente evincibile dalla norma, che concluda per la sicura applicabilità dell’avvalimento preteso dall’appellante alla citata legge di gara, a fronte della chiara scelta operata nel chiedere le certificazioni di qualità citate. Sicché non sembra assodato, né tampoco irrefutabile la circostanza che i chiarimenti del 3 dicembre 2012 assurgano a modifiche sostanziali della *lex specialis* e non siano, piuttosto, proprio ciò che il vocabolo esprime, ossia l’avvertenza della stazione appaltante alle imprese candidati su come confezionare l’istanza e l’offerta. Poiché, dunque, non si tratta di null’altro che della specificazione di ciò che, perlomeno nella volizione della stazione appaltante fu il trattamento delle certificazioni della qualità pretesa, scolorano tutte le considerazioni in ordine alla necessità sia della fissazione d’un nuovo termine, sia della proroga di quello già esistente per la presentazione delle offerte.

È appena da osservare, trattandosi solo dell’interpretazione mera delle clausole sui requisiti e non di modifiche alle previsioni della *lex specialis*, che a tutto concedere, l’eventuale maggior tempo a disposizione, che non avrebbe comunque potuto superare i trentasette giorni dalla pubblicazione dei chiarimenti, non sarebbe stato comunque utile all’appellante. Infatti, quand’anche si fosse realizzata l’invocata proroga e stante l’impossibilità dell’avvalimento sulla qualità al tempo della gara, essa non avrebbe potuto conseguire il requisito di qualità, di cui era mancante prima della gara e che continua a non avere tuttora. Non a caso l’appellante, se no il ricorso in epigrafe sarebbe con ogni evidenza inammissibile per difetto d’interesse, fonda ed argomenta la sua pretesa appunto sulla legittimazione a dedurre in contratto d’avvalimento la qualità sottesa alle predette certificazioni, donde la contraddizione logica tra tal argomento e la restante parte del gravame.

9. In definitiva, l’appello va così rigettato, ma la complessità della questione e giusti motivi suggeriscono l’integrale compensazione, tra le parti, delle spese del presente giudizio.

IL COMMENTO

di Giovanni Carlo Figuera (*)

Il commento, dopo avere tratteggiato la controversa evoluzione dell'istituto dell'avvalimento negli appalti pubblici, descrive la relativa disciplina nazionale soffermandosi sulla questione della dimostrazione in gara dell'effettiva disponibilità del requisito di partecipazione costituente oggetto di avvalimento. Infine, viene affrontato il discusso tema se la certificazione di qualità aziendale sia suscettibile di prestito da parte dell'operatore economico ausiliario. Sul punto, infatti, emergono due opposti orientamenti: la sentenza in commento si dichiara motivatamente contraria, ma la tesi favorevole ha decisamente maggior seguito in giurisprudenza.

Il dibattito suscitato dall'avvalimento

La possibilità dell'avvalimento dei requisiti di partecipazione altrui da parte degli operatori economici nelle procedure comparative per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, quale fattispecie dapprima abbozzata in ambito comunitario dalla Corte di giustizia valorizzando talune disposizioni sulla capacità economica e tecnica degli operatori economici contenute nelle prime direttive del secolo scorso sugli appalti pubblici e successivamente positivizzata in termini più precisi ma comunque

scarni dalle direttive del 2004 sempre sugli appalti pubblici (1), ha costituito ulteriore occasione di riflessione dottrinale con riguardo agli effetti legali e pratici conseguenti al necessario recepimento di istituti radicalmente estranei alla nostra tradizione giuridica (2). Come è stato osservato trattando dell'istituto in esame, sempre più il diritto comunitario si mostra quale componente vitale di quel complesso mosaico che è divenuto il *diritto vivente*, fenomeno che però evidenzerebbe la attuale crisi del positivismo giuridico e la conseguente necessità di aggiornare il metodo giuridico nel campo del di-

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) L'art. 47 della direttiva 2004/18/CE, in relazione alla capacità economica e finanziaria dell'operatore economico, al paragrafo 2 recita che quest'ultimo può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti. Analoga disposizione è poi prevista dal successivo art. 48, paragrafo 3, per le capacità tecniche e professionali degli operatori economici. L'art. 52, al terzo capoverso del paragrafo 1, richiama le suddette norme in relazione ai sistemi di qualificazione, sebbene ne limiti l'applicazione ai soli operatori economici facenti parte di un gruppo che si avvalgono di mezzi forniti dalle altre società del gruppo; difatti, nel considerando (4)5 della medesima direttiva, è precisato che, per quanto riguarda l'elenco ufficiale di operatori economici riconosciuti, si deve tener conto della giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso in cui un operatore economico facente parte di un gruppo si avvale della capacità economica, finanziaria o tecnica di altre società del gruppo a sostegno della sua domanda di iscrizione. In tal caso spetta all'operatore economico comprovare che disporrà effettivamente di detti mezzi durante tutta la durata di validità dell'iscrizione.

Pressoché identiche sono le norme dettate dalla direttiva 17/2004/CE, esattamente agli artt. 53, paragrafo 4, e 54, paragrafi 5 e 6; l'unica differenza, infatti, consiste nel fatto che nell'avvalimento per i sistemi di qualificazione il soggetto ausiliario può anche essere un terzo qualsiasi.

Sulla evoluzione dell'avvalimento in ambito comunitario e nazionale, senza alcuna pretesa di completezza, dopo i primi fondamentali studi di C. Zucchelli, *L'avvalimento*, in M. A. Sandulli, R. De Nicolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, vol. II, 1489; M. M. Fracanzani, *L'avvalimento: questioni pregiudiziali e giudicato (dopo il D.Lgs. n.*

6/07), Relazione tenuta al Convegno di studi sul Codice dei contratti pubblici, organizzato da AIGA Modena e Confindustria Modena - Modena 16 marzo 2007, in *fracanzani.eu*; N. Paolantonio, *L'avvalimento*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. Rescigno ed E. Gabrielli (dirr.), *Trattato dei contratti*, Torino, 2010, M. Martinelli, *La capacità economica e finanziaria*, in R. Garofoli e M. A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 623; trattano ampiamente il tema: F. Mazzonetto, *L'avvalimento (o «possessione indiretta dei requisiti»)*, in R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli e G. Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 431; F. Caringella e M. Giustiniani, *I contratti pubblici*, Roma, 2013, 650; M. Rotondi in G. F. Ferrari e G. Morbidelli (diretto da), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2013, 741; R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, II ed., 2012, 355; S. Luce, *Requisiti oggettivi degli operatori economici affidatari degli appalti pubblici di lavori*, in F. Caringella e M. Protto (dir.) *L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A.*, Bologna, 2012, 452; A. Cianflone e G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2012, XII ed., Tomo I, 540; L. Cestaro in S. Baccarini, G. Chiné, R. Proietti (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2011, 594; 521; G. Pesce, *Requisiti di partecipazione, accesso alle gare pubbliche e riflessi sulla tutela della concorrenza tra imprese*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010; M. Ragazzo, *I requisiti di partecipazione alle gare e l'avvalimento*, Milano, 2008.

(2) R. Caranta, *La Corte di Giustizia "bacchetta" l'Italia sull'avvalimento*, in questa *Rivista*, 2014, 147, nel commentare la sentenza Corte giust. CE, sez. V, 10 ottobre 2013, n. 94, definisce l'avvalimento un emblematico esempio di *legal transplants*, fenomeno giuridico trattato dalla dottrina comparatistica anglosassone e del quale proprio l'Unione europea sarebbe una fonte inesauribile, soprattutto per quegli ordinamenti che - come il nostro - recepiscono soluzioni giuridiche piuttosto che fornire modelli ad altri.

ritto amministrativo (3). Per effetto di tale nuova caratterizzazione del sistema delle fonti, pertanto, viepiù le sentenze dei giudici amministrativi assumono un ruolo di primo piano nel difficile compito di risolvere le emergenti antinomie normative e nella conseguente momentanea cristallizzazione di quello che risulta poi essere il *diritto vivente* (4).

Tale realtà giuridica, tuttavia, nel settore dei contratti pubblici insidia e mina alla radice la primaria esigenza economica delle imprese di poter fare affidamento su un mercato non solo aperto, e quindi tendente alla massima concorrenza secondo la volontà del legislatore europeo, ma ancor prima retto da principi e norme giuridiche chiare e precise, sistematicamente ordinate e facilmente conoscibili (5).

Questi delicati problemi - qui invero solo accennati - si sono manifestati in forma eclatante al momento del recepimento della fattispecie comunitaria dell'avvalimento (6), permanendo in larga misura come attuali.

Possiamo infatti notare come, fin dai primi commenti successivi alle citate direttive del 2004, siano emerse nitide le opinioni di coloro i quali hanno manifestato vuoti delle motivate obiezioni circa la stessa compatibilità dell'avvalimento con il tradizionale sistema di regole e principi nazionali vigente nel settore dei contratti pubblici (ad es. evidenziando la delicata questione della responsabilità

del soggetto ausiliario nei confronti della stazione appaltante per la corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'ausiliato) (7), vuoti delle nette e radicali critiche alla *ratio* comunitaria dell'istituto. È stato infatti autorevolmente obiettato che, per un verso, i presunti effetti economici positivi discendenti da una maggiore concorrenza nel mercato delle commesse pubbliche, a motivo della facoltà data alle imprese di prendere temporaneamente in prestito da terzi i requisiti di partecipazione non posseduti, sarebbero egualmente conseguibili sul piano economico mediante l'uso di fattispecie negoziali già note al nostro ordinamento ma soprattutto più sicure per la salvaguardia dell'interesse pubblico alla corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali (il subappalto, l'associazione temporanea d'impresa, i consorzi ordinari, etc.); per altro verso, l'avvalimento avrebbe infranto l'identità di ciascuna impresa, per come qualificata e descritta dai requisiti soggettivi e oggettivi concretamente posseduti, aprendo il mercato degli appalti pubblici alla nefasta figura dell'imprenditore apparente in quanto titolare di una azienda assimilabile a una sorta di "scatola vuota" (8).

Ad avviso di chi scrive, le riferite obiezioni non sembrano persuasive in quanto, da un canto, attribuiscono rilievo unicamente ed esclusivamente all'interesse pubblico nell'attività di acquisizione di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione

(3) F. Cintioli, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2011, 1421. Prendendo spunto dal controverso caso dell'avvalimento cd. plurimo non consentito dal nostro legislatore per i lavori e di recente invece ammesso dalla Corte giust. CE, secondo G. Cumin, *L'avvalimento plurimo dopo la sentenza della Corte di Giustizia n. 94 del 10 ottobre 2013*, in *www.lexitalia.it*, n. 4/2014, sarebbe oggi maturato il tempo di ripensare criticamente al trattamento riservato in sede giudiziale alle norme di diritto interno contrarie al diritto comunitario. Più in generale, per una approfondita riflessione sull'integrazione del diritto amministrativo italiano da parte del diritto europeo, G. Pepe, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Eurilink, Roma, 2012.

(4) Cintioli, *op. ult. cit.*, 1426, sottolinea come la regolazione dei contratti pubblici sia tutt'ora incentrata in larga misura su principi di matrice pretoria. Sulla speciale rilevanza del precedente giudiziario in ambito amministrativo, alla luce dell'art. 99 del c.p.a., fra gli altri, G. Pesce, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Roma, 2013; E. Sticchi Damiani, *Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 4, 1153. Prendendo spunto dall'analisi dello stato attuale della ricerca giuridica in Germania alla luce del rapporto del Consiglio della Ricerca Scientifica tedesco, M. Libertini, *La ricerca giuridica in Germania. Uno sguardo dall'Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2014, 129, osserva in termini critici come in Italia «il diritto vigente tende ad essere identificato con il diritto "vivente", cioè con le decisioni delle giurisdizioni superiori e la dottrina tende a ridursi, appunto, al ruolo di esegeta della giurisprudenza e di fornitrice di argomenti retorici variamente utilizzabili nella vita con-

creta del diritto. In questo senso, il modello di giurista affermato nel Rapporto tedesco, è molto lontano dall'esperienza italiana attuale».

(5) È il dibattutissimo tema della certezza del diritto quale precondizione indispensabile per la crescita economica del Paese, trattato di recente, fra gli altri, da M. Clarich e G. B. Mattarella, *Leggi più amichevoli: sei proposte per rilanciare l'Italia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 399.

(6) Caranta, *I contratti*, cit., 355, peraltro evidenzia che la definizione "avvalimento" è italiana e non ha riscontro nelle direttive.

(7) S. Vinti, *L'avvalimento e l'impossibile compreso tra direttive comunitarie e principi nazionali*, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 3, 1195, concludeva che recepire l'avvalimento compatibilmente col sistema nazionale non sarebbe stato possibile senza snaturare il primo o senza compromettere il secondo, giacché il nuovo istituto confliggerebbe con i principi che fondano il sistema degli appalti pubblici.

(8) È la nota tesi espressa da Zucchelli, nei due scritti *Avvalimento dei requisiti da altre imprese nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Cons. Stato*, 2005, P. II, 419 (pubblicato anche in *www.giustizia-amministrativa.it*), e *L'avvalimento*, cit., 1588. Questa tesi è stata poi condivisa, fra gli altri, da S. Cacace, *L'irriducibilità degli operatori economici alla esecuzione di lavori pubblici: un filo conduttore che lega istituti vecchi e nuovi del "Codice" unificato degli appalti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; M. C. Lenoci, *Avvalimento: ammissibile anche se non previsto dalla lex specialis*, in questa *Rivista*, 2008, 496; R. Rotigliano, *L'avvalimento negli appalti pubblici: i punti fermi e i nodi ancora irrisolti*, in *Il Nuovo Dir. Amm.*, 2013, 58.

ne nonostante la stessa normativa nazionale in materia di contratti pubblici riservi tutela paritaria (se non addirittura superiore) agli interessi dei concorrenti a seguito della diversa *ratio* normativa imposta da tempo dall'ordinamento europeo (9), dall'altro, enfatizzano oltremisura l'effettiva utilità ed importanza di preservare la nostra tradizione giuridica nella regolamentazione della predetta attività, per tale via assecondando indirettamente uno spirito nazionalista che appare, sia consentito, antistorico (10).

Diametralmente opposta è la tesi secondo cui l'avvalimento imposto all'Italia dal diritto europeo non sarebbe meritevole di particolari preoccupazioni, in quanto il dovere dell'ausiliario di assumere obblighi specifici sulla concreta ed effettiva messa a disposizione dei mezzi e/o delle risorse prestate all'ausiliario garantirebbe adeguatamente l'interesse pubblico all'affidabilità tecnica e/o economica dell'offerta (11); piuttosto, esso rappresenterebbe sia un valido incentivo alla partecipazione alle gare allargando la cerchia dei potenziali *competitors*, sia una occasione di miglioramento della stessa qualità del sistema generale dei pubblici appalti (12). L'avvalimento - come è stato giustamente evidenziato - rappresenta un potenziale strumento di integrazione dei mercati nazionali, atteso che di regola un operatore economico di medie dimensioni difficilmente dispone di una organizzazione stabile in un gran numero di Paesi (13).

In particolare, la previsione comunitaria di dover provare l'effettiva e concreta disponibilità del requisito non direttamente posseduto ma solo tem-

poraneamente prestato, costituisce elemento giuridico idoneo ad assicurare un equo ed efficace contrappeso degli interessi pubblici e privati tutelati dall'ordinamento nazionale. D'altronde, nei procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici, detti interessi non si collocano in una posizione di oggettiva e insanabile contrapposizione, tant'è che i soggetti concorrenti risultano titolari di un interesse legittimo di tipo pretensivo anziché oppositivo (14). Costituisce ulteriore e adeguato strumento di tutela degli interessi pubblici la generale previsione comunitaria della (possibile) esclusione dalle gare dell'operatore economico che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice (15). In altri termini, l'operatore economico che abbia fatto, anche solo per una volta, un uso gravemente scorretto dell'avvalimento potrà subire la preclusione a contrarre con la pubblica amministrazione per un lasso di tempo indeterminato.

Se poi si guarda alla giurisprudenza amministrativa antecedente al codice dei contratti pubblici, emergono in eguale misura forti incertezze applicative e conseguenti decisioni divergenti (16).

La disciplina nazionale

Nell'accennata situazione storica contrassegnata da giudizi marcatamente discordanti - com'è stato rilevato in dottrina (17) - sono infine maturate delle norme interne, dapprima di fonte legislativa (18)

(9) La notazione è ricorrente in dottrina, v. Caranta, *I contratti*, cit. 319; R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2010, 325; M. Mazzamuto, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2003, 1, 179.

(10) Caranta, *I contratti*, cit., 357, osserva che l'Italia, paese socialmente ed economicamente arretrato, ha fatto e fa molta fatica ad adattarsi alle regole imposte da strutture di mercato avanzate. Come evidenziato acutamente da I. M. Marino, *Profili giuridici della democrazia nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 13, a seguito dei Trattati di Lisbona, in realtà è intervenuto un arricchimento della democraticità dell'Unione europea in relazione a svariati profili.

(11) M. Napoli, *Il principio comunitario di avvalimento dei requisiti di gara*, in questa *Rivista*, 2005, 677.

(12) M. E. Boschi, *Ammissibilità e limiti dell'avvalimento nei pubblici appalti tra requisiti di partecipazione ed esecuzione del contratto*, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 2389. Condividono una positiva valutazione dell'avvalimento, sia pure con accenti e contenuti diversi, fra gli altri, S. Fantini in R. Garofoli e G. Ferrari (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, V ed., 2012, 649, C. Volpe, *La Corte di Giustizia dà il via libera all'avvalimento plurimo o frazionato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(13) Caranta, *I contratti*, cit., 357.

(14) Tali argomenti rinviengono indirettamente un sostegno

autorevole nel pensiero di R. Cavallo Perin, *Alberto Romano: un maestro agli albori del nuovo millennio*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, vol. I, 11, quando sostiene che l'ordinamento europeo, con la disciplina sulla concorrenza, ha inevitabilmente mutato la natura giuridica dei principi e delle norme che disciplinano l'aggiudicazione dei contratti con la p.a.: da norme di azione a norme di relazione.

(15) Art. 45, paragrafo 2, lett. d), direttiva 18/2004/CE.

(16) Ne danno conto ampiamente, fra gli altri, Zucchelli, *L'avvalimento*, cit., 1495; M. Ragazzo, *Avvalimento: ancora limiti e precisazioni*, in questa *Rivista*, 2008, 992; Lenoci, *Avvalimento*, cit., 498.

(17) Paolantonio, *L'avvalimento*, cit., 529; Cintiolli, *L'avvalimento*, cit., 1432; Caringella e Giustiniani, *I contratti pubblici*, cit., 652.

(18) Come descritto dall'AVCP nella citata determina n. 2/2012, l'avvalimento risulta disciplinato dagli artt. 49 e 50 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i., e da essi emerge la seguente fondamentale distinzione: l'avvalimento nella singola gara consistente nell'utilizzo dei requisiti di un terzo esclusivamente per partecipare alla procedura di affidamento di una specifica gara (art. 49); l'avvalimento stabile in quanto finalizzato all'ottenimento della attestazione SOA per gli appalti di lavori ovvero degli altri sistemi di attestazione o di qualificazione previsti per gli appalti di servizi e forniture (art. 50).

e dopo alcuni anni di fonte regolamentare (19), non solo notevolmente più dettagliate di quelle europee, ma soprattutto volte a circondare di varie cautele l'utilizzo da parte delle imprese dell'avvalimento (20), tant'è che lo stesso legislatore nazionale è dovuto intervenire sul testo di legge per adeguarlo, in chiave meno "restrittiva", alle sollecitazioni di matrice comunitaria.

In particolare, secondo il codice dei contratti pubblici, il concorrente (singolo o consorziato o raggruppato), in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi o forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto (21). Nonostante le descritte

intenzioni del legislatore, appare evidente quanto sia vasto e non esattamente delimitato il campo entro il quale il concorrente può esercitare legittimamente la facoltà di avvalersi dei requisiti altrui in relazione ad una singola gara (22).

Le principali cautele normative sono costituite dalla previsione della necessaria produzione in gara di una dichiarazione incondizionata e irrevocabile dell'impresa ausiliaria con cui essa si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente/ausiliario; dalla produzione in gara del contratto in forza del quale sorge e si giustifica causalmente la predetta obbligazione in favore dell'amministrazione (23); dalla responsabilità solidale dell'ausiliario e dell'ausiliato nei confronti dell'amministrazione

(19) L'art. 88 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, aggiunge che il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni utile elemento ai fini dell'avvalimento. La norma, altresì, detta ulteriori disposizioni in ordine all'avvalimento stabile ai fini dell'attestazione SOA. Pertanto, come rileva C. Ferrari, *Il contratto per l'avvalimento: un caso di formalizzazione e tipizzazione progressiva?*, in *Osservatorio del dir. civile e commerciale*, Bologna, 2012, 263, si è infine "approdati ad una impostazione di durata e di assoluta determinatezza dell'oggetto di questo contratto".

Poiché detta disposizione è inserita nella Parte II del regolamento dedicata ai contratti pubblici relativi a lavori nei settori ordinari, la giurisprudenza si è posta il problema se sia applicabile agli appalti di servizi e forniture: ammette la sua applicabilità agli appalti di servizi la giurisprudenza largamente prevalente, cfr. T.A.R. Roma, sez. III-*quater*, 3 febbraio 2014, n. 1287, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Napoli, sez. III, 20 dicembre 2013, n. 5965, in banca dati *dejure.it*; T.A.R. Cagliari, sez. I, 21 marzo 2013, n. 248, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Toscana, sez. I, 21 marzo 2013, n. 443, in *www.lexitalia.it*, n.3/2013; diversamente, la recente sentenza del Cons. Stato, sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135, in banca dati *dejure.it*, dubita che della disposizione si possa dare una lettura estensiva, alla luce del carattere limitativo dell'autonomia privata che essa certo riveste: questa limitazione, infatti, "è senz'altro legittima in considerazione del fine pubblico perseguito; il che, se non impedisce all'interprete di cogliere l'indicazione generale che dalla disposizione scaturisce, non gli consente comunque di estenderne il diretto campo di applicazione oltre i confini da essa testualmente previsti. Piuttosto, dalla disposizione stessa sembra possibile argomentare a contrario, nel senso che, là dove essa non si applichi *ratione temporis* o *ratione materiae*, riprende vigore la regola generale dell'art. 1346 c.c., a detta del quale è sufficiente che l'oggetto del contratto sia, se non determinato (come vorrebbe l'art. 88 del regolamento), determinabile". È favorevole a detta applicazione analogica l'AVCP, parere n. 186/2012, che a sua volta richiama a sostegno la precedente determina della medesima Autorità n. 2/2012.

(20) Per Caranta, *I contratti*, cit., 358 (ma vedi anche del medesimo Autore, *La Corte di Giustizia*, cit.), si tratterebbe di norme chiaramente ostili all'istituto e per alcuni aspetti incompatibili con il diritto dell'Unione europea.

(21) Art. 49, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006.

(22) Luce, *Requisiti oggettivi*, cit., 457, evidenzia che i limiti posti dalla legge sono di stretta interpretazione, pena la violazione del diritto comunitario.

(23) Nel caso di avvalimento infragruppo il contratto può essere sostituito da una dichiarazione sostitutiva del concorrente attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, ma per ulteriori approfondimenti, v. Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sulla qualificazione giuridica di tale contratto si registrano diverse opinioni: esso presenterebbe forti analogie con lo schema tipico della promessa del fatto del terzo (G. P. Cirillo, *L'avvalimento: sintesi tra subprocedimento e negozio giuridico*, in *www.giustizia-amministrativa.it*); per altri sarebbe un contratto atipico (Paolantonio, *L'avvalimento*, 541; L. Masi, *Avvalimento: il contratto è necessario*, in questa *Rivista*; 2009, 569); è stato anche definito un contratto nominato ma non tipico (E. del Prato, *L'avvalimento: spunti civilistici*, in *Obbl. e Contr.*, 2011, 649) o nominato e parzialmente tipico quanto ad effetti e contenuto (Cestaro, *Codice dell'appalto*, cit., 602); è stato pure descritto come un contratto tipico caratterizzato da una causa costante identificativa del tipo e una variabile che si riporta ad altrettante funzioni, tipiche od atipiche che siano (Cintioli, *L'avvalimento*, cit., 1449); infine, è stata avanzata la tesi che l'avvalimento rappresenterebbe solo il punto di arrivo, e non di partenza, della vicenda contrattuale, sicché sarebbe preferibile la formula verbale "il contratto per l'avvalimento" anziché quella "il contratto di avvalimento", e tale contratto appartarrebbe "ad uno dei tipi noti, o se del caso, anche atipico, prodotto dal concorrente interessato, appunto per ottenere la qualificazione a partecipare alla gara" (Ferrari, *Il contratto*, cit., 268 e 271). La giurisprudenza inizialmente lo riteneva un contratto atipico, ad es., C.G.A. Sicilia, 2 gennaio 2012, n. 12; T.A.R. Roma, sez. II, 4 maggio 2010, n. 9512, in *Foro Amm. TAR*, 2010, 1689; da ultimo tende a qualificarlo come contratto tipico, ad es., Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2365, in *www.lexitalia.it*, n. 5/2014; Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2014, n. 412, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310, in *www.lexitalia.it*, n. 6/2013. Secondo V. Neri, *La prova dell'avvalimento negli appalti pubblici*, in *Corr. Merito*, 2012, 317, e Caringella e Giustiniani, *I contratti pubblici*, cit., 660, deve poi ritenersi senz'altro preferibile l'orientamento giurisprudenziale che, muovendo dalla previsione dell'art. 49 comma 2 lett. f) D.Lgs. n. 163/2006 sulla necessaria produzione in gara del contratto di avvalimento, ritiene pertanto necessaria la forma scritta, se non *ad substantiam* (non ricorrendo le ipotesi di cui all'art. 1350 c.c.), quanto meno *ad probationem*: ad es. Cons. Stato, sez. IV, 1° agosto 2012, n. 4406, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Toscana, sez. I, 27 giugno 2011, n. 1110; *contra* T.A.R. Bolzano, sez. I, 26 novembre 2010, n. 314, in *Foro Amm. TAR*, 2010, 3465.

ne per l'esatta esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto di appalto (24).

Da ultimo, il legislatore ha previsto un'ulteriore ipotesi di avvalimento: l'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale può partecipare alle gare (in deroga, quindi, alla previsione dell'art. 38 comma 1 lett. a del codice dei contratti pubblici) se presenta in gara (anche) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto ed a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto (richiamando in proposito l'applicazione dell'art. 49 del codice dei contratti pubblici) (25). In questo caso, quindi, la legge addirittura impone all'impresa ausiliaria

l'obbligo di subentrare nel rapporto contrattuale al sopravvenire di determinati presupposti legati alla mutata condizione dell'impresa ausiliata.

Un *punctum dolens*: la prova dell'effettiva disponibilità del requisito posseduto mediante avvalimento

L'interpretazione e applicazione ad opera della giurisprudenza amministrativa di tali norme interne - attività ovviamente da doversi compiere rispettando la *ratio legis* pro-concorrenziale delle citate direttive comunitarie - ha fatto affiorare varie e complesse questioni risolte dalle sentenze in termini non sempre uniformi o pienamente convincenti (26). Una di queste attiene alla possibilità o meno dell'avvalimento dell'altrui certificazione di qualità aziendale.

Prima di esaminare quest'ultima ipotesi, è opportuno però ricordare brevemente l'aspetto probabilmente cruciale dell'avvalimento: la dimostrazione in gara da parte del concorrente dell'effettiva e concreta disponibilità delle risorse e/o dei mezzi

(24) La disposizione del comma 4 dell'art. 49 del Codice non è in realtà chiara, dando pertanto adito a diverse soluzioni interpretative: per Caringella e Giustiniani, *I contratti*, cit., 664, la responsabilità solidale ivi prevista non è aberrante, ha natura contrattuale e soprattutto opera in relazione alle prestazioni del contratto d'appalto, in particolare risultando "integrale qualora l'avvalimento coinvolga la generalità delle risorse dell'ausiliario (come il fatturato, le esperienze pregresse ovvero l'azienda)"; E. del Prato, *op. ult. cit.*, 649, evidenzia che si tratta di una responsabilità davvero consistente poiché non limitata all'adempimento delle prestazioni previste nel contratto di avvalimento, ma estesa ai riflessi di tali prestazioni sull'esecuzione di tutta la commessa; secondo Paoloantonio, *L'avvalimento*, cit., 544, da una esegesi letterale della predetta norma indubbiamente discende che l'ausiliaria risponde "in via solidale per le prestazioni oggetto di contratto, quindi per tutte le prestazioni oggetto di contratto, comprese quelle con riguardo alle quali l'impresa avvalsa non ha prestato alcuna forma di ausilio", ma si tratta di un esito che "ripugna al comune buon senso, prima che a principi generali in materia di imputazione della responsabilità civile"; per questa ultima ragione, Fracanzani, *L'avvalimento*, cit., e Cirillo, *op. ult. cit.*, oltre a sostenere che la norma si riferisce al contratto di avvalimento e non al contratto di appalto, in ogni caso ritengono che la responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria debba essere limitata alle sole prestazioni dell'appalto cui essa si era sostanzialmente obbligata per il tramite del contratto di avvalimento; quest'ultima tesi è condivisa anche da Cintio, *L'avvalimento*, cit., 1143, Cestaro, *Codice dell'appalto*, cit., 622; Caranta, *I contratti*, cit., 359, Rotondi, *Commentario*, cit., 749. In giurisprudenza, sebbene T.A.R. Basilicata, sez. I, 3 maggio 2010, n. 220, in *www.giustizia-amministrativa.it*, affermi che "la responsabilità dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante è da intendersi limitata all'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui il concorrente è carente", prevale la tesi che la responsabilità solidale dell'ausiliaria riguardi l'intera prestazione oggetto dell'appalto, ad es., Cons. Stato, sez. IV, 24 maggio 2013, n.

2383, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2011, n. 6079, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Catania, sez. III, 19 dicembre 2013, n. 3074, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(25) Art. 186-bis L. 16 marzo 1942, n. 267, introdotto dall'art. 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, come modificato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134. In proposito, AVCP, determina 23 aprile 2014, n. 3.

(26) Per una recente disamina delle varie questioni postesi in giurisprudenza in tema di avvalimento, fra gli altri, Rotigliano, *L'avvalimento*, cit.; Volpe, *La Corte di Giustizia*, cit. Qui possiamo brevemente citare il caso dell'avvalimento del requisito soggettivo dell'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali: lo esclude T.A.R. Roma, sez. II-ter, 22 dicembre 2011, n. 10080, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, 436, con una breve nota di L. Corti, decisione confermata in appello da Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2013, n. 90, ma con una motivazione che è diversa fondata sulla indeterminatezza e genericità del contratto di avvalimento esibito in gara dalla concorrente; sono invece favorevoli T.A.R. Napoli, sez. VIII, 4 luglio 2013, n. 3459, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Venezia, sez. I, 27 maggio 2013, n. 765; T.A.R. Cagliari, sez. I, 12 settembre 2012, n. 794, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina è contraria V. Veneroso, *Procedure di gara e avvalimento dei requisiti: l'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali*, in *Ambiente e sviluppo*, 2012, 215; favorevole, invece, Zucchelli, *L'avvalimento*, cit., 1580. L'AVCP si dichiara contraria nel parere n. 106/2012.

Altra ipotesi controversa è quella dell'avvalimento multiplo in caso di raggruppamento temporaneo d'impresa: per T.A.R. Roma, sez. II-bis, 18 settembre 2013, n. 8322, in questa *Rivista*, 2014, 227, con nota di L. De Pauli, *L'avvalimento multiplo nel raggruppamento temporaneo di imprese*, "ciascuna impresa associata (mandataria e mandanti) ha diritto ad utilizzare *uti singula* l'istituto dell'avvalimento al fine di integrare i requisiti richiesti dal bando di gara dei quali risulti sprovvista"; *contra* Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340, in *www.lexitalia.it* n. 10/2012.

messi a disposizione dall'impresa ausiliaria in ragione del tipo di requisito oggetto del contratto (27).

In proposito, nelle decisioni più recenti la giurisprudenza è decisamente orientata a valorizzare in termini generalizzati la previsione regolamentare secondo cui il contratto di avvalimento deve necessariamente indicare il proprio oggetto "in modo compiuto, esplicito ed esauriente", vale a dire che deve riportare "le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico" (28), considerando pertanto pressoché irrilevanti le caratteristiche proprie del requisito di volta in volta prestato (29). In altri termini, secondo quest'ultima tesi avrebbe un valore meramente descrittivo e non precettivo la convenzionale distinzione tra cd. avvalimento operativo (avente ad oggetto requisiti definiti *materiali* ovvero *oggettivi*, quali sarebbero ad es. i mezzi le attrezzature e l'equipaggiamento tecnico, il personale specializzato, i processi produttivi e tutti gli altri elementi aziendali concreti qualificanti una impresa) e cd. avvalimento di garanzia (avente invece ad oggetto requisiti definiti *immateriali* o *soggettivi*,

quali sarebbero ad es. il fatturato globale d'impresa, il capitale sociale minimo e le prestazioni analoghe eseguite negli ultimi tre esercizi), figura nella quale l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto. Distinzione che invece aveva precedentemente indotto la stessa giurisprudenza a ritenere l'onere probatorio in esame più attenuato nella seconda delle due ipotesi (30). Pertanto, secondo l'ultima giurisprudenza del Consiglio di Stato, nel caso in cui la competenza data dalle pregresse prestazioni analoghe "venga prestata da un'altra impresa è logico che la stessa debba specificamente indicare i mezzi e le risorse correlate a tale competenza che vengono messe a disposizione ai fini dell'attuazione dell'impegno negoziale" (31).

Si registrano, pur tuttavia, coeve decisioni del medesimo Giudice d'appello contrarie a tale rigorosa impostazione, le quali sono implicitamente ancorate sulla predetta differenziazione tipologica

(27) Rotondi, *Commentario*, cit., 751, osserva efficacemente che è proprio sul terreno della prova dell'effettiva disponibilità delle risorse e/o dei mezzi che si gioca la complessa partita dell'avvalimento. A sua volta, la citata sentenza della Corte giust. CE, sez. V, n. 94/2013, rileva "che la direttiva 2004/18 consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che il candidato o l'offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto". Rileva tuttavia lucidamente Cintioli che l'importanza di tale onere probatorio nel diritto comunitario consegue all'assenza di ulteriori garanzie a beneficio dell'amministrazione, invece nel diritto nazionale sono previste molte e varie cautele (*in primis* la responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria per l'esatto adempimento dell'appalto), sicché un eccessivo rigore probatorio parrebbe non del tutto giustificato e corretto quantomeno nelle ipotesi del cd. avvalimento di garanzia. Ciò nonostante, la giurisprudenza sostiene che l'esigenza di puntuale determinazione dell'oggetto del contratto di avvalimento esiste anche con riferimento alla distinta e separata dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria, ad es. Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2365, in *www.lexitalia.it*, n. 5/2014; Cons. Stato, sez. VI, n. 3310/2013, cit.

(28) Art. 88 D.P.R. n. 207/2010. Sulla discussa applicabilità della predetta norma anche agli appalti di servizi e forniture, v. nota 19.

(29) Cons. Stato, sez. VI, n. 2365/2014, cit.; Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2014, n. 294, in questa *Rivista*, 2014, 544, con commento di A. Ruffini, *La concreta individuazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria nell'avvalimento cd. di garanzia*, secondo cui: "proprio per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto, l'avvalimento di garanzia può spiegare la sua funzione di assicurare alla stazione appaltante un *partner* commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale, solo se rende palese la concreta disponibilità attuale di risorse e dotazioni aziendali di cui si dà mandato all'ausiliata di avvalersi"; Cons. Stato, sez. VI, n.

3310/2013, cit., che, con riferimento all'avvalimento dell'altrui attestazione SOA, stabilisce che «le parti principale e ausiliaria devono impegnarsi a mettere a disposizione non il solo requisito soggettivo "quale mero valore astratto", ma è necessario, come ha già avuto modo di affermare rilevare questo Consiglio di Stato, che risulti chiaramente che l'ausiliaria presti "le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti)"»; T.A.R. Napoli, sez. I, 4 aprile 2012, n. 1589.

(30) Lo ricorda puntualmente e con vari richiami giurisprudenziali Ruffini, *op. ult. cit.*, 548.

(31) Cons. Stato, sez. VI, n. 2365/2014, cit., "Diversamente, verrebbe vanificata la ragione giustificativa dell'obbligazione solidale. Il regime di responsabilità può, infatti, operare soltanto se viene specificamente indicata la prestazione cui tale responsabilità si riferisce. Non è possibile postulare un inadempimento contrattuale e la conseguente responsabilità di un soggetto il cui obbligo è stato genericamente dedotto in contratto. In altri termini, la genericità dell'impegno assunto impedisce, come affermato dalla giurisprudenza ricordata, alla stazione appaltante di far valere in via immediata la responsabilità dell'ausiliaria, la quale, per andare esente da responsabilità, potrebbe limitarsi ad indicare proprio la mancanza di una specifica violazione contrattuale". Tale ulteriore argomento non ci appare però davvero risolutivo considerato che costituisce principale interesse della stazione appaltante azionare la responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria rispetto all'inesatto adempimento delle prestazioni del contratto di appalto da parte dell'impresa ausiliata, ma tale responsabilità accessoria non verrebbe meno a causa dell'eventuale genericità del distinto contratto di avvalimento "trattandosi di una conseguenza che discende direttamente dalla legge e si giustifica proprio (e esclusivamente) per la effettiva partecipazione dell'impresa ausiliaria all'esecuzione dell'appalto" (Cons. Stato, sez. V, n. 6079/2011, cit.). Approfondisce il rapporto tra i due predetti contratti sul piano civilistico, Ferrari, *Il contratto*, cit., 266 e 270.

dei vari requisiti di partecipazione. Più in concreto, quando il requisito *immateriale* fornito riguarda il solo dato finanziario, allora la rigorosa predeterminazione dei mezzi e delle risorse prestate va intesa secondo le ordinarie regole sulla determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto, ai sensi dell'art. 1346 c.c.; vale a dire, "il requisito solo finanziario non impone altro obbligo negoziale che l'impegno dell'impresa ausiliaria di rispondere, nei limiti che il requisito stesso ha nel contesto della gara, con le proprie e complessive risorse economiche quando, in sede esecutiva, la necessità sottesa al requisito si renda attuale", e ciò in quanto "il requisito prestato serve essenzialmente ad accedere alla gara, non già ad arricchire un'impresa ausiliata che, nella specie, già possiede gli altri requisiti di partecipazione" (32).

In linea con la finalità dell'avvalimento di permettere la più ampia partecipazione alle gare, indubbiamente questa esegesi temperata delle norme in esame rende il cammino dell'impresa ausiliata molto meno insidioso nell'adempiere lo sfuggente onere probatorio atipico (33) di dimostrare l'effettiva disponibilità di un requisito *immateriale* appartenente ad altra impresa (34). Occorre, altresì, ag-

giungere che un tale eccessivo rigore probatorio nella cd. fase pubblicistica dell'attività contrattuale dell'amministrazione pubblica stride e mal si concilia con la frequente tolleranza della medesima amministrazione verso inadempimenti gravi al termine dell'esecuzione della prestazione, senza quindi che si pervenga ad imporre alla controparte negoziale le previste penali o la stessa risoluzione del contratto (35).

Non è un caso, del resto, che le sentenze sull'avvalimento siano in larga parte chiamate a pronunciarsi proprio sulla correttezza dell'adempimento di siffatto obbligo dimostrativo, cui fa da naturale *pendant* un apprezzamento tecnico-discrezionale di spettanza esclusiva dell'amministrazione aggiudicatrice (36).

L'orientamento minoritario contrario all'avvalimento della certificazione di qualità aziendale

La questione della possibilità giuridica di avvalersi dell'altrui certificazione di qualità aziendale (37), non essendo espressamente disciplinata dalle norme, solleva contrastanti risposte tanto in

(32) In questi termini Cons. Stato, sez. III, 6 febbraio 2014, n. 584, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510, in www.giustizia-amministrativa.it, incidentalmente afferma che «la responsabilità solidale dell'ausiliaria potrebbe probabilmente essere sufficiente alla tutela delle esigenze pubbliche nei casi di avvalimento detto "di garanzia", concernente requisiti di contenuto economico (referenze bancarie e simili), ma certo non anche nei casi, come il presente, di avvalimento operativo»; sebbene la stessa sentenza reputi l'esecuzione di forniture di servizi analoghi nei tre anni precedenti la pubblicazione del bando un requisito riconducibile al cd. avvalimento operativo. Si muove nel solco dei medesimi principi, ancorché con riferimento ad un'ipotesi di avvalimento infragruppo in ordine al requisito di capacità tecnica e professionale dell'espletamento di servizi corrispondenti o analoghi a quelli oggetto del capitolato di gara per un determinato importo, anche T.A.R. Roma, sez. III-bis, 28 gennaio 2013, n. 938, in www.giustizia-amministrativa.it, commentata da E. Santoro, *Avvalimento infragruppo e prova dell'effettiva disponibilità dei mezzi: si consolida in giurisprudenza l'orientamento sostanzialistico*, in www.federalismi.it, 14/2013.

(33) Sul carattere atipico della prova qui richiesta, Santoro, *op. ult. cit.*, 3, che a sua volta richiama Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 435, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 314; v. anche T.A.R. Palermo, sez. III, 3 febbraio 2010, n. 1393, in www.giustizia-amministrativa.it.

(34) Cintioli, *L'avvalimento, cit.*, 1439, sostiene che "se il contratto deve avere un tale specifico e dettagliato contenuto, sembra davvero difficile attivare l'avvalimento per quei requisiti che, benché non esclusivamente soggettivi, siano comunque enunciati nella *lex specialis* in modo generico".

(35) La constatazione in negativo della frequente tolleranza della p.a. nella fase esecutiva del contratto è di Cavallo Perin e Racca, *La concorrenza*, 331.

(36) Oltre alle sentenze citate nelle precedenti note, ad es., T.A.R. Palermo, sez. III, 5 giugno 2014, n. 1463, in [*lia*, n. 6/2014; T.A.R. Roma, sez. III-quater, 24 ottobre 2013, n. 9136, in \[www.giustizia-amministrativa.it\]\(http://www.giustizia-amministrativa.it\); T.A.R. Palermo, sez. III, 25 marzo 2013, n. 680, in \[www.giustizia-amministrativa.it\]\(http://www.giustizia-amministrativa.it\).](http://www.lexita-</p>
</div>
<div data-bbox=)

(37) Secondo l'AVCP, nella più volte citata determina n. 2/2012, "La certificazione di qualità esprime ed assicura la capacità di un operatore economico di organizzare i propri processi produttivi e le proprie risorse al fine di corrispondere, nel modo migliore, alle richieste della committenza e, più in generale, del mercato di riferimento. Pertanto, il rilascio di tale certificazione costituisce il traguardo di un percorso che vede impegnata l'intera struttura aziendale; ne deriva che proprio l'intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità rende la certificazione in questione un requisito connotato da un'implicita soggettività e, come tale, non cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dall'intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità". A sua volta, Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 435, in www.giustizia-amministrativa.it, ricorda che "le certificazioni di qualità sono volte ad assicurare che l'impresa svolga il servizio secondo un livello minimo di prestazioni accertato da un organismo qualificato, sulla base di parametri rigorosi delineati a livello internazionale che valorizzano l'organizzazione complessiva dell'attività e l'intero svolgimento delle diverse fasi; secondo un principio di fondo del sistema, tali certificazioni costituiscono un requisito tecnico di carattere soggettivo, e devono essere possedute da ciascuna delle imprese associate a meno che non risulti che essi siano incontestabilmente riferiti solo ad una parte delle prestazioni eseguibili da alcune soltanto delle imprese associate".

Nel Codice dei contratti pubblici, la norma di riferimento è l'art. 43 rubricata "Norme di garanzia della qualità", ed in relazione ad essa, v. F. Giambelluca in Ferrari e Morbidelli (diretta da), *Commentario, cit.*, 667; G. Ferrari in Sandulli, De Nicolis, Garofoli (a cura di), *Trattato, cit.*, 1357. Secondo A. Benedetti, *Profili di rilevanza giuridica delle certificazioni volontarie ambien-*

dottrina quanto in giurisprudenza, ma ciò conferma quel dato d'indeterminatezza normativa in tema di avvalimento che nell'esperienza quotidiana nuoce agli interessi economici delle imprese impegnate nella difficile e costosa competizione per l'aggiudicazione dei contratti pubblici d'appalto. In questa prospettiva, il caso concreto deciso dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887, ci appare come paradigmatico del problema prima segnalato: l'impresa ricorrente, riponendo legittimo e ragionevole affidamento sulle decisioni più recenti del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali ampiamente favorevoli all'avvalimento dell'altrui certificazione di qualità aziendale, dapprima stimolava l'esercizio del potere di autotutela in relazione ad una nota di chiarimenti resa, dopo l'avvio della gara, dalla stazione appaltante (38) con cui si affermava l'inammissibilità del "ricorso all'istituto dell'avvalimento per soddisfare la richiesta relativa al possesso della certificazione di qualità attraverso altra impresa" (39), poi vanamente percorreva entrambi i gradi del giudizio amministrativo lamentando che la propria esclusione basata sul divieto di ricorrere all'avvalimento per la prova delle certificazioni di qualità aziendale (nel caso di specie, erano chieste ai concorrenti le certificazioni ISO 14001 e UNI EN ISO 9001:2008 - settore EA33) si poneva in contrasto con la normativa europea (art. 48 direttiva

2004/18/CE) e quella nazionale (art. 49 D.Lgs. n. 163/2006) che regolano l'istituto.

Nonostante successive letture del medesimo Consiglio di Stato che non sembrano, a sommosso avviso di chi scrive, corrispondenti alla sua *ratio decidendi* (40), la motivazione della suddetta sentenza reca una precisa definizione e delimitazione del *thema decidendum* affrontato: "ciò che qui è in discussione non è affatto il *quid*, il *quantum* o il *quomodo* dell'avvalimento sulle qualità certificate in tal modo, ma se queste ultime possano lecitamente formare oggetto di avvalimento".

A questo determinato quesito il Collegio dà una risposta negativa altrettanto netta e chiara, che si poggia sui seguenti argomenti giuridici.

In primo luogo, la certificazione di qualità si connota dal fine di valorizzare tutti e ciascun elemento di eccellenza nell'organizzazione complessiva dell'impresa. Certificando siffatta qualità, dunque, il competente organismo non fa che constatare come tale organizzazione sia (e si mostri) preordinata ed abile a raggiungere e mantenere nel tempo lo *standard* di qualità chiesto dalla relativa norma tecnica. Il che è come dire che il dato di qualità è un metodo ed un *know how* che trascende, perlomeno finché è in grado di durare, la mera efficienza nella strutturazione dei fattori della produzione e diviene l'essenza stessa dell'impresa, di per sé e *coeteris paribus* non riproducibile all'esterno. In questa prospettiva, quindi, il contratto d'avvalimento è sostanzialmente im-

tali, in *Riv. Quadr. Dir. dell'ambiente*, 2012, 6, sebbene «la categoria delle "certificazioni di mercato" non riceva una specifica definizione, essa si connota per la ricorrenza di uno stesso schema nel rapporto tra interessi, per cui un certificatore, terzo rispetto al "venditore" e alla moltitudine degli "acquirenti", attesta la conformità del prodotto al certificato, ovvero del sistema produttivo impiegato, ovvero del sistema organizzativo del produttore, rispetto ad una serie di principi tecnici o norme *standard* ... In assenza dell'intervento pubblico, tali sistemi affidano la loro credibilità, e quindi la propria sopravvivenza, al funzionamento dei meccanismi reputazionali nel mercato, che tuttavia spesso falliscono proprio per le fortissime asimmetrie informative che impediscono, in particolare, ai consumatori di distinguere le "buone" dalle "cattive" certificazioni». In generale sul tema delle certificazioni, v. A. Benedetti, *Certeza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010; F. Fracchia, M. Occhiena (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006.

(38) Esattamente il Ministero dell'Interno - Dipartimento della pubblica sicurezza.

(39) Queste informazioni essenziali sono state riprese dalla ricostruzione del fatto ad opera della sentenza di primo grado, ossia T.A.R. Roma, sez. I-ter, 24 aprile 2013, n. 4130, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ma possono egualmente desumersi dalla sentenza d'appello. Occorre evidenziare che l'AVCP, con la più volte citata determina n. 2/2012, ha escluso l'avvalimento per le certificazioni di qualità basandosi su considerazioni, integralmente condivise dalla sentenza di primo grado, che posso così sintetizzarsi: (I) la certificazione di qualità

non rientrerebbe nel perimetro di applicazione della normativa comunitaria e nazionale in tema di avvalimento poiché "non è compresa né tra i requisiti concernenti la capacità economico-finanziaria né tra quelli concernenti la capacità tecnico-organizzativa dell'operatore economico di cui agli artt. 41 e 42 del Codice"; (II) la certificazione di qualità non coprirebbe il prodotto realizzato o il servizio/la lavorazione resi, ma testimonia semplicemente che l'imprenditore opera in conformità a specifici *standard* internazionali per quanto attiene la qualità dei propri processi produttivi, onde sarebbe da assimilare ad un requisito soggettivo in quanto attinente ad uno specifico "status" dell'imprenditore.

(40) La sentenza Cons. Stato, sez. III, 7 aprile 2014, n. 1636, in *www.giustizia-amministrativa.it*, infatti, ritiene che la sentenza n. 887/2014 sarebbe «del tutto coerente con la precedente sentenza, n. 2344 del 18 aprile 2014, con la quale questa Sezione aveva affermato che l'istituto dell'avvalimento può essere anche utilizzato per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di "qualità", atteso che la disciplina del codice non contiene alcun specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, che assume una portata generale, ma che tuttavia è onere della concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a "prestare" il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità».

possibile perché tutta l'azienda ausiliare dovrebbe essere trasferita così com'è e per tutta la durata dell'appalto, donde si avrebbe un uso incongruo dell'avvalimento, in quanto teso a dissimulare una sorta di subappalto tra impresa ausiliaria (che, per forza, deve mettere a disposizione tutto ciò che serve a produrre e generare la qualità certificata) e quella ausiliata (41).

Da quanto precede, in conclusione, consegue che l'impossibilità dell'avvalimento del requisito della certificazione di qualità non discende dall'angustia della norma nazionale rispetto a quella comunitaria, bensì a causa della evidente, materiale irriproducibilità della qualità fuori dal contesto in cui è generata e viene certificata. Sussiste evidente l'intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità, cosa, questa, che conferisce alla relativa certificazione un connotato, tutt'altro che implicito, d'insopprimibile soggettività.

La decisione ha poi cura di precisare, per un verso, che non è possibile assimilare la certificazione di qualità con l'attestazione SOA atteso che quest'ultima è l'inscindibile sintesi d'un insieme eterogeneo di requisiti, tra cui quelli di qualità e come tale deducibile in avvalimento nella sua totalità; per altro verso, che non è necessario rimettere il *thema decidendum* alla Corte di giustizia in quanto la questione non attiene all'interpretazione ed all'uso dell'avvalimento, ma riguarda il concetto stesso di qualità che, nell'ordinamento comunitario, ha pari dignità con il predetto istituto e va con esso temperato ed armonizzato, in relazione all'interesse creditorio della stazione appaltante che, pure, l'avvalimento deve garantire.

Se non ci inganniamo, le medesime conclusioni negative erano state in precedenza condivise da un orientamento minoritario della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali (42), con l'unica eccezione della sentenza del Consiglio di Stato,

sez. III, 4 giugno 2013, n. 3053, la quale aveva incidentalmente argomentato che se si muove dal presupposto - invero non unanimemente condiviso - che la certificazione di qualità sia un requisito soggettivo, che non può essere oggetto di avvalimento, ne consegue che la richiesta di tale certificazione anche alle imprese ausiliarie, secondo le disposizioni della *lex specialis*, costituisce un'ulteriore garanzia della qualità del sistema produttivo nella sua interezza ma anche singolarmente, sia nelle fasi che si svolgono presso l'impresa concorrente ausiliata che presso quelle ausiliarie (43).

La tesi contraria al prestito temporaneo e occasionale della certificazione di qualità aziendale è condivisa da una parte autorevole della dottrina, la quale infatti considera l'avvalimento inapplicabile a tutti i requisiti di carattere soggettivo (44), incluse quindi le certificazioni di qualità (45). È stato, altresì, notato che un serio ostacolo al predetto prestito temporaneo deriverebbe dall'esistenza di una norma che, con riferimento ai sistemi legali di qualificazione o di attestazione, prevede una disciplina speciale basata innanzitutto su un rapporto qualificato e stabile tra l'impresa ausiliata e quella ausiliaria (art. 50 del codice), sicché sarebbe plausibile applicare il noto brocardo latino *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* (46).

L'orientamento maggioritario favorevole all'avvalimento della certificazione di qualità aziendale

Come anticipato, invero, le sentenze del giudice amministrativo sono in netta maggioranza favorevoli all'avvalimento del requisito soggettivo della certificazione di qualità, sebbene enunciando importanti principi in ordine alla serietà della prova richiesta sull'effettiva e reale disponibilità da parte dell'ausiliato del predetto requisito altrui che di fatto ne limitano l'operatività.

(41) Sul punto la sentenza riecheggia la precedente motivazione dell'AVCP, parere n. 6/2012.

(42) Cfr. ad es. T.A.R. Roma, sez. I-ter, 24 aprile 2013, n. 4126, che sottolinea che "la certificazione di qualità non è ricompresa né tra i requisiti concernenti la capacità economico-finanziaria né tra quelli concernenti la capacità tecnico-organizzativa dell'operatore economico di cui agli artt. 41 e 42 del codice, ma risulta disciplinata da un altro articolo del codice, l'art. 43"; T.A.R. Roma, sez. II, 30 aprile 2012, n. 3892, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Roma, sez. II-ter, n. 10080/2011, cit.; T.A.R. Napoli, sez. I, 13 ottobre 2011, n. 4769, in *Foro Amm. TAR*, 2011, CXI; T.A.R. Sardegna, sez. I, 6 aprile 2010, n. 665, in questa *Rivista*, 2010, 1219, con nota di C. Mucio, *Avvalimento e certificazione di qualità*.

(43) La sentenza Cons. Stato, sez. III, n. 3053/2013, in *www.giustizia-amministrativa.it*, è menzionata nella rassegna

della *Giurisprudenza del Consiglio di Stato 2013* a cura del Cons. Vincenzo Lopilato, in *www.lexitalia* n. 2/2014.

(44) È invece pacifico in giurisprudenza che l'istituto dell'avvalimento non possa operare per i requisiti strettamente personali di carattere generale, di cui agli artt. 38 e 39 del codice, come ricorda Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Da ultimo, nega il prestito dell'iscrizione alla Camera di commercio, T.A.R. Reggio Calabria, 3 gennaio 2014, n. 1, in questa *Rivista*, 2014, 453, con commento di G. Mangialardi, *Avvalimento e iscrizione alla camera di commercio*.

(45) Zucchelli, *L'avvalimento*, cit., 1540; Paolantonio, *L'avvalimento*, 538; E. del Prato, *L'avvalimento*, cit., 646; Cestaro, *Codice dell'appalto*, cit., 608.

(46) Cintio, *L'avvalimento*, cit., 1436.

In particolare, dopo le iniziali decisioni positive dei Tribunali amministrativi regionali radicate sul duplice rilievo che l'istituto in esame ha portata generale, in quanto è posto a presidio della libertà di concorrenza in modo da rimuovere ogni ostacolo alla libera prestazione dei servizi in ambito comunitario, e che la certificazione di qualità costituisce in realtà un requisito speciale di carattere tecnico-organizzativo come tale suscettibile di avvalimento al pari degli altri omologhi requisiti previsti dal codice, atteso che il contenuto dell'attestazione concerne il sistema gestionale dell'azienda e l'efficacia del suo processo operativo (47), è infine intervenuta la nota sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344.

Ebbene, quest'ultima decisione, pur ritenendo valida la superiore ricostruzione giuridica, ha posto in risalto la difficoltà "pratica" di dimostrare, in concreto, l'effettiva disponibilità di un requisito che è collegato all'intera organizzazione dell'impresa e alle sue procedure interne, concludendo che è allora onere dell'impresa ausiliata dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a "prestare" il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti).

Ai predetti severi obblighi dimostrativi professa di aderire la giurisprudenza successiva, sottolineando in modo costante e rituale che la pratica della

mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente" (o espressioni similari) si appalesa, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti (48).

Tuttavia, se si esaminano con la dovuta applicazione e serietà le motivazioni delle varie sentenze favorevoli emergono anche in questo caso delle discrepanze nella valutazione giudiziale della prova resa in corso di gara dalla concorrente/ausiliata sulla delicata questione dell'effettiva messa a disposizione dell'altrui certificazione di qualità.

Degli esempi possono aiutarci a comprendere meglio il problema qui evidenziato.

Molte delle decisioni favorevoli appaiono essenzialmente in linea con quanto affermato, ad esempio, dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2014, n. 412, che reputa che «nella specie con il contratto di avvalimento la società ausiliaria ... si è impegnata verso la [ausiliata] a mettere a sua disposizione, ai fini della partecipazione alla gara, «tutte le risorse, nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione del lavoro, in particolare, parte dei requisiti, ovvero [...] di essere in possesso del certificato UNI EN ISO 9001:2008 per i settori di attività»; analogamente, la [ausiliaria] ha dichiarato al Comune di «obbligarsi nei confronti della concorrente e della Stazione Appaltante, a fornire i propri requisiti di ordine speciale dei quali è carente il concorrente e mettere a disposizione le

(47) Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 15 gennaio 2010, n. 224, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Basilicata, n. 220/2010, cit., le quali aggiungono che nel caso di avvalimento del certificato di qualità, l'ausiliaria non si limita al prestito del solo documento contenente la certificazione di qualità, ma si obbliga a mettere a disposizione dell'impresa concorrente, nella fase di esecuzione del contratto, il complesso della propria organizzazione aziendale ovvero il complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa; ciò garantisce l'interesse dell'amministrazione ad ottenere la garanzia qualitativa di un certo livello minimo di prestazioni. In termini, T.A.R. Salerno, sez. I, 29 aprile 2011, n. 805, in questa *Rivista*, 2011, 1107, commentata favorevolmente da L. Masi, *Avvalimento e certificazione di qualità*.

(48) Cons. Stato, sez. VI, n. 2365/2014, cit.; Cons. Stato, sez. IV, n. 2383/2013, cit., che afferma, altresì, che "l'ordinamento non consente di avvalersi di un soggetto che a sua volta utilizza i requisiti di un altro soggetto, sia pure ad esso collegato, posto che in tal modo si realizzerebbe una fattispecie di avvalimento, per così dire, "a cascata", non ricavabile come consentita dal predetto art. 49"; Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125, in *dejure.it*; Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1368, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato,

sez. V, 23 maggio 2011, n. 3066, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5408, in *www.giustizia-amministrativa.it*, "Sotto altro profilo va considerato che poiché la certificazione di qualità è attestata dalla SOA, ed essendo espressamente prevista la possibilità di avvalersi della SOA di altra impresa, deve ritenersi ammesso implicitamente l'avvalimento anche per la certificazione di qualità, che costituisce elemento indispensabile della SOA ai sensi del D.P.R. n. 34 del 2000, almeno con riferimento alla classifica III"; T.A.R. L'Aquila, sez. I, 22 maggio 2014, n. 484, in *www.lexitalia.it* n. 5/2014; T.A.R. Veneto, sez. I, 30 gennaio 2014, n. 128, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che addirittura l'ammette in relazione ai cd. contratti esclusi ex art. 27 del codice; T.A.R. Roma, sez. II-ter, 13 gennaio 2014, n. 337, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Salerno, sez. I, 20 dicembre 2013, n. 2517; T.A.R. Napoli, sez. III, n. 5965/2013, cit.; T.A.R. Catania, sez. III, n. 3074/2013, cit.; T.A.R. Roma, sez. II-bis, n. 8322/2013, cit.; T.A.R. Palermo, sez. III, 5 giugno 2013, n. 1228, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Bari, sez. I, 20 maggio 2013, n. 783, in *Corr. Merito*, 2013, 1114, con nota di F. R. Feleppa, *È legittimo l'avvalimento della certificazione di qualità aziendale*.

risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, rendendosi inoltre responsabile in solido con il concorrente nei confronti della Stazione Appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto". Tali dichiarazioni non rispondono ... ai requisiti prescritti dalla legge che disciplina l'istituto, siccome del tutto generiche ed astratte».

La dottrina che ammette la possibilità del prestito temporaneo dei requisiti soggettivi, inclusa quindi la certificazione di qualità, aderisce a quest'ultima severa interpretazione delle norme (49).

Per contro, ad avviso di chi scrive, si discosta dalle predette conclusioni Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1368, poiché sentenza che «il contratto di avvalimento intercorso tra l'aggiudicataria e la ditta [ausiliaria] dopo aver premesso che "l'impresa ausiliaria dispone di idonei requisiti e capacità tecniche nel trasporto scolastico degli alunni disabili per la partecipazione alla gara indetta dal Comune di Parma ed in particolare di aver eseguito negli ultimi tre esercizi disponibili, un contratto per servizio trasporto scolastico di alunni disabili ed altri trasporti ad esso correlati, di importo non inferiore a euro 500.000,00 ... che l'impresa avvalente, sebbene tecnicamente ed economicamente organizzata, è carente del requisito di qualificazione sopra indicato" stabilisce che l'impresa avvalente "è autorizzata ad utilizzare il requisito dell'impresa ausiliaria per partecipare alla gara e l'impresa ausiliaria si impegna a consentire l'utilizzo del requisito ... e a mettere a disposizione della prima, per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente la concorrente". Non ha pregio, quindi, l'assunto della appellante, costruito su precedente giurisprudenziale di questa sezione (sentenza n. 2344 del 2011), che non è pertinente, essendo indiscutibile che l'ausiliaria, mettendo a disposizione dell'ausiliata tutte le risorse di cui la stessa è carente, ha disposto a suo favore anche della certificazione di qualità che è qualità immanente all'impresa ed assicura la capacità dell'impresa cui sarà affidato il servizio di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto».

Un altro esempio può essere utile: sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5408, che «il contratto di avvalimento sottoscritto dall'ATI stabilisce che la seconda metterà a dispo-

sizione della prima la propria qualificazione nella categoria OG3 classe V e relativa certificazione di qualità, "nonché tutte le risorse necessarie nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione dell'opera oggetto della predetta categoria". All'art. 3 del contratto è poi stabilita la responsabilità solidale delle imprese nei confronti della stazione appaltante. In sede di offerta, peraltro, l'impresa [ausiliaria] al pari delle altre ausiliarie ha reso dichiarazione con la quale ha assunto espressamente l'obbligo nei confronti dell'ausiliata di "mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto, i requisiti di cui è carente il concorrente, ossia la qualificazione nella categoria OG3 di classe V rilasciata dall'Organismo di attestazione SOA HI-Quality s.p.a. e connessa certificazione di qualità rilasciata dall'Organismo di certificazione S.I.C.V. s.r.l., nonché le risorse economiche, i mezzi, le attrezzature ed il personale occorrente". Non ha pregio, quindi, l'assunto della appellante, costruito su precedente giurisprudenziale di questa sezione (sentenza n. 2344 del 2011), che non è pertinente».

Conclusioni

Come si è cercato di descrivere ed evidenziare, l'avvalimento pone all'interprete molte e complesse questioni, una di queste riguarda la possibilità per un operatore economico di utilizzare per un determinato appalto la certificazione di qualità di altri soggetti, e ciò a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi. A questo primo quesito giuridico si collega il problema delle modalità attraverso le quali l'operatore economico ausiliato è tenuto a dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà, in concreto, di tale requisito soggettivo per tutta la durata dell'appalto.

Sebbene la risposta positiva cui è pervenuta la prevalente giurisprudenza appaia a chi scrive nel complesso maggiormente convincente, da una prima lettura della nuova normativa europea sugli appalti pubblici nei settori ordinari - la direttiva 2014/24/UE - possiamo tuttavia trarre degli elementi che potrebbero in futuro suggerire un differente esito (50).

La direttiva regola all'art. 62 le certificazioni di qualità che possono essere richieste dalla amministrazioni aggiudicatrici agli operatori economici.

(49) Cfr. Volpe, *La Corte di Giustizia, cit.*; Rotigliano, *L'avvalimento, cit.*; Masi, *Avvalimento, cit.*; Balocco, *Avvalimento, cit.*, 558; Vinti, *L'avvalimento, cit.*, il quale, infatti, precisa che in tale ipotesi il concorrente dovrebbe essere tenuto ad eseguire la commessa esclusivamente con la struttura avvalsa.

(50) Per un primo commento alla riforma europea del 2014 nel settore dei contratti pubblici, R. Caranta, D. C. Dragos, in questa *Rivista*, 2014, 493, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*.

Diversamente dalla precedente direttiva del 2004, la nuova direttiva dedica una norma *ad hoc* all'affidamento sulle capacità di altri soggetti, ossia l'art. 63, che al paragrafo 1 dispone: per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'art. 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'art. 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi; in quest'ultima ipotesi, l'operatore economico dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio, mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine.

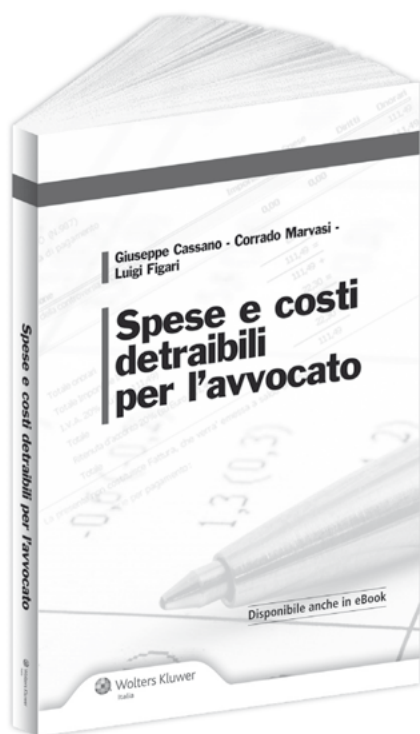
Possiamo agevolmente rilevare come l'art. 63 non faccia alcun riferimento al requisito delle certificazioni di qualità stabilito a norma dell'art. 62.

Non solo, forse recependo molte delle preoccupazioni emerse nel nostro Paese (51), la citata disposizione prevede due importanti novità, le quali appaiono chiaramente finalizzate a limitare i paventati effetti negativi del ricorso all'avvalimento.

La prima riguarda la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di esigere, ma solo in caso di avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria (il cd. avvalimento di garanzia), che l'operatore economico ausiliato e i soggetti ausiliari siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto.

La seconda consiste nel fatto che, nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e di operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le amministrazioni aggiudicatrici possono a propria discrezione esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso, vale a dire non consentendo il ricorso all'avvalimento.

(51) Caranta, Dragos, *op. ult. cit.*, 497.



a cura di **Giuseppe Cassano,**
Corrado Marvasi, Luigi Figari

pagg. 352, € 32,00

Spese e costi detraibili per l'avvocato

Le finalità del volume sono di riportare le **conoscenze utili** per gestire correttamente le **relazioni con il fisco** e di fornire una cultura e **consapevolezza fiscale**.

L'opera è aggiornata a tutto il 2013 con le innovazioni e modifiche legislative e di prassi, sia normative sia procedurali di accertamento.

Consente all'avvocato di gestire gli adempimenti quotidiani, gli obblighi e le scadenze, i diversi regimi, gli aspetti fiscali delle forme giuridiche con cui opera nell'attività professionale in un'ottica di autonomia della gestione fiscale e di padronanza della fiscalità quotidiana operativa.

I capitoli del libro esaminano le **più importanti tematiche fiscali** del momento: le società professionali, il nuovo accertamento redditometro, le procedure esecutive e cautelari con un'ottica sintetica ma esaustiva. Si è voluto dedicare un capitolo alla figura dell'avvocato tributarista, la cui attività professionale richiede delicatezza e una specializzazione con competenza pluridisciplinare.

Il volume è disponibile anche nel **formato eBook**.

Compili subito il coupon, e lo invii **via fax allo 02.82476403**. Può acquistare anche on line su **www.shopwki.it** oppure può contattare l'**Agenzia** della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie) o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

☐ (00148855) Sì, desidero acquistare il volume **Spese e costi detraibili per l'avvocato** a cura di G. Cassano, C. Marvasi, L. Figari a € 32,00.

Cognome e Nome		Azienda/Studio	
Via		CAP	
Città			
Tel.		Fax	
e-mail (obbligatoria):		Cod. cliente	
Partita IVA		C.F.	
<input type="checkbox"/> (1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsos, allegato alla fattura			
<input type="checkbox"/> Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:			
<input type="checkbox"/> Mastercard (16 cifre) <input type="checkbox"/> American Express (15 cifre) <input type="checkbox"/> VISA (16 cifre) <input type="checkbox"/> Diner's (14 cifre)			
n°		Data di scadenza	
Nome e indirizzo titolare carta di credito			
Timbro e firma			

Trattamento dati personali ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196. La informiamo che i suoi dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

Clausola di ripensamento diritto di recesso ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 185/1999. Decorsi 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. (o mediante e-mail, fax o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI) - telefax 02.82476.799.

Giurisdizione

I riflessi della rinnovata veste dell'azienda speciale sulla selezione del personale

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 20 febbraio 2014, n. 820 – Pres. Pajno – Est. Lotti – S.T. c. Comune di Boscoreale

Appartiene alla cognizione del giudice amministrativo la controversia relativa all'annullamento del provvedimento di approvazione degli atti della selezione comparativa per la scelta del direttore generale di un'azienda speciale, la quale va considerata sul piano sostanziale, analogamente alla società *in house*, come ente che rappresenta una vera e propria articolazione della pubblica amministrazione.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283; Cass., Sez. Un., 20 giugno 2006, n. 14101
Difforme	T.A.R. Napoli, 20 febbraio 2013, n. 927; Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2012, n. 712; Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2002, n. 18015; Cass., Sez. Un., 6 febbraio 1998, n. 1274

Diritto

Ritiene il Collegio che l'individuazione, operata dal TAR, del giudice dotato di giurisdizione sulla vicenda oggetto del presente giudizio sia erronea e vada, invece, affermata la giurisdizione del giudice adito (GA).

La vicenda per cui è controversia riguarda la posizione giuridica della dott.ssa T., attuale appellante, già direttore generale della "Ambiente Reale", Azienda Speciale multiservizi del Comune di Boscoreale, dal 27 luglio 2009 al 7 agosto 2012, data in cui l'incarico era cessato.

Con provvedimento in data 13.8.2012, n. 17066, il Commissario Straordinario del Comune di Boscoreale aveva indetto, mediante avviso pubblico, una selezione comparativa per l'individuazione e designazione del nuovo direttore generale, cui l'appellante aveva partecipato, inviando nei termini la domanda di partecipazione e gli altri documenti richiesti dall'avviso.

In data 22 ottobre 2012, perveniva la nota 11 ottobre 2012, con la quale il Commissario Straordinario del Comune di Boscoreale comunicava che all'esito della selezione la scelta, effettuata alla luce delle esigenze dell'Amministrazione, si era indirizzata verso altro candidato.

Alla luce di tale sintetica descrizione della fattispecie oggetto di giudizio, risulta già *ex se* evidente che l'avviso pubblico e la conseguente procedura selettiva non è stata svolta dall'azienda speciale, ma direttamente dal Comune (come risulta dal citato provvedimento in data 13 agosto 2012, n. 17066 del Commissario Straordinario del Comune di Boscoreale), ai sensi e per gli effetti

dell'art. 50 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, attraverso una pubblica selezione.

Conseguentemente, alla stregua dell'ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale, applicativo peraltro di una norma inequivoca sotto il profilo letterale, l'art. 63, comma 4, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, la giurisdizione non può che appartenere al g.a., restando, "devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni".

Inoltre, si deve osservare, è pur vero che questo Consiglio, in materia di nomine dei Dirigenti Generali dell'ASL, ha ritenuto che la procedura (svolta a norma dell'art. 15-ter D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, introdotto dal D.Lgs. 19 giugno 1999, n. 229) per il conferimento di incarico di direzione di struttura complessa nell'ambito della ASL, non può farsi rientrare nella figura del concorso per l'assunzione al pubblico impiego (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 febbraio 2007, n. 432 e 29 agosto 2005, n. 4402) per assenza del requisito della selezione comparativa; tale principio di diritto, tuttavia, riguarda quello specifico incarico e non può ritenersi estensibile al caso di specie, ove l'Amministrazione si è autonomamente determinata a svolgere una procedura selettiva vera e propria con parallela pubblicazione di avviso pubblico, come già detto; procedura che non può che qualificarsi come procedura concorsuale.

Peraltro, anche volendo imputare la selezione all'Azienda Speciale citata, senza intermediazione del Co-

mune (in contraddizione con la natura e il contenuto degli atti indittivi della selezione come sopra indicati), il risultato non può che essere il medesimo, atteso che, da un lato, ai sensi dell'art. 7, comma 2, c.p.a., "Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo"; tale norma è già di per sé idonea a radicare la giurisdizione del g.a. in relazione ad atti di soggetti che, pur avendo una natura privatistica, come nel caso degli enti pubblici economici, sono tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo, come senz'altro avviene nel caso di specie.

Lo conferma, se fosse mai revocabile in dubbio, il testo dell'art. 1, comma 1-ter della L. 7 agosto 1990, n. 241 (ulteriormente rafforzato dalla legge cd. anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190), secondo cui "I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1" (ovvero dei principi del procedimento amministrativo); ed è altrettanto indubbio che un'azienda speciale, se qualificabile come soggetto privato, è preposto (anche) all'esercizio di attività amministrative.

Dunque, già dal combinato disposto degli artt. 7, comma 2, c.p.a. e 1, comma 1-ter, della L. n. 241-90 può ritenersi radicata la giurisdizione del giudice amministrativo.

Peraltro, un ulteriore argomento militerebbe a favore della giurisdizione del giudice adito.

Infatti, sotto il profilo sostanziale, deve evidenziarsi che le aziende speciali, così come le società *in house*, come recentissimamente affermato dalle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza 25 novembre 2013, n. 26283, ribadito con ordinanza 2 dicembre 2013, n. 26936), possono essere considerate come enti che rappresentano delle vere e proprie articolazioni della pubblica Amministrazione, atteso che gli organi di queste sono assoggettate a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica Amministrazione, i cui dirigenti sono dunque legati alla pubblica Amministrazione da un rapporto di servizio come avviene per i dirigenti preposti ai servizi direttamente erogati dall'ente pubblico (per le Aziende Speciali, qualificate espressamente quali enti strumentali dei Comuni, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 20 giugno 2006, n. 14101).

Entrambe le pronunce della Suprema Corte sono state emesse affermando la responsabilità erariale degli amministratori di tali enti, e dunque relativamente a tale diversa problematica, ma le considerazioni che sono state poste alla base di tali decisioni (ovvero il concetto, si ribadisce, che tali enti sono nient'altro che forme peculiari di articolazione della stessa p.a.) ne legittimano l'estensione anche al tema oggetto del presente appello, ovvero alla natura delle procedure selettive per l'assunzione dei dipendenti; poiché si tratta di procedure poste in essere da soggetti qualificabili come pubbliche Amministrazioni, per le quali vige il principio del concorso pubblico, esse sono in tutto e per tutto

assimilabili alle procedure concorsuali dell'ente pubblico (il Comune) cui l'Azienda Speciale è strumentale; con la conseguenza che la selezione in oggetto, anche se fosse giuridicamente imputabile all'Azienda Speciale, non può che importarne regime giuridico e disciplina e, quindi, per ciò che qui interessa, non può che comportare il rispetto del principio di imparzialità amministrativa nell'assunzione (e non la logica imprenditoriale), con connessa giurisdizione del g.a. per le relative contestazioni.

Peraltro, la stessa Consulta ha ribadito più volte (da ultimo, Corte cost., 23 luglio 2013, n. 227) l'indefettibilità del concorso pubblico come canale di accesso pressoché esclusivo nei ruoli delle pubbliche amministrazioni (fattispecie riguardante proprio società *in house*, dunque parificate a tali fini alle pp.aa.).

Infine, deve considerarsi che l'art. 18 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, così come modificato dalla legge di conversione, L. 6 agosto 2008, n. 133, ha affermato che le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, sono obbligate a dotarsi, mediante "propri provvedimenti", di criteri e modalità per il reclutamento del personale conformi ai principi richiamati dall'art. 35, comma 3, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 in materia di reclutamento del personale; il legislatore ha inteso introdurre, a carico delle predette società a partecipazione pubblica vincoli di trasparenza, imparzialità, pubblicità ed economicità in particolare per il reclutamento del personale che, di regola, l'art. 97 della Costituzione impone per le pp.aa. e gli enti pubblici strettamente intesi.

Tale attenzione legislativa rende dunque obsoleto e non più condivisibile l'indirizzo già espresso da questa Sezione (e ancora di recente confermato, cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2012, n. 712), secondo cui "appartengono alla cognizione del giudice ordinario le controversie relative al rapporto di lavoro del personale degli enti pubblici economici, anche se inerenti alla procedura concorsuale che precede la costituzione del suddetto rapporto, in quanto la discrezionalità che permea la fase concorsuale non è espressione di una potestà pubblica di autorganizzazione ma esercizio di capacità e poteri di matrice privatistica".

Naturalmente, se le considerazioni appena fatte valgono per le società (*in house*), che restano enti formalmente privati, deve valere a maggior ragione per le Aziende Speciali, come nel caso di specie, che sono enti che conservano natura pubblica, non possedendo nemmeno uno statuto privatistico di tipo societario e non relazionandosi con l'ente istitutivo secondo modelli e schemi privatistici.

Infine, l'eccepite difetto di interesse non può essere esaminato in questa sede, trattandosi di questione legata ad una condizione dell'azione che presuppone, imprescindibilmente, la soluzione della questione di giurisdizione, quale presupposto del processo.

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto e la sentenza impugnata

deve esser annullata, rimettendo la causa al primo giudice ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

IL COMMENTO

di Federica Salvati (*)

La sentenza in rassegna prende le mosse dalla dibattuta questione del riparto di giurisdizione in materia di selezione comparativa del direttore generale di un'azienda speciale e perviene a qualificare quest'ultima come articolazione interna della pubblica amministrazione, che, in quanto tale, è tenuta a reclutare il personale in ossequio al principio del pubblico concorso, con conseguente devoluzione alla cognizione del giudice amministrativo delle controversie relative alla fase prodromica all'assunzione.

Il Consiglio di Stato, con la pronuncia in epigrafe, ha annullato la sentenza breve 20 febbraio 2013, n. 927, in occasione della quale il Tribunale Amministrativo per la Campania - Napoli aveva dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario in materia di selezione comparativa per la nomina del direttore generale di un'azienda speciale.

La vicenda concreta posta all'attenzione del giudice territoriale traeva origine dalla richiesta avanzata dalla ricorrente, già direttore generale dell'azienda speciale "Ambiente Reale" del Comune di Boscoreale, al fine di conseguire l'annullamento degli atti inerenti alla procedura selettiva per la scelta del nuovo direttore, all'esito della quale il commissario straordinario dell'ente locale era addivenuto alla designazione di un altro candidato.

Il Tribunale Amministrativo per la Campania, dopo aver ricondotto la figura dell'azienda speciale nel novero degli enti pubblici economici, aveva sancito l'inammissibilità del suddetto ricorso per difetto di giurisdizione del giudice adito, muovendo dall'assunto che la discrezionalità che permea la fase concorsuale antecedente all'instaurazione del relativo rapporto di lavoro derivasse dall'esercizio di poteri di carattere privatistico e non già di una potestà pubblica di autorganizzazione e, di conseguenza, fosse sindacabile dal giudice ordinario sotto il duplice profilo dell'osservanza delle disposizioni normative e contrattuali e del rispetto dei principi generali di correttezza, di tutela dell'affidamento legittimo e di divieto dell'abuso del diritto.

La ricorrente impugnava la suddetta pronuncia dinanzi al Consiglio di Stato, deducendo l'erroneità della statuizione resa dal giudice di prime cure in ordine all'asserito difetto di giurisdizione.

I giudici di Palazzo Spada hanno affrontato, in modo innovativo ed inedito, la controversa figura dell'azienda speciale, ridisegnandone i tratti caratteristici ed analizzandone la natura giuridica alla stregua dell'incessante evoluzione normativa e dei recenti approdi della giurisprudenza di legittimità, giungendo, come anticipato, a sovvertire la sentenza di primo grado e, al contempo, a scardinare l'ormai sedimentato orientamento manifestatosi fino ad allora in seno alla medesima V Sezione.

L'intento di sottoporre a revisione critica il sostrato giurisprudenziale esistente trapela con chiarezza dalla sentenza in commento, nella cui trama la rinnovata qualificazione giuridica dell'azienda speciale viene alimentata da un assiduo confronto con il *precedente* ed assume un rilievo preponderante rispetto alla questione del riparto di giurisdizione, la quale sembra rimanere sullo sfondo e riemergere in coda, quale corollario processuale ineludibile della rilettura sostanziale dell'istituto.

Invero, l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo in materia di procedura selettiva per la nomina del direttore generale di un'azienda speciale rappresenta soltanto il punto di convergenza dell'articolato percorso motivazionale seguito dal Consiglio di Stato, dalla cui disamina è possibile inferire la portata dirompente della pronuncia sul piano dogmatico.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

Il complesso *iter* argomentativo: dal particolare al generale

La prima argomentazione rinvenibile nella pronuncia *de qua* prende le mosse dal caso concreto e si risolve nella constatazione che la procedura comparativa, oggetto di contestazione, sia stata indetta e portata avanti dal Comune di Boscoreale e non già dall'azienda speciale "Ambiente Reale".

Tale rilievo, comprovato dalle risultanze documentali, sarebbe di per sé sufficiente, a detta del massimo Consesso amministrativo, a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alla specifica vicenda processuale, atteso che essa risulta agevolmente ascrivibile nell'alveo delle controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, in linea con il tenore inequivoco dell'art. 63, comma 4, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (1).

Come è noto, la citata disposizione rimanda, in via residuale, sotto l'egida della giurisdizione amministrativa il contenzioso afferente alle procedure concorsuali, ossia a quei procedimenti amministrativi tipici (2) che constano di una fase iniziale, in cui la pubblica amministrazione rende pubblico il bando e manifesta all'esterno la decisione di reclutare determinate unità di personale, di uno stadio intermedio, durante il quale si procede alla selezione degli aspiranti mediante la valutazione dei titoli e/o la predisposizione di apposite prove di esame, e, infine, di un momento terminale, coincidente con la formazione della graduatoria da parte della commissione con l'indicazione degli idonei ai posti messi a concorso e l'approvazione della stessa ad opera dell'amministrazione.

La perpetuazione della giurisdizione amministrativa in *subiecta materia*, pur rivestendo "una portata limitata ed eccezionale" (3), evidenzia come la progressiva privatizzazione del rapporto di pubblico impiego non abbia scalfito le modalità di accesso alla pubblica amministrazione e, al contempo, rappresenta la trasposizione, sul fronte processuale, dell'immutato interesse pubblico ad una obiettiva e neutrale selezione dei più meritevoli attraverso l'espletamento della procedura concorsuale, quale regola generale ed ordinaria per il reclutamento del personale (4).

In definitiva, la pregnanza del pubblico concorso, discendente dall'intima connessione con i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, ha scongiurato, sul piano sostanziale, l'attrazione nell'orbita privatistica della fase di reclutamento dei dipendenti pubblici e, sul versante della tutela giurisdizionale, la devoluzione al giudice ordinario delle controversie attinenti al momento antecedente all'assunzione (5).

Ne consegue che soltanto l'effettiva carenza dei connotati tipici della procedura concorsuale può decretare il difetto della giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alle suddette contestazioni, così come è stato sancito dallo stesso Consiglio di Stato in tema di conferimento di incarico di direttore generale di struttura complessa della ASL (6) e, dunque, con riguardo ad un *iter* del tutto divergente da quello propriamente concorsuale volto alla nomina del direttore di un'azienda speciale.

Il percorso argomentativo della sentenza in commento non si arresta all'affermazione della natura concorsuale della procedura selettiva indetta dal Comune di Boscoreale e della conseguente giurisdizione amministrativa, ma, trascendendo gli stec-

(1) Ai sensi dell'art. 63, comma 4, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, "restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni".

(2) Si veda V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012, 205.

(3) In questi termini, Cass., Sez. Un., 3 febbraio 2004, n. 1989, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 1, 244. In dottrina, l'eccezionalità della giurisdizione residua al giudice amministrativo è stata sottolineata, tra gli altri, da: D. Iaria, *L'ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo dopo i decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 1999, 2, 284; G. Trisorio Liuzzi, *Controversie relative ai rapporti di lavoro*, in F. Carinci e M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Commentario, II, Milano, 2000, 1816 ss.

(4) Nella giurisprudenza costituzionale è stata sancita, a più riprese, l'indebitabilità del concorso pubblico quale canale di accesso pressoché esclusivo nei ruoli delle pubbliche amministrazioni, in linea con il principio di uguaglianza e i canoni di

imparzialità e di buon andamento cristallizzati negli artt. 3 e 97 Cost. (tra le ultime, Corte cost., 26 febbraio 2013, n. 28, in *Giur. Cost.*, 2013, 1, 437 e *Foro Amm. CdS*, 2013, 5, 1146; Id., 23 luglio 2013, n. 227, in *Giur. Cost.*, 2013, 4, 3333; Id., 13 aprile 2011, n. 127, in *Giur. Cost.*, 2011, 2, 1723).

(5) Cfr. M. Calcagnile, *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2010, 1, 187 ss.

(6) Si fa riferimento a Cons. Stato, sez. V, 5 febbraio 2007, n. 432, in *Giur. It.*, 2007, 11, 2592, secondo cui appartiene alla giurisdizione del g.o. la controversia relativa ad un provvedimento assunto dal direttore generale di ASL, nell'ambito della procedura svolta a norma dell'art. 15-ter, D.Lgs. 30 dicembre 1992 n. 502, introdotto dal D.Lgs. 19 giugno 1999, n. 229, per il conferimento di incarico di direzione di una struttura complessa, atteso che tale incarico viene conferito sulla base di una scelta di carattere fiduciario e manca, nella relativa procedura, una valutazione dei candidati sotto il profilo della maggiore o minore idoneità all'esercizio delle funzioni da assegnare, che è il connotato tipico della procedura concorsuale.

cati del caso di specie, si snoda in un ragionamento ipotetico, teleologicamente volto a dimostrare che l'esito a cui si è addivenuti sarebbe comunque raggiungibile in presenza di dati fattuali diversi da quelli rinvenibili in concreto.

Difatti, secondo il Consiglio di Stato, anche volendo disattendere il contenuto degli atti indittivi ed imputare la selezione alla "Ambiente Reale" in luogo del Comune di Boscoreale, la relativa procedura manterrebbe comunque inalterata la natura concorsuale e la controversia scaturita confluirebbe ugualmente nella cognizione del giudice amministrativo in forza del combinato disposto degli artt. 7, comma 2, c.p.a. e 1, comma 1-ter, L. 7 agosto 1990, n. 241 (7).

La natura giuridica e l'aspirazione all'emancipazione dell'azienda speciale nei meandri dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale

Tale ultima affermazione, coincidente con il cuore della parte motiva, si insinua nel solco di una nutrita *querelle* che ha animato a lungo il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine all'individuazione della natura giuridica dell'azienda speciale e del rapporto intercorrente tra questa e l'ente locale di riferimento.

La disputa è stata ulteriormente rinvigorita dall'evoluzione normativa registratasi in materia di servizi pubblici, il cui primo referente è rappresentato dalla L. 29 marzo 1903, n. 103, scaturito dalla sempre più marcata esigenza di predisporre una disciplina generale ed organica, finalmente idonea

ad assicurare l'erogazione delle prestazioni essenziali al crescente numero di cittadini (8).

L'impianto normativo originario disponeva, in maniera innovativa nel panorama legislativo dell'epoca, l'assunzione diretta dei servizi pubblici da parte dei comuni, allo scopo precipuo di sottrarne la gestione ai privati e di veicolare la disciplina nell'ambito dei principi che da sempre permeano l'intervento dei pubblici poteri in materia economica (9).

In tale contesto, l'azienda municipale, quale antecedente storico dell'azienda speciale (10), rivestiva un ruolo egemone tra i vari sistemi di gestione dei servizi pubblici ed era congegnata come un organo dell'ente locale, sprovvisto di personalità giuridica e dotato di autonomia sia sul piano amministrativo che contabile (11).

A questo primo intervento riformatore si aggiunse il R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 (Testo unico delle leggi sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province), con cui il legislatore predispose le modalità di gestione dei servizi pubblici ivi espressamente enumerati (12) e, tra queste, puntualizzò i tratti peculiari dell'azienda speciale, allo scopo di accordarle una più marcata autonomia (13) mediante l'attribuzione della capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento dei fini istituzionali nonché di stare in giudizio per le azioni conseguenti (14).

I segni di cedimento progressivamente mostrati dal modello così forgiato indussero il legislatore a ridisegnare le forme organizzative per la gestione dei servizi pubblici alla stregua della logica imprenditoriale, in modo da evitare che lo stretto legame intercorrente tra l'azienda speciale e l'ente comu-

(7) In particolare, l'art. 1, comma 1-ter, L. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 1, L. 11 febbraio 2005, n. 15 e modificato dall'art. 7, comma 1, L. 18 giugno 2009, n. 69, è stato da ultimo interpolato dall'art. 1, comma 37, L. 6 novembre 2012, n. 190.

(8) La L. 29 marzo 1903, n. 103, denominata "legge Giolitti" (dal nome dell'allora Ministro dell'Interno), si prefiggeva l'obiettivo di "perseguire mediante la municipalizzazione dei pubblici servizi una risposta efficace alla crescente intensificazione della vita urbana, legata non solo al progressivo ingrandimento della città, ma alla moltiplicazione dei bisogni collettivi a cui occorreva dare riscontro con mezzi sociali", come enunciato testualmente negli Atti della Relazione al Parlamento.

(9) Si rinvia a F. Figorilli, *I servizi pubblici*, in F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 527.

(10) Per maggiori approfondimenti sull'evoluzione storica dell'istituto, si rimanda diffusamente a F. Bassi, *Natura giuridica della azienda municipalizzata*, Milano, 1957; G. Pischel, *La municipalizzazione in Italia, ieri, oggi e domani*, Roma, 1965; G. Bozzi, voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 364.

(11) È importante sottolineare, in considerazione della specifica controversia sottesa alla sentenza in commento, che la

figura del direttore di azienda speciale ha rivestito, sin dagli albori, un ruolo decisivo nella compagine strutturale, tant'è che nella Relazione ministeriale presentata alla Camera dei deputati nel 1903 veniva testualmente sancito che: "Il direttore deve essere il fulcro dell'azienda. Dall'opera sua competente ed assidua, dalle avvedute sue iniziative e dalla efficacia dell'indirizzo che egli sa imprimere alla gestione speciale deve essere principalmente assicurato il buon andamento tecnico ed amministrativo ed il proficuo incremento del servizio che gli è affidato".

(12) Nello specifico, l'ente locale poteva affidare la gestione dei servizi pubblici elencati in modo esemplificativo nell'art. 1, R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 (Testo unico delle leggi sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province): in economia, evitando di predisporre una struttura *ad hoc* ed avvalendosi degli uffici e dei mezzi interni; alle aziende speciali; in concessione a terzi, in virtù di quanto previsto dal R.D. 14 settembre 1931, n. 1175.

(13) Ai sensi dell'art. 2, comma 1, L. 29 marzo 1903, n. 103, l'azienda speciale era "distinta dall'amministrazione ordinaria del Comune, con bilanci e conti separati [...]".

(14) Art. 2, comma 3, R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578.

nale potesse compromettere l'efficienza, la regolarità e la qualità delle prestazioni, in linea con le istanze avanzate da una parte della dottrina (15) in punto alla necessità di garantire a tale figura un margine d'azione più ampio.

Il percorso di affrancamento è confluito nella L. 8 giugno 1990, n. 142, la quale ha definito l'azienda speciale come "ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale" (16), inaugurando la fortunata definizione successivamente traspunta nell'art. 114, comma 1, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico degli enti locali) (17).

Il modello originario dell'azienda-organo è stato, pertanto, soppiantato da un soggetto giuridico *sui iuris*, dotato di personalità giuridica e gravato dall'obbligo di informare la propria attività "a criteri di efficacia, efficienza ed economicità" (18), in conformità con l'obiettivo di traslare l'approccio aziendalistico nel settore dei servizi pubblici.

L'autonomia imprenditoriale, conferita unitamente alla personalità giuridica, non confligge con il carattere di strumentalità che da sempre contraddistingue l'azienda speciale, posto che l'una involge il principio di non ingerenza dell'ente locale nell'attività espletata dall'azienda speciale medesima, e l'altro riflette l'*id proprium* dell'oggetto sociale, consistente nell'erogazione di servizi pubblici di cui sono titolari comuni o province.

La mutevole qualificazione dell'azienda speciale risultante dai *corpora* normativi brevemente ripercorsi, da sempre divisa tra l'esigenza di preservare il nesso di dipendenza con l'ente locale e quella di scongiurarne un'eccessiva interferenza, ha condotto all'emersione di due orientamenti giurisprudenziali antitetici, rispetto ai quali la sentenza in commento costituisce soltanto il punto finale di un contrasto mai sopito.

Parte della giurisprudenza (19) sostiene che l'azienda speciale si configuri come un ente istituzionalmente dipendente dall'ente locale che, pur avendo conseguito un'accentuata autonomia a fronte dell'attribuzione della personalità giuridica, è comunque parte dell'apparato amministrativo facente capo al comune.

In tale ottica, dunque, la rinnovata configurazione scaturente dalle novelle degli ultimi anni non avrebbe inciso sulla natura pubblicistica dell'azienda speciale, ma si sarebbe semplicemente limitata a tramutare tale soggetto in un centro di imputazione distinto dall'ente di riferimento e dotato di autonomia decisionale.

Di tutt'altro avviso sembra essere un orientamento interpretativo di maggiore consistenza numerica (20), secondo il quale i connotati impressi all'azienda speciale dalla riforma del 1990 e successivamente confermati dal TUEL giustificerebbero l'assimilazione di tale soggetto agli enti pubblici economici (21).

(15) Tra i fautori del riconoscimento della personalità giuridica all'azienda speciale va annoverato F. Bassi, *Natura giuridica della azienda municipalizzata*, cit., 170 ss.

(16) Così, art. 23, comma 1, L. 8 giugno 1990, n. 142. Quanto alla compagine organizzativa, è opportuno richiamare l'art. 23, comma 3, L. 8 giugno 1990, n. 142 (poi trasfuso nell'art. 114, comma 3, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267), a tenore del quale l'azienda speciale consta di tre organi: consiglio di amministrazione, presidente e direttore. Con specifico riguardo a quest'ultima figura, è bene sottolineare che, contrariamente a quanto previsto nell'art. 4, commi 2 e 3, R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 ("il direttore, è di regola, nominato in seguito a pubblico concorso [...] e "potrà essere eccezionalmente nominato per chiamata [...]"), nella L. 8 giugno 1990, n. 142 è stato espunto qualsivoglia riferimento alle modalità di reclutamento di tale organo.

(17) L'art. 114, comma 5-bis, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 è stato, da ultimo, interpolato dall'art. 25, comma 2, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in L. 24 marzo 2012, n. 27, a tenore del quale, a decorrere dal 2013, le aziende speciali e le istituzioni sono assoggettate al patto di stabilità interno nonché al rispetto del codice dei contratti e delle disposizioni che pongono, tra l'altro, divieti e/o limitazioni alle assunzioni di personale e al conferimento di incarichi.

(18) Art. 23, comma 4, L. 8 giugno 1990, n. 142.

(19) *Ex multis*, Corte cost., 12 febbraio 1998, n. 28, in *Foro It.*, 1998, I, 657; Cass., Sez. Un., 11 aprile 1991, n. 3863, in *Giust. Civ. Mass.*, 1991, 4; Cass. civ., sez. lav., 24 febbraio 1986, n. 1144, in *Giust. Civ. Mass.*, 1986, 2; Cons. Stato, sez.

V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Foro It.*, 2002, III, 553, con nota di E. Scotti, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, in *Foro It.*, 2002, III, 554 ss. Emblematico è l'assunto riscontrabile nell'ultima pronuncia menzionata, a mente del quale la capacità imprenditoriale accordata all'azienda speciale dalla L. n. 142 del 1990 tende al mero "conseguimento di un maggior grado di efficacia, efficienza e di economicità del servizio pubblico", senza tuttavia trasmodare nel riconoscimento della natura privata.

(20) Tra le pronunce che hanno recepito la seconda opzione interpretativa, si veda, tra le altre, Cass., Sez. Un., 6 febbraio 1998, n. 1274, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 266; Id., 11 luglio 2006, n. 15661, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 7-8; Id., 17 aprile 2007, n. 9095, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 4.

(21) Sul piano definitorio, gli enti pubblici si configurano come soggetti creati secondo norme di diritto pubblico per il perseguimento di determinati fini pubblici, come è sostenuto da L. Giani, *L'organizzazione amministrativa*, in F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 98. L'asserita appartenenza dell'azienda speciale alla categoria degli enti pubblici economici comporta, oltre all'iscrizione nel registro delle imprese, l'assoggettabilità alla disciplina di diritto privato per quanto attiene al profilo dell'impresa e del rapporto di lavoro dei dipendenti (cfr. T.A.R. Liguria, sez. II, 24 maggio 1995, n. 272, in *Foro Amm. TAR*, 1996, 643). L'azienda speciale, operando come una qualsiasi impresa commerciale, soggiace al regime fiscale proprio delle società di diritto privato ed è, quindi, soggetto passivo di imposta distinto dall'ente locale.

L'inquadramento suggerito da questa parte della giurisprudenza si fonda sul rilievo che l'azienda speciale non esercita poteri di supremazia ed agisce su un piano paritetico rispetto ai soggetti con cui viene in relazione, così incorporando i caratteri sintomatici degli enti pubblici economici (22).

Il precipitato empirico di siffatta impostazione consiste nel riconoscere che i rapporti di lavoro con l'azienda speciale, in quanto entità ascrivibile nel novero degli enti pubblici economici, soggiacciono alla giurisdizione ordinaria anche nella fase prodromica alla loro costituzione mediante concorso, atteso che, in ossequio al consolidato orientamento giurisprudenziale summenzionato, "la discrezionalità di valutazione, che contrassegna le operazioni di scelta dell'ente o della commissione giudicatrice, non è riferibile all'esercizio di una potestà pubblica di autorganizzazione, ma configura esercizio di attività privatistica dell'imprenditore ovvero prestazione procedimentale dovuta all'imprenditore medesimo nell'ambito del rapporto obbligatorio attinente al concorso, sindacabile da detto giudice sia sotto il profilo del rispetto delle norme regolamentari e delle disposizioni collettive che sotto il profilo dell'osservanza del principio generale di correttezza di cui all'art. 1175 c.c." (23).

Ed è proprio sull'obsolescenza di tale principio che il Consiglio di Stato fa leva, nella sentenza in rassegna, per mutare l'indirizzo fino a poco prima caldeggiato e ricondurre finalmente l'azienda speciale tra i soggetti equiparati alle pubbliche amministrazioni o "comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo" (art. 7, comma 2, c.p.a. (24)), in quanto "preposti all'esercizio di attività amministrative" (art. 1, comma 1-ter, L. 7 agosto 1990, n. 241).

Il dialogo ideale con la giurisprudenza di legittimità e le ripercussioni pratiche di un paragone inaspettato

Il *revirement* così operato si salda con la prima opzione interpretativa scrutinata e si allinea con gli ultimi arresti della giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità erariale degli amministratori di società cd. *in house* (25), i quali, ancorché afferenti ad una problematica ben diversa da quella oggetto della sentenza in commento, recano *in nuce* delle considerazioni sostanziali estensibili alla questione sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato.

Difatti, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, prima di dirimere l'annoso problema della sus-

(22) Si tratta di elementi di matrice giurisprudenziale, rinvenibili, tra l'altro, in Cass., Sez. Un., 3 dicembre 1996, n. 10796, in *Giust. Civ.*, 1996, 1667; Id., 20 ottobre 2000, n. 1132, in *Dir. Giust.*, 2000, 42, 58, ove si afferma, a più riprese, che la natura di ente pubblico economico discende dalla struttura giuridica e dal modo in cui tale soggetto esercita la propria attività, senza che assuma rilievo l'oggetto di quest'ultima.

(23) Si fa riferimento ad un principio costantemente affermato dalla giurisprudenza ordinaria (*ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2002, n. 18015, in *Giust. Civ.*, 2002, 2207, e, soprattutto, Cass., Sez. Un., 6 febbraio 1998, n. 1274, in *Giust. Civ.*, 1998, 266, relativa al riparto di giurisdizione in materia di procedura concorsuale finalizzata alla nomina del direttore generale di un'azienda speciale e, quindi, in riferimento ad una fattispecie analoga a quella oggetto della sentenza in commento) ed amministrativa (tra le ultime, si veda Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2012, n. 712, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 2, 344, nonché T.A.R. Campania, Napoli, 20 febbraio 2013, n. 927, in www.giustizia-amministrativa.it). Giova rammentare che la giurisprudenza amministrativa ha escluso che i dipendenti di un'azienda speciale, risultante dalla trasformazione di una società per azioni, possano invocare l'applicazione del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in quanto gli enti pubblici economici non rientrano nella nozione di pubblica amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2012, n. 641, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 2, 342, ove è precisato che l'elencazione contenuta nell'art. 1, comma 2 del suddetto decreto si riferisce a "tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali").

(24) Il comma 2 dell'art. 7 c.p.a. sembra avulso dal sistema in cui è inserito, in quanto è collocato all'interno di una disposizione deputata a definire gli spazi riservati alla giurisdizione del giudice amministrativo. Ciononostante, si tratta di una previsione volta a precisare, in difetto di una "norma-definizione"

all'interno del codice, il significato da attribuire al termine "pubbliche amministrazioni" ivi disseminato, con un chiaro riferimento ai soggetti di cui fa menzione l'art. 1, comma 1-ter, L. 7 agosto 1990, n. 241. Per maggiori approfondimenti, si rinvia a G. Ferrari, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, *Nel diritto*, 2014, 95 ss.

(25) Si fa riferimento a Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Resp. Civ. Prev.*, 2014, 1, 319, ove si afferma che la giurisdizione della Corte dei conti sussiste ogniqualvolta si rilevi l'esistenza di un danno erariale, inteso come danno al patrimonio pubblico scaturente dalla *mala gestio* degli organi sociali o dei singoli soci, a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto che l'ha cagionato. Secondo il Supremo Consesso, invero, in difetto di una normativa *ad hoc*, l'individuazione della giurisdizione deve essere effettuata in ragione della natura pubblica o privata del patrimonio colpito. Quanto alla specifica questione oggetto di scrutinio, le Sezioni Unite hanno testualmente sancito che "la Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso detta corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*, per tale dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici". Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a M. A. Visca, *La giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di una società per azioni*, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 207, nonché a S. Rodriguez, *La giurisdizione della Corte dei conti dagli enti pubblici economici alle s.p.a. a prevalente capitale pubblico*, in *Giur. It.*, 2004, 1946.

sistenza della giurisdizione contabile in tema di risarcimento dei danni arrecati dai gestori o dagli organi di controllo al patrimonio di società a partecipazione pubblica, si sono addentrate nell'altrettanto dibattuta questione della natura giuridica della società *in house*, quale figura "di stampo eminentemente giurisprudenziale" (26) che trova ormai cittadinanza nella legislazione nazionale (27).

Al riguardo, il Supremo Consesso ha osservato che la società *in house* (28), come del resto si desume dallo stesso *nomen iuris*, non si rapporta in termini di alterità soggettiva rispetto all'ente pubblico di riferimento, nei confronti del quale si atteggia, più propriamente, quale "articolazione interna" che mantiene soltanto la parvenza di società (29).

Posto che la figura in questione altro non è che "una *longa manus* della pubblica amministrazione" (30), ne deriva che i dirigenti dei relativi organi, soggiacenti a vincoli gerarchici facenti capo all'amministrazione controllante, sono legati a quest'ultima da un vero e proprio rapporto di servizio (31), al pari dei dirigenti preposti ai servizi direttamente erogati dall'ente pubblico, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo per le relative controversie.

Ebbene, il Consiglio di Stato ha mutuato le suddette considerazioni nella sentenza in commento, muovendo dal rilievo che se queste sono valide per le società *in house* e, dunque, con riguardo ad enti che, pur interni alla pubblica amministrazione, recano un paradigma organizzativo formalmente imperniato sul modello societario, le stesse devono

valere, *a fortiori*, per le aziende speciali, le quali, come ampiamente visto, "conservano natura pubblica, non possedendo nemmeno uno statuto privatistico di tipo societario e non relazionandosi con l'ente istitutivo secondo modelli e schemi privatistici" (32).

A favore di siffatta parificazione milita, tra l'altro, l'indirizzo espresso da tempo dalle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione, a mente del quale sono devoluti alla giurisdizione della Corte dei conti i giudizi di responsabilità amministrativa per fatti perfezionatisi a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 1, ultimo comma, L. 14 gennaio 1994, n. 20, nei confronti di amministratori e dipendenti di aziende speciali, specificamente qualificate come "enti strumentali dei comuni" (33).

Nella sentenza in rassegna si addivene, in tal modo, alla quadratura del cerchio: la selezione diretta all'assunzione del personale di un'azienda speciale deve rispettare il principio del pubblico concorso, atteso che si è al cospetto di una procedura posta in essere da un soggetto qualificabile, al pari della società *in house*, come forma peculiare di articolazione della pubblica amministrazione, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo per le relative contestazioni.

Così ragionando, il Consiglio di Stato evidenzia che l'inquadramento della natura giuridica dell'azienda speciale non si profili come una questione meramente teorica, ma dia origine ad effetti di indubbia rilevanza pratica, rispetto ai quali il dibattu-

(26) Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.

(27) Il Supremo Consesso, dopo aver brevemente passato in rassegna la giurisprudenza europea e nazionale, richiama le "molteplici disposizioni normative" dedicate al fenomeno dell'*in house providing*, tra le quali pone in particolare risalto l'art. 113 comma 4, D.Lgs. n. 267 del 2000 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), come riformulato dall'art. 14, D.L. 30 settembre 2003, n. 269 (convertito con modificazioni dalla L. 24 novembre 2003, n. 326), "che, in presenza di determinate condizioni, consente espressamente l'affidamento di servizi pubblici, anziché ad imprese terze da individuare mediante procedure di evidenza pubblica, a società di capitali costituite per quello scopo e partecipate totalitariamente da soci pubblici, purché esse realizzino la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che le controllano e purché questi ultimi esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi".

(28) Nella sentenza 25 novembre 2013, n. 26283, cit., le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si concentrano altresì sui requisiti indefettibili della società *in house*, quali "la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici". Per poter parlare di società *in house*, è necessario che detti elementi sussistano tutti contemporaneamente e trovino il loro fondamento in precise e non derogabili disposizioni dello statuto sociale.

(29) Più specificamente, le società *in house* "hanno della società solo la forma esteriore ma, come s'è visto, costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi". Il Supremo Consesso si rifà esplicitamente a Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro Amm. CdS*, 2009, I, 93, secondo cui "l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa".

(30) Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit., nonché Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46, in *Giur. Cost.*, 2013, 3, 2397.

(31) Secondo Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2006, n. 22513, in *Foro It.*, 9, I, 2483, il rapporto di servizio si deve intendere come "una relazione con la pubblica amministrazione, caratterizzata per il tratto di investire un soggetto, altrimenti estraneo all'amministrazione, del compito di porre in essere in sua vece un'attività, senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura, provvedimento, convenzione o contratto, né quella del soggetto che la riceve, altra persona giuridica o fisica, privata o pubblica".

(32) Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2014, n. 820, in *Foro Amm. CdS*, 2014, 2.

(33) Cass., Sez. Un., 20 giugno 2006, n. 14101, in *Giust. Civ.*, 2007, I, 9, 1951.

to riparto di giurisdizione rappresenta soltanto uno dei molteplici risvolti.

Invero, la mutata qualificazione in termini di articolazione interna della pubblica amministrazione comporta, quale corollario degno di nota, l'assoggettamento dell'azienda speciale così concepita al controllo di gestione della Corte dei conti, in ossequio agli artt. 1, comma 2, D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (ora trasfuso nel citato D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165) e 3, comma 4, L. 14 gennaio 1994, n. 20.

Un ulteriore riflesso concreto da cui inferire il pregio e la carica - per così dire - prospettica della pronuncia in commento involge la selezione del personale dell'azienda speciale, la quale, risultando ora ascrivibile nell'alveo delle procedure concorsuali, soggiace finalmente ai principi di trasparenza, imparzialità, pubblicità ed economicità che devono informare il reclutamento dei dipendenti pubblici (34), in ossequio al dettato costituzionale che concepisce il concorso pubblico come canale di accesso indefettibile nei ruoli della pubblica amministrazione.

(34) Si fa riferimento al disposto dell'art. 35, comma 3, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, a cui rimanda l'art. 18, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, così come modificato dalla L. 6 agosto

2008, n. 133, espressamente dedicato alle procedure selettive poste in essere dalle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica.

Inquinamento

Inquinamenti risalenti, ordini di bonifica e principio di legalità CEDU: tutto per l'“ambiente”?

T.A.R. ABRUZZO, PESCARA, sez. I, 30 aprile 2014, n. 204 – Pres. Eliantonio – Est. Balloriani – Edison s.p.a. c. Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e altri

È inammissibile *ex art. 41 comma c.p.a.* il ricorso contro l'ordine di interventi ambientali su aree non di proprietà della ricorrente, ove esso non sia notificato altresì alla proprietaria delle aree che abbia interessi contrari a quelli fatti valere dalla ricorrente.

Nel diritto processuale amministrativo, così come in quello civile, quanto all'onere della prova, specie con riferimento all'accertamento del nesso causale in materia di evento illecito, vige il principio del “più probabile che non” e non invece quello penalistico che richiede una certezza al di là di ogni ragionevole dubbio.

Vertendosi in materia di rilievo anche comunitario, ai fini dell'accertamento di illeciti ambientali commessi da gruppi societari va accolta la concezione sostanzialistica di impresa fatta propria dalla giurisprudenza comunitaria in tema di concorrenza, quanto al principio della prevalenza dell'unità economica del gruppo rispetto alla pluralità soggettiva delle imprese controllate, secondo cui per illeciti commessi dalle società operative la responsabilità si estende anche alle società madri detenenti quote che facciano presumere un rapporto di dipendenza e quindi escludere una sostanziale autonomia decisionale delle controllate stesse.

È conforme all'applicazione del principio europeo per il quale “chi inquina paga”, e non comporta l'applicazione retroattiva delle norme in tema di bonifica dei siti inquinati, l'ordine di bonifica che sia indirizzato all'odier-na controllante o avente causa dal soggetto al quale siano addebitati i comportamenti all'origine della contaminazione, anche ove essi siano stati compiuti in epoca antecedente all'avvento dell'art. 17 del D.Lgs. 5 febbraio 1997 n. 22.

Non è irragionevole l'ordine che chiami entro trenta giorni a rimuovere tutti i rifiuti depositati in alcune discariche, ripristinare integralmente lo stato dei luoghi mediante la rimozione delle discariche e delle altre fonti di contaminazione ancora attive, bonificare le matrici ambientali che all'esito della completa rimozione dei rifiuti risultassero contaminate.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cons. Stato, sez. VI, 9 ottobre 2007, n. 5283; T.A.R. Roma, sez. I, 3 luglio 2012, n. 6033; T.A.R. Brescia, sez. I, 21 gennaio 2013, n. 50; T.A.R. Lecce, sez. I, 19 febbraio 2014, n. 500
Difforme	Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6055; Cass., sez. I, 21 ottobre 2011, n. 21887; Trib. Lecco, sez. II, 27 gennaio 2014, n. 124

Diritto

1. Questioni preliminari

Come rilevato dall'Amministrazione resistente il ricorso è inammissibile, almeno in parte (laddove cioè impugna il provvedimento anche nella parte in cui si riferisce a terreni non attualmente di proprietà della ricorrente, e ammesso che il suo contenuto possa ritenersi scindibile, essendo comunque unico il danno ambientale considerato), atteso che il provvedimento impugnato riguarda anche le due discariche situate sui terreni attualmente

di proprietà delle soc. Solvay, e, come rilevato dalla stessa ricorrente, quest'ultima impresa ha interessi contrastanti rispetto a quelli della ricorrente medesima [...] Difatti, appare evidente che, ove il ricorso dovesse risultare fondato, in mancanza dell'individuazione del responsabile, quantomeno l'onere della bonifica graverebbe in capo al proprietario [...] Per tali ragioni Solvay s.p.a. si presentava, sin dal momento della instaurazione del giudizio, come un controinteressato palese e non occulto o sopravvenuto (cfr. per tali categorie, Cons. Sta-

to, sentenza n. 652 del 2014), e quindi le doveva essere notificato il ricorso, ai fini dell'ammissibilità, ai sensi dell'art. 41 comma 2 c.p.a.

2. Questioni di merito

In ogni caso, il ricorso è infondato. [...]

2.1. Sulla riferibilità causale dell'inquinamento agli stabilimenti nel periodo in cui erano gestiti dal Gruppo Montecatini-Montedison-Edison. Edison s.p.a. contesta innanzitutto che tale attività sia a sé imputabile in punto di fatto. Occorre premettere che nel diritto processuale amministrativo, così come in quello civile, quanto all'onere della prova, specie con riferimento all'accertamento del nesso causale in materia di evento illecito, vige il principio del "più probabile che non" (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sentenza n. 998 del 2014; Cass. sentenza n. 21619 del 2007) e non invece quello penalistico che richiede una certezza al di là di ogni ragionevole dubbio (cfr. Cass. civ., sentenza n. 13214 del 2012).

Ciò premesso, non appare analiticamente ed efficacemente contestato che nei siti in esame sono state rinvenute sostanze altamente inquinanti e che esse costituiscono scarti e prodotti industriali tipici dell'attività ivi esercitata da Edison s.p.a. [...].

È ovvio pertanto che i responsabili di detto inquinamento non possono che essere individuati, sempre secondo il criterio del "più probabile che non", in coloro che hanno gestito tali impianti nel periodo antecedente a quello in cui gli inquinamenti hanno iniziato ad essere rilevati. [...] Al cospetto di tale quadro indiziario, sia in ordine all'epoca dell'inquinamento che in ordine alle sue cause, la Edison non avrebbe potuto limitarsi a ventilare genericamente il dubbio circa una possibile responsabilità di terzi, ma avrebbe dovuto provare e documentare con pari analiticità la reale dinamica degli avvenimenti e indicare a quale altra impresa, in virtù di una specifica e determinata causalità, debba addebitarsi la condotta causativa dell'inquinamento [...].

2.2. Sulla responsabilità di Edison s.p.a. per le condotte delle varie società operative del gruppo Montedison s.p.a. che si sono succedute nella gestione degli impianti.

Tutto ciò premesso, non risulta contestato che, fino al 2002 (data in cui, come evidenziato, gli effetti dello specifico inquinamento causato dagli stabilimenti hanno già cominciato ad essere rilevati e documentati), a gestire il sito industriale sia stato principalmente il gruppo Montecatini-Montedison-Edison nelle varie denominazioni e organizzazioni proprietarie che si sono succedute. [...]

Pertanto, oltre alle considerazioni che si approfondiranno a breve in merito alla responsabilità di gruppo, è opportuno osservare sin d'ora che, possedendo il gruppo Montedison-Edison in tale periodo il 100% delle azioni di Ausimont s.p.a., sotto il profilo sostanziale appare più equo allocare gli oneri ripristinatori e di bonifica a carico di chi ha avuto effettivamente il controllo e la dire-

zione dell'attività della società operativa, nel periodo in cui essa ha determinato l'inquinamento, e ne ha tratto utilità. [...]

Quello che la ricorrente contesta in questa sede è che la responsabilità per illeciti delle controllate possa ricadere sulla controllante o comunque sull'intero gruppo, inteso a tal fine come soggettività unica e non più distinta nelle varie persone giuridiche autonome che lo compongono (cfr. pag. 11 delle memorie depositate in data 17 marzo 2014).

Ciò premesso, atteso che si verte in materia comunque di rilievo anche comunitario, e quindi nell'applicazione di direttive comunitarie attuate nel nostro ordinamento, il Collegio ritiene che ai fini della loro corretta applicazione e quindi dell'accertamento di illeciti ambientali commessi da gruppi societari debba essere accolta la concezione sostanzialistica di impresa fatta propria dalla giurisprudenza comunitaria (giurisprudenza maturata soprattutto in tema di concorrenza), e quindi applicato il principio della prevalenza dell'unità economica del gruppo rispetto alla pluralità soggettiva delle imprese controllate, secondo cui per illeciti commessi dalle società operative la responsabilità si estende anche alle società madri, che ne detengono le quote di partecipazione in misura tale, come nel caso di specie, da evidenziare un rapporto di dipendenza e quindi escludere una sostanziale autonomia decisionale delle controllate stesse (nel caso di controllo totalitario, come nel caso di specie per la Ausimont s.p.a., poi, l'assenza di autonomia decisionale è presunta, cfr. Corte Giust. CE, 25 ottobre 1983, causa 107/82).

Ne consegue che la responsabilità in capo alla ricorrente Edison s.p.a. per le attività esercitate nel tempo dalle varie società del gruppo deriva direttamente da tali principi e quindi a prescindere dalla contestata applicabilità degli art. 2497 e 2497-sexies c.c.

Il criterio comunitario testé richiamato, peraltro, attiene all'imputazione della responsabilità intera e finale in capo alla *holding* e al gruppo nel suo complesso e non alla misura del concorso nella responsabilità, sicché a tale applicazione non osta la previsione di cui all'art. 9 della direttiva 2004/35/Ce, secondo cui "la presente direttiva lascia impregiudicata qualsiasi disposizione del diritto nazionale riguardante l'imputazione dei costi nel caso di pluralità di autori del danno, in particolare per quanto concerne la ripartizione della responsabilità tra produttore e utente di un prodotto".

In ogni caso, tale disposizione, nel lasciare impregiudicate le disposizioni di diritto nazionale, non esclude che, soprattutto per l'ipotesi di mancanza di queste, il criterio debba essere preferibilmente rinvenuto in principi di matrice comunitaria diversi e ulteriori da quelli contenuti nella direttiva stessa.

Ciò, specie se tale applicazione sostanzialistica favorisce l'effetto utile dell'applicazione di principi fondamentali della materia comunitaria in questione, quale quello secondo cui "chi inquina paga" (espresso già nell'art. 15 della direttiva n. 91/156/CEE, attuata con il D.Lgs. n. 22 del 1997).

Al fine di rinforzare le considerazioni sin qui svolte, giova ricordare che anche il Consiglio di Stato (cfr. sentenza n. 6055 del 2008) ha affermato l'applicabilità dei principi sostanzialistici elaborati dalla Corte di giustizia in materia di concorrenza (nella specie quello della successione economica tra imprese) ai fini dell'individuazione del soggetto obbligato alla bonifica e al ripristino ambientale, proprio in virtù della effettività che tali principi sostanzialistici assicurano all'attuazione del canone fondamentale secondo cui "chi inquina paga": "In particolare, nei provvedimenti contingibili e urgenti l'imputazione soggettiva degli obblighi di attivazione, discrezionalmente individuati dall'amministrazione precedente, può motivatamente seguire anche le diverse regole della successione cd. "economica" (per un'applicazione della successione economica in materia di concorrenza, è utile il richiamo alla recente sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 11 dicembre 2007, in causa C-280/06, pronunciata su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato) che consentono, per la migliore e immediata tutela di fondamentali interessi superindividuali, di derogare al generale principio della personalità e, in ossequio al canone del "chi inquina paga", di onerare chi abbia beneficiato delle valenze economiche, anche latenti, di un bene-impresa dei correlativi costi dell'internalizzazione delle diseconomie esterne prodotte".

Orbene, nel caso di specie, il Collegio ritiene applicabile il principio comunitario dell'unicità economica del gruppo, al fine di allocare l'obbligo di bonifica su chi per lungo tempo si è giovato di tali attività realizzate anche mediante società operative.

L'illustrato principio della responsabilità di gruppo fatto proprio dalla risalente giurisprudenza comunitaria nella materia degli illeciti concorrenziali, ad avviso del Collegio, diviene in ogni caso un principio generale di diritto amministrativo interno (nel cui ambito rientrano indubbiamente gli ordini di ripristino e bonifica ambientale, che sotto il profilo della fattispecie sostanziale, oltre che della giurisdizione, si distinguono nettamente dall'obbligo risarcitorio di cui all'art. 2043 c.c., cfr. Cons. Stato, sentenza n. 6055 del 2008), e quindi deve essere applicato dalle Amministrazioni nell'adottare anche i provvedimenti del tipo in esame, per via dell'effetto "spill over" dei principi comunitari, oggi del resto codificato espressamente all'art. 1 della L. n. 241 del 1990.

2.3. Sulla legittimità di ordinare il ripristino e la bonifica per attività inquinanti compiute prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 22 del 1997.

Affermata l'imputabilità in capo a Edison s.p.a. della responsabilità, ai fini della presente controversia, in ordine agli inquinamenti in esame, occorre esaminare le ulteriori censure concernenti una presunta impossibilità di ordinare il ripristino e la bonifica (cioè comportamenti attivi ed ulteriori rispetto al mero obbligo risarcitorio, derivante già in virtù della previsione di cui all'art. 2043 c.c.), per fatti che si assumono avvenuti prima dell'entrata in vigore del D.P.R. n. 915 del 1982, della L. n. 489 del 1986, della L. n. 549 del 1995, del

D.Lgs. n. 22 del 1997, del D.M. n. 471 del 1999 e del D.Lgs. 3 aprile 2006 n. 152, che tali obblighi avrebbero introdotto e disciplinato.

Rilevato che appare prevalente, oltre che condivisibile, la tesi secondo cui non vi è continuità tra la previsione dell'obbligo risarcitorio derivante in via generale dalla violazione del precetto del *neminem laedere* (ex art. 2043 ss. c.c.) e quella di obblighi specifici di ripristino e bonifica in materia ambientale (cfr. Cons. Stato, sentenza n. 6055 del 2008), il Collegio condivide la giurisprudenza secondo cui (cfr. T.A.R. Toscana, sentenza n. 573 del 2011) l'inquinamento è una situazione di danno ingiusto che si rinnova e aggrava nella sua lesività e quindi di illecito permanente, in quanto esso perdura e si aggrava fino a che non ne siano rimosse le cause ed i parametri ambientali siano riportati entro i limiti normativamente accettabili.

In quanto situazione di danno permanente, la responsabilità di chi lo pone in essere può essere scissa in due condotte, una commissiva, generatrice dell'inquinamento stesso, ed una omissiva, laddove ci si astiene dal porre in essere quelle condotte per eliminare la situazione dannosa e permanente causata (in base al principio dell'assunzione di una posizione di garanzia secondo Cons. Stato, sentenza n. 6055 del 2008).

Ciò comporta che già le previsioni del D.Lgs. n. 22 del 1997 possano essere applicate a qualunque sito che risulti inquinato sotto la sua vigenza, a prescindere dalla circostanza che il fatto o i fatti generatori della situazione patologica siano anche antecedenti (secondo quanto sopra specificato) all'entrata in vigore del medesimo D.Lgs.

Già le previsioni di cui al D.Lgs. n. 22 del 1997, giustificano pertanto l'ordine di ripristino e bonifica ambientale nel caso di specie.

Inoltre, l'ordine di ripristino e bonifica ambientale può essere rivolto al soggetto responsabile dell'inquinamento anche qualora quest'ultimo non sia più nella disponibilità delle aree, com'è almeno in parte nel caso di specie (cfr. Cons. Stato, sentenza n. 5283 del 2007).

Ne consegue che appaiono giustificati e supportati da un'adeguata previsione normativa (art. 17 del D.Lgs. n. 22 del 1997 – oggi abrogato dall'art. 264, comma 1, lett. i) del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ma con una sostanziale continuità di disciplina, cfr. Cons. Stato, sentenza n. 6055 del 2008 - come del resto evidenziato anche nella relazione dell'Amministrazione resistente, depositata in atti dall'Avvocatura erariale in data 17 marzo 2014, cfr. pag. 15) gli ordini di ripristino e bonifica enunciati nel provvedimento impugnato, a prescindere dalla disciplina normativa invocata formalmente dalla p.a. (l'errore di sussunzione normativa appare nella specie meramente formale, da un lato, non incidendo sulla legittimità sostanziale del provvedimento, per tutte le considerazioni espresse, dall'altro, consentendo comunque di intendere i soggetti, il tipo, l'oggetto e la causa del provvedimento adottato, come dimostra la difesa svolta dalla ricorrente; esso pertanto si risolve in un errore di motivazione non invalidante, anche ai sensi dell'art. 21-octies della L. n. 241 del 1990, ed anche in

considerazione dei chiarimenti forniti nella citata memoria del 17 marzo 2014 dalla difesa erariale) . [...]

2.4. Sulle altre questioni di merito.

Omissis.

2.4.4. Quanto ai termini per provvedere, il provvedimento impugnato dispone l'esecuzione in danno "in mancanza di tempestivo e spontaneo adempimento nel termine di 30 giorni dal ricevimento dell'atto".

Rilevato che il fondamento dell'obbligo di ripristino è da individuare già nell'art. 17 del D.Lgs. n. 22 del 1997 (che, come già evidenziato, è oggi abrogato dall'art. 264, comma 1, lett. i) del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ma con una sostanziale continuità normativa e di disciplina, cfr. Cons. Stato, sentenza n. 6055 del 2008), si osserva che esso prevede una procedura che impone, nei trenta giorni, la presentazione alla Regione e al Comune di un piano di bonifica.

Anche dagli artt. 305 e 306 del D.Lgs. n. 152 del 2006, che *ratione temporis* affidano la competenza al Ministero dell'ambiente (esercitata correttamente nel caso di specie, secondo il principio *tempus regit actum*) e disciplinano il procedimento di adozione dell'ordine di ripristino in esame, emerge una procedura analoga: il Ministero dell'ambiente ordina il ripristino e il destinatario della misura propone al massimo entro trenta giorni un piano che dovrà essere approvato dal medesimo Ministero, salve, s'intende, le misure cautelari di carattere immediato.

Il termine appare pertanto congruo con riferimento alla prima fase del ripristino, vale a dire alla predisposizione del piano di cui alla normativa testé indicata, salve la facoltà del Ministero di imporre in qualsiasi momento, ex art. 305 del D.Lgs. n. 152 del 2006, tutte le misure urgenti che dovessero rilevarsi opportune.

IL COMMENTO

di Roberto Invernizzi (*)

La sentenza ripete affermazioni diffuse nella giurisprudenza in materia. Il commento ne esamina la tenuta in sé considerate, e sullo sfondo del panorama convenzionale CEDU, stante la natura ablatoria connotante gli ordini di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale ex artt. 239 ss. del D.Lgs. 152 del 2006. Non consta che questo profilo abbia ricevuto soverchia attenzione in giurisprudenza e dottrina. Tenere conto può condurre – specie in tema di applicazione delle norme ora dette a contaminazioni oggi tali in base alle stesse, ma derivanti da comportamenti tenuti prima del loro avvento – a risultati applicativi diversi da quelli cui giunge la giurisprudenza imperante. Rispetto alla quale è sollevato il dubbio se essa offra le soluzioni in assoluto più conformi allo stesso perseguimento della tutela dell'ambiente.

Inquadramento

La sentenza affronta il tema degli inquinamenti risalenti, ossia che leghino a comportamenti anteriori all'avvento delle odierne norme in materia di obbligo di bonifica dei siti compromessi. Vi si leggono affermazioni opinabili sull'accertamento del nesso fra fatto causativo e contaminazione, responsabilità della controllante per fatto della controllata, applicabilità di regole odierne a fatti risalenti, nonché sul principio "chi inquina, paga". L'avallo all'obiettivo degli atti amministrativi impugnati di addossare l'intervento ambientale a chi si reputa averne i mezzi pare farvi premio sulla coerenza giuridica degli argomenti. Occorre valutare quanto le soluzioni offerte dalla sentenza siano consone all'ordinamento e ai suoi interessi di sistema. Se ne trae la necessità di riflessioni aventi spunto anche dalla doverosa collocazione della materia ambientale - e in specie della bonifica dei

siti inquinati - nel quadro convenzionale CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La fattispecie concreta e l'impostazione del commento

Il caso è quello di un'area industriale da poco meno di un secolo, con attività produttive cessate via via nell'ultimo cinquantennio. L'ordine ambientale, indirizzato al soggetto in passato controllante di quelli che produssero *in loco* obbliga, entro soli trenta giorni, "alla rimozione di rifiuti [...], al ripristino [del]lo stato dei luoghi e alla eventuale bonifica delle matrici ambientali interessate" oltre tutto in parte oggetto di un sequestro penale.

L'ordine evoca così in un solo contesto tre ben diverse tematiche giuridiche, facenti capo agli artt.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

192 (1), 299 ss. (2) e 239 ss. (3) del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152. Nel primo caso si tratta di fattispecie para-sanzionatorie, nel terzo caso dell'azione per il risarcimento del danno ambientale affidata alla giurisdizione ordinaria. Nel secondo caso si tratta, secondo la corrente interpretazione (4) di un'ipotesi di responsabilità oggettiva, azionata mediante atti amministrativi controllati in giurisdizione ordinaria.

L'assommarsi di tematiche tanto eterogenee nell'atto amministrativo esaminato ha riflessi sulla motivazione della sentenza. Anche se, per la verità, pare che ciò avrebbe dovuto riflettersi anzitutto nel riconoscimento della oggettiva irragionevolezza del dispositivo dell'atto stesso (5).

(1) Tematica della rimozione di rifiuti abbandonati in modo incontrollato. L'art. 192, rubricato "Divieto di abbandono", prevede al comma 3 che "Fatta salva l'applicazione della sanzioni di cui agli artt. 255 e 256, chiunque viola i divieti di cui ai commi 1 e 2 è tenuto a procedere alla rimozione, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa, in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo. Il Sindaco dispone con ordinanza le operazioni a tal fine necessarie ed il termine entro cui provvedere, decorso il quale procede all'esecuzione in danno dei soggetti obbligati ed al recupero delle somme anticipate", mentre il suo comma 4 qualifica espressamente come "illecita" la fattispecie relativa.

(2) Norme in tema di cd. *danno ambientale*, dettate anche in recepimento della direttiva 2004/35/CE, in continuità normativa con l'art. 18 della L. 8 luglio 1986, n. 349 (recante "Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale"), che mirano anzitutto al ripristino dell'equilibrio ecologico, nell'alterazione del quale - secondo la corrente accezione, riflessa in sintesi anche dall'art. 300 comma 1 D.Lgs. n. 152/2006.

(3) Complessivamente dedicati alla "Bonifica dei siti contaminati", secondo la rubrica del titolo del D.Lgs. n. 152/2006 nel quale esse sono incluse, in continuità normativa con il plesso costituito dall'art. 17 del D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (recante "Attuazione delle direttive 91/56/CEE sui rifiuti, 91/698/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio") e dal D.M. 25 ottobre 1999, n. 471 ("Regolamento recante criteri, procedure e modalità per la messa in sicurezza, la bonifica e il ripristino ambientale dei siti inquinati, ai sensi dell'articolo 17 del D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, e successive modificazioni e integrazioni").

(4) Giurisprudenza e Dottrina che escludono il carattere illecito della fattispecie ex art. 17 D.Lgs. n. 22/1997 (e 239 e ss. 152/2006).

(5) Il complesso delle attività ordinate (rimozione dei rifiuti dalle discariche; ripristino dello stato *quo ante*; bonifica) pare oggettivamente *infattibile* nei trenta giorni assegnati. La sentenza avalla il provvedimento in pratica *riscrivendolo*. A ciò equivale osservare (in fine del § 2.4.4 in diritto) che detto termine di trenta giorni "appare pertanto congruo con riferimento alla prima fase del ripristino". Né sembra interessare alla sentenza che detta sua conclusione sia raggiunta sulla scorta dell'appello a due norme eterogenee, e di vicendevolmente escludente applicabilità, non fosse che perché il vaglio sulla legittimità e liceità della loro applicazione è affidato a giurisdizioni diverse.

Nel complesso, la motivazione si incentra sulla considerazione del provvedimento impugnato quale ordine di bonifica (6). In essa appaiono assenti - se non per notazioni complementari alle tesi sostenute (7) - considerazioni aventi viceversa tratto alle tematiche del divieto di scarico incontrollato di rifiuti (e dei relativi ordini di rimozione) e del danno ambientale.

Non si è in grado di valutare se questa conformazione della motivazione sia o meno corretta alla luce dei contenuti dell'atto impugnato e del fascicolo di causa. Essa permette alcune riflessioni sugli ordini di bonifica per contaminazioni (8) frutto di atti risalenti a prima dell'avvento del D.M. n. 471/1999 (9) (10).

Infatti, la molto opinabile - anche per come raggiunta, oltre che nella sostanza - conclusione che legittima il dispositivo dell'atto è poggiata sulla considerazione "che il fondamento dell'obbligo di ripristino è da individuare già nell'articolo 17 del D.Lgs. n. 22 del 1997" - fonte degli ordini di bonifica - che "prevede una procedura che impone, nei trenta giorni, la presentazione alla Regione e al Comune di un piano di bonifica", ma frattanto *anche* poggiando l'atto sugli "articoli 305 e 306 del D.Lgs. n. 152 del 2006" in tema di danno ambientale, come se si trattasse di tematiche *ex se* assimilabili, anche a dispetto dei principi - radicati direttamente in Costituzione, in norme come gli artt. 97, 23 e 42, con i riflessi sulle possibilità di difesa *ex artt.* 24 e 113 - di tipicità degli atti amministrativi e di coerenza di essi con la causa dei poteri tramite essi esercitati.

(6) "Rilevato che il fondamento dell'obbligo di ripristino è da individuare già nell'art. 17 del D.Lgs. n. 22 del 1997 (che, come già evidenziato, è oggi abrogato dall'art. 264, comma 1, lett. i) del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152".

(7) V. *supra* in nota es. quanto ai concorrenti appelli alle eterogenee tematiche della bonifica di siti inquinati e del danno ambientale al fine della declaratoria di legittimità del dispositivo dell'ordine esaminato dalla sentenza.

(8) Si intendono le contaminazioni nel senso tecnico-giuridico oggi scritto nell'art. 240 comma 1 lett. e) D.Lgs. n. 152/2006 e in precedenza - con innovazione normativa assoluta rispetto a qualsiasi regime, di tutela ambientale, o *tout-court* di responsabilità (ciò è ben sottolineato da Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6055) - fu scritto per la prima volta nell'art. 17 comma 1 lett. a) in relazione al comma 2 dello stesso articolo e al D.M. n. 471/1999.

(9) Come si è visto *supra* in nota, l'art. 17 comma 2 D.Lgs. n. 22/1997 definiva "contaminati", e perciò da bonificare, i siti nei quali fossero superate le soglie di presenza di sostanze superiori a quelle dettate dal D.M. previsto dal comma 1 dello stesso articolo. Dal momento che il D.M. stesso (n. 471/1999) non è sopraggiunto che nell'autunno del 1999 è da quel momento che hanno preso corpo sia la - più evidente e immediata - regola che chiama a intervenire chi abbia "cagionato" la contaminazione, sia - la implicita, ma non meno rilevante alla luce della corretta accezione del principio "chi inquina, paga" *infra* oggetto di specifica attenzione - ulteriore regola che ha permesso a tutti coloro che conducessero attività di potenziale impatto ambientale di *conoscere* tanto i limiti di qualità dei siti da non valicare (*a contrario* assumendo tutte le misure per prevenire superamenti), quanto le *conseguenze* di una loro condotta che avesse provocato valicamenti.

(10) Non vengono esaminati, di conseguenza, temi diversi come quello processuale che indica un controinteressato nel

La critica che su questo tema è rivolta alla sentenza è di recare considerazioni percepibili come tendenti ad avallare, *comunque*, l'ordine ambientale (11), a scapito della coerenza giuridica richiesta dato l'estremo rilievo degli interessi in gioco sul versante degli interessi collettivi, ma anche su quello del soggetto chiamato all'intervento ambientale. L'impressione è che abbiano prevalso metagiuridiche considerazioni di analisi economica del diritto tese ad addossare al designato responsabile (12) dello stato del sito considerato le externalità negative di un comportamento privato che *non esistevano* secondo la legge all'epoca in cui esso fu tenuto. Ecco perché la tesi sintetica della critica alla decisione (13) è che essa pecchi di strabismo temporale e giuridico nella considerazione dei comportamenti e del regime delle correlate responsabilità.

Da qui l'opportunità di alcune riflessioni su assunti che forse con troppa fretta la sentenza presenta come ineluttabili.

Il quadro di fondo. La natura dell'ordine di bonifica e l'aggressione al patrimonio secondo la CEDU

Nella corrente accezione, l'ordine di bonifica è una misura di tipo *non* sanzionatorio. Essa non reagisce alla commissione di un illecito (14), ma all'oggettivo "cagionare" il superamento di determinate soglie di qualità delle matrici ambientali del sito considerato.

soggetto che sia stato indicato dal ricorso del preteso responsabile della contaminazione contro l'ordine di bonifica come soggetto tenuto in realtà a intervenire. L'indicazione appare a rigore impropria ex art. 41 c.p.a. dal momento che il fatto che detto soggetto indicato come destinatario sia in seguito tenuto a intervenire in luogo dell'originario destinatario dell'ordine (che esso abbia fatto annullare in un vittorioso giudizio) è solo *eventuale*, è legato a una riedizione provvedimentale del potere amministrativo, e non è diretto frutto della pronuncia giudiziale. La differenza rispetto a caso - nel quale si è dinanzi a un genuino controinteressato - della impugnazione di un permesso di costruire annullato il quale, per il solo effetto della sentenza, il titolare di esso perda la posizione di vantaggio costituitagli in origine dal provvedimento impugnato, è lampante e addita la non persuasività di questa decisione processuale.

(11) Tramite il rigetto del ricorso e il correlato dovere di attuare l'ordine reputato legittimo da parte del destinatario di questo.

(12) O, meglio, sul "più probabile che non" responsabile: v. *infra*.

(13) E delle molte che con argomenti - variamente combinati di volta in volta - analoghi a quelli addotti dalla sentenza in esame reputano legittimo chiamare oggi, e in base alle disposizioni odierne, a interventi ambientali coloro che, con comportamenti cessati *prima* dell'avvento delle norme odierne, abbiano determinato situazioni di *odierna* difformità am-

La misura appare pertanto ascrivere in pieno all'ambito degli atti ablativi.

In senso materiale il più tenue degli interventi di bonifica comporta in capo al destinatario oneri in assoluto relevantissimi. Sul piano giuridico, l'ordine di intervento distacca le corrispondenti risorse dal patrimonio del suo destinatario per indirizzarle forzosamente all'intervento ambientale nell'interesse generale.

È questo il tratto comune a tutte le ablazioni, connotate dal "sacrificio di una situazione soggettiva per il perseguimento di un interesse pubblico" (15). Il sacrificio può riverberarsi su "diritti reali, diritti personali o su obblighi a rilevanza patrimoniale": in quest'ultima ipotesi, come è nel caso dell'ordine di bonifica, il potere ablatorio veicola "prestazioni imposte" (16). È infatti riconosciuto che "La peculiarità dell'istituto disciplinato dall'art. 17 (17) risiede, infatti, nella sua natura di misura ablatoria personale, consentita in apicibus dall'art. 23 Cost., la cui adozione crea in capo al destinatario un obbligo di attivazione, consistente nel porre in essere determinati atti e comportamenti unitariamente finalizzati al recupero ambientale dei siti inquinati" (18), ossia l'art. 17 cit. "istituisce una misura ablatoria personale" (19).

Ne segue che la misura ablatoria ora detta va necessariamente proiettata sul quadro di riferimento costituito dagli artt. 23 e 42 Cost., nonché, anche attraverso l'art. 117 comma 1 Cost., dagli artt. 1 del primo protocollo addizionale alla CEDU (20) e

bientale.

(14) Come è invece nel caso dello scarico incontrollato di rifiuti o del danno ambientale. Ecco perché a differenza di quanto avviene in queste due fattispecie, l'ordine di bonifica in linea di principio non deve seguire alla valutazione degli stati soggettivi in capo al suo destinatario quanto al comportamento che ne giustifica l'emanazione (es. Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2013, 4784; *idem*, sez. II, 21 febbraio 2012, n. 282/10). L'art. 17 comma 2 D.Lgs. n. 22/1997, al pari delle norme oggi vigenti, lega l'obbligo di intervento a una causazione "anche accidentale" della contaminazione.

(15) A. Sandulli, *Il Procedimento*, in S. Cassese, *Trattato di Diritto Amministrativo, Parte generale*, II, Milano, 2003, 1241.

(16) E. Casetta, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2012, 239.

(17) Del D.Lgs. n. 22/1997, ma la notazione resta valida a margine delle norme ex artt. 239 ss. del D.Lgs. n. 152/2006.

(18) Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6055.

(19) Cass., sez. I, 21 ottobre 2011, n. 21887.

(20) "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale" (primo paragrafo); "Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle

17 della Carta dei Diritti fondamentali della UE (21).

Si tratta di norme accomunate dall'esigere il rispetto del principio di legalità nell'aggressione del patrimonio privato da parte del potere pubblico. Il patrimonio ne è garantito quale entità in assoluto oggetto di tutela, pure nell'eventuale concorso o conflitto con istanze, anche della collettività, di segno diverso alle quali esso può in concreto - nei debiti modi - essere infine sacrificato.

Va quindi verificato come, nella giurisprudenza del sistema CEDU, possa giungersi al momento delle comparazioni di valore fra il patrimonio e le istanze pubblicistiche confliggenti che ne possono determinare il sacrificio, e a quali condizioni questo sacrificio possa legittimamente avvenire.

Conta, allora, sottolineare che l'accesso al bilanciamento fra detti valore è in quel sistema (22) subordinato al ferreo *preliminare* rispetto del principio di legalità. Non si può, in altri termini, accedere a un giudizio di preferibilità di valori che porti a fare prevalere sulla tutela del patrimonio l'interesse pubblico sotteso alla misura ablatoria tesa ad aggredirlo, ove la possibilità astratta di quell'aggressione non sia *a priori* chiaramente scritta in una disposizione di legge che ne prefiguri l'attuabilità. Infatti, "La Cour rappelle que l'article 1 du Protocole n. 1 exige, avant tout et surtout, qu'une ingérence de l'autorité publique dans la jouissance du droit au respect de biens soit légale [...] Il s'ensuit que la nécessité de rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu [...] ne peut se faire sentir que lorsqu'il s'est avéré que l'ingérence litigieuse a respecté le principe de

la *légalité et n'était pas arbitraire*" (23). In altri termini, occorre che "l'attuazione di una politica e le sue ripercussioni per il proprietario (24) non siano né arbitrarie né imprevedibili (si veda, *mutatis mutandis*, Immobiliare Saffi c. Italia, n. 22774/93, § 54, CEDU 1999-V)" (25). Infatti, nell'art. 1 del primo protocollo addizionale CEDU, «110. [...] the phrase "subject to the conditions provided for by law" [...] requires in the first place the existence of and compliance with adequately accessible and sufficiently precise domestic legal provisions», poiché "the principle of lawfulness also presupposes that the applicable provisions of domestic law be sufficiently accessible, precise and foreseeable» (26).

Ne viene, in sintesi, data la prevalenza delle disposizioni CEDU dovuta al meccanismo ex art. 117 comma 1 Cost. (27), un potente strumento di indirizzo dell'interpretazione delle disposizioni interne suscettibili di giustificare l'aggressione al patrimonio. Esse debbono essere lette in senso restrittivo. Le aggressioni legittime - suscettibili di concretizzarsi caso per caso sulla scorta di un giudizio di maggior meritevolezza dell'interesse pubblico addotto alla loro base (28) - sono quelle chiaramente prefigurate dalla legge.

Il che, per inciso, permette di specificare una prima critica al filo conduttore della sentenza, fortemente orientata, trasversalmente agli argomenti addotti a fini motivazionali, a giustificare il segno della decisione assunta in nome del particolare valore del bene-ambiente. Il valore di questo bene è innegabile, ma l'appello a esso non può essere decisivo in un sistema CEDU che articola, come si è detto, il rapporto fra legalità e meritevolezza in concreto (in valutazione di bilanciamento ri-

imposte o di altri contributi o delle ammende" (secondo paragrafo).

(21) "1. Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. 2. La proprietà intellettuale è protetta".

(22) Che attraverso l'art. 117 comma 1 Cost. e l'insegnamento di sentenze come le nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale è il nostro sistema, dal momento che le norme CEDU nell'accezione loro riconosciuta nel sistema di origine sono parametri interposti di legittimità costituzionale delle norme dell'ordinamento interno; al riguardo, v. anche L. Maruotti, *Sulla prevalenza delle disposizioni della CEDU, rispetto alle contrastanti leggi nazionali*, in www.LexItalia.it, n. 10/2013.

(23) Corte EDU, *Grande Chambre*, 25 marzo 1999, n. 31107/96, *Iatridis/Repubblica Ellenica*.

(24) O comunque in genere per il titolare del patrimonio aggredito.

(25) Corte EDU, 17 settembre 2013, *Contessa/Repubblica Italiana*.

(26) Corte EDU, *Grande Chambre*, 8 luglio 1986, n. 9006/80, *Lithgow and others/Regno Unito*; analogamente, *idem*, *Grande Chambre*, 5 gennaio 2000, n. 33202/96, *Beyerler/Repubblica Italiana*; *idem*, sez. II, 30 maggio 2000, 31524/96, *Belvedere Alberghiera s.r.l./Repubblica Italiana*; *idem*, 30 maggio 2000, n. 24638/94, *Carbonara e Ventura/Repubblica Italiana*; ecc.).

(27) E anche ove non si voglia - come propone L. Maruotti *cit.* - condividere l'assunto che i contrasti interpretativi insanabili fra disposizioni CEDU e norme interne vadano composti tramite disapplicazione di queste ultime a favore delle prime, piuttosto che - come da corrente insegnamento della Corte costituzionale - sollevando questioni di legittimità costituzionale ex art. 117 comma 1 Cost. con riferimento al parametro mediato di costituzionalità costituito dalle norme CEDU lette come esse sono interpretate nell'ordinamento di origine.

(28) Giudizio al quale, come si è visto, non si accede però senza previo superamento del vaglio di legalità astratta della misura ablatoria che si intenda concretizzare.

petto la tutela del patrimonio) ogni misura ablativa.

Letta alla luce del quadro convenzionale tracciato (29), la sentenza in esame non persuade né nel complessivo sviluppo motivazionale, né in ciascuno dei cardini nei quali se ne articola la motivazione, ai quali occorre ora passare. Molti di questi suoi snodi essenziali risultano infatti messi con forza in discussione dai principi fondamentali che si sono evocati.

I cardini della sentenza: la prova del nesso causale; l'argomento del "più probabile che non"

Il primo cardine della sentenza è la dimostrazione dell'esistenza di un nesso di causalità fra le attività riferibili (30) al destinatario dell'ordine di intervento e l'insorgere dei presupposti di legittima emanazione di quest'ultimo in capo al destinatario stesso. È infatti evidente (31) che se il nesso causale fra le attività di un soggetto e un determinato stato ambientale del sito non giustifica (32) di per sé solo l'ordine di intervento, la mancata dimostrazione del nesso da parte della p.a. ordinante impedisce *ex se* l'ordine stesso.

Ai fini dell'accertamento di quel nesso la sentenza richiama una serie di fatti che indica emergere dagli atti di causa ad attestare il nesso, ma la verosimile non conclusione di questi elementi è additata dalla circostanza che la decisione sul punto fa perno sull'affermazione (33) secondo la quale «nel diritto processuale amministrativo, così come

in quello civile, quanto all'onere della prova, specie con riferimento all'accertamento del nesso causale in materia di evento illecito, vige il principio del "più probabile che non" (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sentenza n. 998 del 2014; Cass. sentenza n. 21619 del 2007) e non invece quello penalistico che richiede una certezza al di là di ogni ragionevole dubbio (cfr. Cass. civ., sentenza n. 13214 del 2012)».

L'assunto non appare condivisibile sotto più concorrenti e autonomi profili.

Improprio appare anzitutto l'accostamento dell'art. 17 del D.Lgs. n. 22/1997 e del D.M. n. 471/1999 (34) a una fattispecie di "illecito-sanzione". È vero che fatti di contaminazione che giustificano l'applicazione di quelle norme possono assumere rilievo ai fini di fattispecie illecite (35), ma in quanto "illeciti" i fatti relativi a queste ultime vanno esaminati in procedimenti e giurisdizioni diverse da procedimenti amministrativi e ordini preordinati alla bonifica di siti contaminati, ai sensi degli artt. 339 ss. D.Lgs. n. 152/2006 e con affidamento del vaglio di legittimità sugli ordini stessi alla giurisdizione amministrativa (36).

Non persuade, al di là di ciò, l'assunto che in materia ambientale i doveri istruttori della p.a. sarebbero alleviati ed essa potrebbe giungere all'affermazione di responsabilità in base non a una completa istruttoria, ma a valutazioni indiziarie legittimanti l'affermazione del nesso causale in capo al soggetto rispetto al quale il nesso sia "più probabile che non" (37).

(29) E delle condivisibili osservazioni che sviluppano le implicazioni di quel quadro sottolineando che, se è vero che "Nel solco della tradizione concettuale del costituzionalismo liberale classico essa [la CEDU - *n.d.r.*] contempla un catalogo dei diritti incentrato sulle c.d. libertà negative, cioè le libertà che per essere protette non abbisognano dell'intervento dello Stato ed anzi si sono storicamente affermate come libertà "dallo Stato" [...] "è altrettanto vero che le stesse libertà negative sovente possono rilevare all'interno delle fattispecie amministrative, in quanto situazioni giuridiche indirettamente incise dal potere" dal momento che "ogni convenzione internazionale a tutela dei diritti umani, nel momento in cui riconosce dei diritti fondamentali nei confronti dello Stato, di fatto limita il potere esecutivo e dunque l'amministrazione" (L. Prudenzone, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 gennaio 2014, ricorso n. 48754/11, Placi v. Italy)*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Osservatorio Costituzionale, maggio 2014, 4).

(30) V. *infra* sul secondo cardine della sentenza, afferente alla imputabilità a società controllanti delle responsabilità scaturite dal fatto delle controllate.

(31) *Amplius infra*.

(32) Specie quando si tratti di contaminazioni oggi *giuridi-*

camente (dall'art. 17 D.Lgs. n. 22/1997 e dal D.M. n. 471/1999 in poi) oggi *giuridicamente* tali, ma il concetto delle quali era addirittura inesistente all'epoca dei comportamenti materiali che ne sono all'origine.

(33) *Sub* § 2.1 nella motivazione.

(34) Nonché degli odierni artt. 239 ss. del D.Lgs. n. 152/2006.

(35) Es. quella del possibile danno ambientale (art. 18 L. n. 349/1986 e odierni artt. 299 ss. del D.Lgs. n. 152/2006).

(36) Per limitarsi a un esempio, ciò vale allo stesso modo per cui i tratti connotanti un identico comportamento sono valutati con logiche e regole differenti sul piano penale, amministrativo-disciplinare, contabile e civilistico-risarcitorio.

(37) Pur in apparenza proponendo valutazioni di natura probabilistica quanto al nesso causale - valutazioni in sé criticabili sulla scorta di quanto si obietta alla sentenza qui in esame - appare ben maggiore il rigore della decisione (T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 23 maggio 2014, n. 375) che partendo dalla affermazione in assoluto più corretta "Per affermare la responsabilità di un soggetto in un fenomeno di inquinamento e quindi il suo obbligo di procedere alla bonifica occorre disporre di elementi che positivamente permettano di ricondurre causalmente alla sua attività la contaminazione" delimita con rigore il ricorso alla - pur criticabile - valutazione probabilistica sottolineando che «Benché si possa senz'altro ammettere che il con-

L'assunto che "nel processo amministrativo" si assista in proposito alla diversa conformazione dell'onere della prova appare non condivisibile in sé (38), oltre che poggiato di un richiamo a un precedente del quale è più che dubbia l'accostabilità al caso in esame (39).

Le regole procedurali generali (40), non passibili di eccezione o anche solo attenuazione del rigore nella materia ambientale (41), depongono in senso contrario all'assunto della sentenza. Secondo il canone costituzionale, (42) la giurisdizione amministrativa è servente alla "tutela della giustizia nell'amministrazione". Può pertanto difficilmente accettarsi che mentre le regole che vanno applica-

te dalla p.a. controllata obbligano quest'ultima a istruttorie complete ed effettive, non completabili con assunti ipotetici, nel processo (43), che è sede di verifica della corretta applicazione di *quelle* regole, il dubbio circa l'esistenza dei presupposti applicativi della misura ablativa in esame possa essere risolto rifugiandosi nella formula sintetizzata nel richiamo al concetto del "più probabile che non" (44).

Proiettare la sentenza sul quadro di principio CEDU che si è tratteggiato, anche nelle sue implicazioni sul procedimento amministrativo che tenda al possibile intacco dei diritti fondamentali garantiti (45) a livello convenzionale, sminuisce ancora

tributo causale possa essere dedotto anche sulla base di una semplice probabilità, un conto è disporre di elementi che permettano con certezza o con ragionevole probabilità di ascrivere a un soggetto il fenomeno di contaminazione un conto è "non poter escludere" che tale soggetto possa essere corre-spondente.

(38) E anzi positivamente smentito dai principi generali ex art. 1 e 2 c.p.a., rilevando, quanto a quest'ultimo, che il giusto processo garantito è diretta emanazione della CEDU (art. 6), anche attraverso il riscritto art. 111 Cost., ossia del *corpus* convenzionale che proietta - L. Prudenzone cit. - i suddetti effetti anche sul procedimento e il processo amministrativo, allorché, come è nel caso del patrimonio che voglia essere inciso dall'ordine di intervento ambientale, vengano in rilievo primari diritti garantiti dalla CEDU stessa (quanto al patrimonio, art. 1 del primo protocollo addizionale), nonché dal diritto dell'Unione europea (sempre quanto al patrimonio, art. 17 della relativa Carta dei Diritti fondamentali).

(39) "Tar Lazio Roma, sentenza n. 998 del 2014", che ha annullato il diniego una provvidenza a favore di perseguitati politici antifascisti e razziali sul presupposto che fosse "più probabile che non" che la deportazione di una cittadina di religione ebraica da Roma al campo di sterminio di Auschwitz e la sua detenzione protrattasi per anni abbiano determinato l'insorgere dei presupposti per l'ottenimento della provvidenza negata. Non sfugge, inoltre, che la fattispecie ora detta *non* afferisce a un illecito. Sì che affiora un ulteriore profilo di scarsa persuasività della sentenza in esame, che, invoca il precedente appena analizzato, per poggiarvi l'affermazione che ravvisa nel sistema processuale amministrativo la possibilità di fare capo all'argomento del "più probabile che non" ai fini della prova di nessi causali "in materia di evento illecito".

(40) Di buon andamento ed efficienza amministrativa ex art. 1 comma 1 della L. 8 agosto 1990, n. 241, e, soprattutto, ex art. 6 comma 1 lett. a) e b) della stessa (dovere di istruttoria d'ufficio su tutti i profili di fatto e diritto rilevanti al fine del procedimento considerato), saldati al dovere motivazionale che obbliga la p.a. (art. 3 L. n. 241/1990) a esporre con precisione i presupposti di fatto e diritto a base della decisione amministrativa.

(41) Il contrario, semmai, posto che una Dottrina tanto attenta alle esigenze ambientali quanto rigorosa, sottolinea con chiarezza, non essere ammissibili sconti di sorta sui necessari rigore e completezza dell'istruttoria che voglia sfociare nell'ordine di bonifica, che l'ordine sia preceduto da un lato da necessaria "comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 della L. n. 241/1990" (A. L. De Cesaris, *Bonifica dei siti contaminati*, S. Nespor, A. L. De Cesaris, *Codice dell'Ambiente*, Milano, 2009, 695), e che dall'altro lato (*ibidem*) e dall'altro lato da "una accurata attività di indagine al fine di accertare il responsabile della contaminazione". Il tutto, nel pieno solco di princi-

pi generali non derogati in materia ambientale, allineati alla "regola principe universalmente riconosciuta alla stregua di scopo finale della fase istruttoria del procedimento impone che le pubbliche autorità emanino i propri atti di imperio sulla base di presupposti rigorosamente verificati e di dati certi, privi di margini di dubbio, in ossequio a fondamentali esigenze di analiticità e completezza dell'indagine desunte quali corollari diretti dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione" (S. Confortin, *Principio di completezza dell'istruttoria ed onere di cooperazione privata nel procedimento amministrativo*, *Foro Amm. TAR*, 2007, 464).

(42) Art. 100 comma 1 Cost.

(43) Non sfugge infatti l'improprietà di impostazione della sentenza sul punto in esame, ove essa vuole legittimare il ricorso all'argomento del "più probabile che non" alle (pretese) regole del processo amministrativo ("Occorre premettere che nel diritto processuale amministrativo" ecc. ...) anziché sulle regole sostanziali dell'agire amministrativo che il processo amministrativo è *strumentale* a controllare.

(44) Può d'altronde, ricordarsi che ove la Corte di giustizia della Comunità Europea (Grande Sezione, 9 marzo 2008, causa C-378/08) ha adombrato l'ipotesi dell'impiegabilità di presunzioni al fine di verificare l'esistenza del nesso fra una determinata attività e una compromissione ambientale ha - *proprio* in un caso avente a riferimento attività risalenti a diversi decenni addietro all'avvento delle odierne norme ambientali (*in primis* art. 17 D.Lgs. n. 22/1997 e D.M. n. 471/1999, nonché direttiva 2004/35/Ce) lo ha fatto anzitutto senza previamente risolvere - cfr. § 47 della sentenza - il tema della possibilità o meno di applicare le disposizioni sopraggiunte a comportamenti conclusi gran tempo addietro, e dunque affrontando in via ipotetica le questioni sottoposte in sede di rinvio pregiudiziale di interpretazione, e comunque (onde scoraggiare comode elusioni delle necessarie verifiche istruttorie) partendo dalla considerazione (§ 53. della sentenza) che "Come si evince dagli artt. 4, n. 5, e 11, n. 2, della direttiva 2004/35, così come l'accertamento di un siffatto nesso causale è necessario da parte dell'autorità competente al fine di imporre misure di riparazione ad eventuali operatori, a prescindere dal tipo di inquinamento in questione, quest'obbligo è parimenti un presupposto per l'applicabilità di detta direttiva per quanto concerne forme di inquinamento a carattere diffuso ed esteso". Tanto più che la stessa ordinanza di rinvio pregiudiziale operava nella specie una certa confusione fra le - ben distinte per presupposti e natura delle responsabilità, oltre che per giurisdizione preposta alla tutela delle posizioni soggettive - fattispecie

(45) "In negativo" quanto alla tutela del diritto legato al bene sostanziale presidiato dalla CEDU, ma pure in positivo quanto alla conformazione delle regole procedurali che inscindibilmente ne deriva: L. Prudenzone cit.

il grado di condivisibilità della decisione. Lasciare un passaggio fondamentale - quello della verifica del nesso causale che avvinca la denunciata compromissione al fatto del soggetto chiamato all'intervento ambientale - a meccanismi come quello proposto dalla decisione non pare allineato né al rango assoluto del bene-patrimonio (46), né ai principi di legalità che esigono che l'eventualità dell'intacco allo stesso sia preventivabile *a priori*, dalla mera lettura della legge, in capo al soggetto che sia poi chiamato all'intervento ambientale (47). Molto evidente è altresì il rischio che affermare detto principio (48) nella materia ambientale, ove la complessità delle istruttorie è all'ordine del giorno (49), rischia di fornire un comodo alibi per istruttorie inconsistenti e frettolose.

Segue: la responsabilità della controllante per fatto della controllata

L'ordine di bonifica vagliato dalla sentenza non è indirizzato al soggetto che materialmente condusse le lavorazioni stimate all'origine dello stato ambientale dell'area, ma a quello che viene indicato come avente causa da esso, e a suo tempo controllante il medesimo. Ciò avviene sulla scorta della pretesa di identificare un unico fenomeno economico-imprenditoriale (ma di conseguenza anche giuridico) in capo alla "impresa" complessivamente considerata vista come comprendente l'uno e l'altro soggetto.

Sarà *infra* esaminato lo spessore dell'argomento che nella sentenza richiama il diritto europeo per giustificare detta conclusione, ma il medesimo desta perplessità già sul piano del diritto interno. Infatti, i cd. gruppi societari "corrispondono a più im-

prese sotto il profilo giuridico: tante quante sono le società [i soggetti - *n.d.r.*] facenti parte del gruppo" (50), essendo perciò "fermo nel nostro ordinamento il principio cardine della distinta soggettività e della formale indipendenza giuridica delle società del gruppo" fra esse (51). Con la conseguenza che "L'indipendenza formale porta [infatti] ad escludere che la capogruppo sia responsabile per le obbligazioni assunte dalle controllate in attuazione della politica di gruppo", e la responsabilità "della capogruppo per le obbligazioni assunte dalle società figlie resta esclusa anche quando la prima è unico socio delle seconde" (52). E se ciò è vero per le ordinarie responsabilità e obbligazioni civilistiche, non può che esserlo a maggior ragione più per la peculiare posizione soggettiva passiva introdotta nell'ordinamento *ex novo* per la prima volta dall'art. 17 D.Lgs. n. 22/1997 (53), nonché alla luce dei criteri di stretta legalità dei modi di aggressione del patrimonio (in questo caso della controllante) imposti dal quadro normativo CEDU (e dall'art. 17 della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE) (54).

Questi canoni contribuiscono anche a smentire l'aggancio che la sentenza cerca nel diritto europeo ai fini dell'affermazione della legittima indirizzabilità alla controllante dell'ordine di bonifica traente origine dal fatto che si ascrive alla controllata. Criticabile è l'estrema sicurezza e acriticità dell'affermazione secondo la quale, *in assoluto*, nel diritto europeo le posizioni della controllante e della controllata costituirebbero *ex se* una sorta di monoblocco indistinguibile, tale da rendere irrilevanti e intercambiabili i centri di responsabilità dei comportamenti e il regime e l'imputabilità delle responsabilità conseguenti (55).

(46) La notazione non nega il valore assoluto altresì del bene-ambiente, ma rivendica la necessità di un attento bilanciamento fra i due allorché per tutelare il primo si intenda imporre la misura ablatoria costituita dall'intervento ambientale.

(47) Non si scordi che il punto di vista dal quale si guarda alla tematica dell'ordine di bonifica è quello delle situazioni nelle quali le lamentate compromissioni - tali alla luce di dati normativi sopraggiunti: prima art. 22 D.Lgs. n. 22/1997 e D.M. n. 471/1999, oggi artt. 239 ss. D.Lgs. n. 152/2006 - siano correlate ad attività esauritesi ben prima dell'avvento delle odierne norme stesse.

(48) Addirittura presentandolo come canone generale della materia.

(49) Essendo peraltro evidente che detta complessità non sia certo una ragione per allentare i principi che debbono connotare ogni procedimento amministrativo: il contrario, semmai.

(50) G. F. Campobasso, *Manuale di Diritto Commerciale*, Torino, 2009, 220.

(51) G. F. Campobasso, *cit.*, 225.

(52) G. F. Campobasso, *cit.*, 225.

(53) Lo sottolinea anche Cons. Stato, sez. V, n. 6055/2008 cit.

(54) Sotto questo profilo, stante l'istituzionale (G. F. Campobasso *cit.*) regime di separazione di soggettività giuridica e di distinzione delle responsabilità che connota i rapporti *infra* gruppo, è impossibile sostenere che l'applicazione della misura ablatoria costituita dall'ordine di bonifica indirizzato alla controllante per fatto della controllata sia misura per questa *ex ante* prevedibile, come è invece richiesto dalla compatta giurisprudenza della Corte EDU affinché possa dirsi rispettato il canone di stretta legalità da rispettare nell'aggressione al patrimonio che voglia essere lecita. Nella circostanza in esame, infatti, non solo l'aggressione al patrimonio della controllante non è *ex ante* prevedibile secondo la legge (il che di per sé è sufficiente a escludere che sia rispettato il canone di legalità di essa), ma quest'ultima - come illustra sul piano delle istituzioni G. F. Campobasso, *cit.* - depone in senso (il patrimonio della controllante non subisce intacco per fatto della controllata) *esattamente opposto*.

(55) "Ciò premesso, atteso che si verte in materia comunque di rilievo anche comunitario, e quindi nell'applicazione di

Può evidenziarsi anzitutto come sotto quello profilo la sentenza faccia appello al discutibile concetto della cd. *parental liability* che da tempo è andata prendendo piede nel settore della tutela della concorrenza, con opinabili affermazioni che conducono - secondo una presunzione che risulta in concreto (56) pressoché invincibile - a ritenere *ex se* la controllante (57) tenuta a subire le conseguenze sanzionatorie del comportamento della controllata. Si tratta di una tipologia di imputazione altamente opinabile anche nel settore proprio di origine dell'elaborazione del concetto, stanti le pesanti distorsioni di sistema passibile di derivarne (58). Affiora, d'altra parte, nella stessa giurisprudenza che afferma la cd. *parental liability*, l'affermazione della necessità di considerare elementi concreti attestanti una *effettiva* e non solo presunta responsabilità della controllante per il fatto della controllata (59). Può d'altronde riflettersi sul se sia davvero così scontata la legittima possibilità di traslare le regole forgiate (60) per il peculiarissimo sistema della tutela della concorrenza e degli illeciti anticoncorrenziali (61) a una diversa materia - quella dell'am-

biente - e a una misura (l'ordine di bonifica) che non è affatto sanzionatoria. I principi di legalità applicabili alla misura ablatoria in questione (62) sembrano escludere con forza la legittimità di questo criterio di imputazione.

Si accennava inoltre alla più generale opinabilità dell'assunto della sentenza secondo la quale si imporrebbe (anche) nella specie una "concezione sostanzialistica di impresa fatta propria dalla giurisprudenza comunitaria" che sarebbe connotata dal "principio della prevalenza dell'unità economica del gruppo rispetto alla pluralità soggettiva delle imprese controllate", che sulla spinta del diritto europeo verrebbe addirittura a costituire oggi "un principio generale di diritto amministrativo interno". Sono infatti censibili precisi dati *normativi* e giurisprudenziali radicati in regole e principi europei che smentiscono l'assolutezza dell'assunto sul quale la sentenza poggia la decisione in esame.

Si consideri, anzitutto, l'istituto dell'avvalimento nel settore dei contratti pubblici (63). I *leading-cases* (64), risultati all'origine della successiva formulazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (65)

direttive comunitarie attuate nel nostro ordinamento, il Collegio ritiene che ai fini della loro corretta applicazione e quindi dell'accertamento di illeciti ambientali commessi da gruppi societari debba essere accolta la concezione sostanzialistica di impresa fatta propria dalla giurisprudenza comunitaria (giurisprudenza maturata soprattutto in tema di concorrenza), e quindi applicato il principio della prevalenza dell'unità economica del gruppo rispetto alla pluralità soggettiva delle imprese controllate, secondo cui per illeciti commessi dalle società operative la responsabilità si estende anche alle società madri, che ne detengono le quote di partecipazione in misura tale, come nel caso di specie, da evidenziare un rapporto di dipendenza e quindi escludere una sostanziale autonomia decisionale delle controllate stesse (nel caso di controllo totalitario, come nel caso di specie per la Ausimont s.p.a., poi, l'assenza di autonomia decisionale è presunta, cfr. Corte giust., 25 ottobre 1983, causa 107/82).

(56) Alla luce della casistica giurisprudenziale delle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea. Va però notato che l'applicazione del principio è pressoché assente nella giurisprudenza nazionale *antitrust*.

(57) E addirittura la controllante che tale sia divenuta anni dopo i comportamenti della controllata fatti oggetto di sanzione *antitrust*.

(58) Ciò è stato rimarcato dai commenti al recentissimo procedimento sanzionatorio (Commissione dell'Unione europea, 2 aprile 2014, procedimento n. 39610, mercato rilevante dei cavi elettrici ad alto voltaggio) che in base al principio qui in esame ha colpito anche (società finanziaria) che per un breve periodo, e nelle more di successive operazioni finanziarie, ha avuto un controllo solo finanziario (il soggetto stesso non aveva competenze per ingerirsi nella gestione industriale) della controllata al cui fatto è stata correlata la sanzione. La critica è che simile impostazione frustra - a livello di sistema - lo stesso traffico giuridico alla luce degli enormi rischi che vengono così a essere generati da ogni operazione, anche solo finanziaria. Il che non è certo di incentivo al dinamismo del sistema economico nel mercato unico. La traslazione irreflessa di simili logi-

che al settore dell'ambiente aggraverebbe in maniera esponenziale il problema.

(59) Si veda la recentissima sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. VI, 22 maggio 2014 (in causa, C-36/12 P, *Armando Alvaréz SA/Commissione europea*), che legittima il provvedimento sanzionatorio emesso dalla Commissione a carico della controllante, rifuggendo però da criteri di imputazione presuntiva, legati al mero controllo azionario o alla pretesa elaborazione di *policy* imprenditoriali di gruppo, e valorizzando (sentenza cit., § 17.) il fatto che il provvedimento sanzionatorio aveva dimostrato che la controllante fosse *in concreto* "strettamente coinvolta nella direzione operativa" della controllata, essendo stata dimostrata dalla Commissione fra l'altro "la presenza dei più alti dirigenti della ricorrente [ossia della controllante - n.d.r.] ad almeno 22 riunioni delle imprese partecipanti all'intesa, nonché alla trasmissione, almeno in apparenza, dei rendiconti di altre riunioni da parte dei rappresentanti dell'ASPLA [la controllata - n.d.r.] ai dirigenti della ricorrente".

(60) Ma anche criticate, come si è appena sottolineato.

(61) Che soffre di una serie di eccezioni rispetto ai principi ordinari, anzitutto quanto alla prova degli illeciti, trattandosi di illeciti per loro natura perpetrati clandestinamente.

(62) V. *supra* e *infra*.

(63) Come si sa, l'istituto accorda la possibilità che il candidato all'accesso a una gara pubblica di faccia riferimento - per la prova del possesso dei requisiti necessari - a soggetti diversi, con i quali intercorrano particolari legami giuridici.

(64) Sentenze della Corte di giustizia della Comunità europea 14 aprile 1994, causa C-389/92, *Ballast Nedam Groep* (cd. "*Ballast Nedam Groep I*"), 18 dicembre 1997, causa C-5/97, *Ballast Nedam Groep*, (cd. "*Ballast Nedam Groep II*") e 2 dicembre 1999, causa C-176/98, *Holst Italia s.p.a./Comune di Cagliari - Ruhrwasser AG International Water Management*.

(65) Es. l'art. 47 della direttiva 2004/18/Ce, in tema di "*Capacità economica e finanziaria*" prevede al paragrafo 2 che "Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a pre-

e del nazionale art. 49 (66) D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, riguardavano ipotesi di avvalimento *infra* gruppo. Ed è allora interessante notare che la Corte di giustizia abbia risolto (67) la questione interpretativa sottoposta (68) indicando che “La direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE (69), che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, va interpretata nel senso che consente ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto” con l'importante sottolineatura che “Spetta al giudice nazionale valutare se tale prova sia fornita nella fattispecie di cui alla causa *a qua*”. Dal momento che nel caso in esame risultava indiscusso che la società *Holst* fosse controllata dall'entità dei cui requisiti intendeva avvalersi è ov-

vio concludere che se la nozione europea di impresa fosse quella qui con certezza affermata dalla sentenza in esame, sarebbe stato da un canto superfluo incaricare il giudice nazionale della verifica in concreto di specifici elementi giuridici che legittimassero detta traslazione di requisiti, e dall'altro lato sarebbe stata obbligata la conclusione che quei legami esistessero *ex se* in virtù dell'appartenenza delle due entità al medesimo gruppo (70).

Sempre sul terreno del diritto delle imprese, l'assolutezza dell'assunto della sentenza in ordine alla nozione “europea” del concetto di impresa che ne è proposta, emerge dalla considerazione della tematica degli affidamenti di contratti pubblici cd. *In house* (71). Senza ripercorrere un dibattito giurisprudenziale lungo e piuttosto complesso, può qui annotarsi che nel quadro dell'elaborazione giurisprudenziale, europea e interna, relativa a quella tematica, addirittura un controllo totalitario non è condizione *ex se* sufficiente per legittimare l'affidamento *in house* (72). Se esistesse la nozione europea di impresa alla quale si allinea la sentenza in

scindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti”. Analogamente dispone in materia di “Capacità tecniche e professionali” il paragrafo 3 dell'art. 48 della stessa direttiva.

(66) In esso l'avvalimento *infra* gruppo è disciplinato dalla lett. g) del comma 2, che permette che in luogo del contratto previsto dalla lettera f) che il candidato deve stipulare con i soggetti dei cui requisiti voglia avvalersi e che deve dimostrare che gli stessi siano effettivamente e concretamente posti a sua disposizione, il candidato che voglia riferirsi a referenze possedute da altro soggetto del gruppo “può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo” - e dunque essenzialmente da *peculiari* condizioni contrattuali *infra* gruppo, diverse da quelle legate a un mero controllo azionario - tale da condurre a effetti analoghi a quelli del contratto che è altrimenti necessario stipulare con soggetti non appartenenti al gruppo. Il che, è come dire che non è la mera appartenenza al gruppo (fosse anche in rapporto di controllo totalitario rispetto ai soggetti che possiedono le referenze che si intendano utilizzare per l'accesso alla gara considerata) a permettere *ex se* di rivendicare dette referenze.

(67) Caso *Holst* cit.

(68) Circa la legittimità che un'impresa priva di referenze potesse o meno avvalersi di quelle di terzi - come tali considerandosi anche altre imprese controllate o controllanti entro il medesimo gruppo imprenditoriale.

(69) Affidente all'affidamento di appalti di servizi, antesignana e omologa sul punto in esame - della direttiva 2004/18/Ce che l'ha poi sostituita.

(70) A ben vedere, la smentita dell'assoluta affermazione proposta dalla sentenza circa gli elementi connotanti della nozione di impresa nel diritto europeo è qui tanto più marcata poiché - a differenza della materia ambientale - quella dell'avvalimento (e in senso più ampio della contrattualistica pubblica) attiene per eminenza alla materia del diritto delle imprese.

(71) In estrema sintesi attinente alla verifica della possibilità, e a quali condizioni, che un soggetto - amministrazione in senso formale ma anche soggetto istituito in forma privatisti-

ca, ma soggetto a particolari forme di controllo o finanziamento pubblico - in linea di principio tenuto all'applicazione delle regole dettate dal diritto europeo degli appalti possa prescindere allorché affidi un contratto *direttamente* - *id est in house* - a un soggetto da esso controllato, il quale, ragione della ricorrenza di particolari elementi e contingenze possa a sua volta essere reputato un'amministrazione aggiudicatrice. Nel caso in cui non ricorra quest'ultima peculiarità, l'affidamento *in house* è precluso ed è necessario che il contratto sia affidato sulla scorta delle ordinarie regole dell'evidenza pubblica.

(72) Per legittimare l'affidamento diretto *in house* occorre che “l'Ente pubblico eserciti su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”, ossia alle proprie dirette articolazioni e che si ravvisino sia “un rapporto di stretta strumentalità tra le attività dell'impresa *in house* e le esigenze pubbliche che l'Ente controllante è chiamato ad esercitare” sia “la totale partecipazione pubblica del capitale sociale (Cons. Stato, sez. V, 6 luglio 2012, n. 3954)” (Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, parere precontenzioso, 27 marzo 2013 n. 42). In altri termini, “Per valutare se l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi [*id est*, se tra essa e la società da essa controllata sussista un rapporto legittimante lo “*in house providing*” - *n.d.r.*] è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti” (Corte giust., sez. I, 11 maggio 2006, causa C-340/04). Sì che (*ibidem*) perché si profili il “controllo analogo” va accertato che “la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni.”, e ciò sia “sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società (v. sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, Racc. pag. I 8585, punto 65)”. Nel quadro di ciò il semplice controllo anche totalitario del capitale non fa da solo presumere l'esistenza di un controllo effettivo, dal momento che, nella *concreta* assenza di altri e più stringenti legami e vincoli operativi, la titolarità dell'intero capitale assegna soli diritti da socio, esercitabili nelle assemblee e attraverso gli usuali strumenti (azioni di responsabilità, ecc. ...) di controllo generale sugli andamenti societari strategici, ma senza poteri di ingerenza e determinazione diretta della gestione.

esame, questo affidamento dovrebbe perciò essere sempre legittimo ogni volta che esistesse un controllo azionario (anche non necessariamente totalitario ma almeno sostanziale) dell'affidante il contratto sull'affidatario del medesimo. Ma non appare, davvero, essere così. Sì che ne viene per converso scosso detto argomento della sentenza. Ad altro titolo, e ancora una volta sul precipuo terreno del diritto (*europeo*) delle imprese, è smentito l'argomento che connette al diritto europeo una immutabile considerazione del gruppo di imprese come soggetto unico e indistinguibile, entro il quale possano *ex se* spostarsi dall'uno all'altro componente le conseguenze di determinate condotte. Il che attesta la forte opinabilità sotto il profilo del rispetto del principio di legalità CEDU (73) della sentenza in commento.

Segue: il principio europeo per cui "chi inquina paga"

Non persuasiva è la pretesa della sentenza di presentare le proprie conclusioni come allineate al principio europeo per cui "chi inquina paga". In merito non convincono tanto i ragionamenti adottati a sostegno del richiamo a esso nella specie, quanto l'approdo applicativo concreto, in relazione al tema di questo esame: quello di contaminazioni tali in base a disposizione *odierne, sopraggiunte* ai comportamenti che - magari decenni fa - ne posero le condizioni materiali di insorgenza.

Per un primo verso appare impropria l'attribuzione al Consiglio di Stato dell'affermazione dell'applicabilità del principio in una situazione come quella ora detta, vagliata dalla sentenza in esame. La lettura della decisione (74) alla quale la sentenza qui in esame dice di uniformarsi evidenzia che gli assunti (75) sono riferiti al peculiarissimo caso

dei "provvedimenti contingibili e urgenti" (76). La lettura stessa rivela, infatti, che nel caso in questione il Consiglio di Stato, dopo avere *escluso* l'applicabilità dell'art. 17 D.Lgs. n. 22/1997 a una fattispecie nella quale i comportamenti correlati alla supposta contaminazione erano stati compiuti diversi decenni prima dell'avvento della norma stessa (e del correlato D.M. n. 471/1999), ha ipotizzato in un *obiter* la possibilità della emanazione di ordini contingibili e urgenti, in relazione ai quali (77), appunto, è stato operato il richiamo al principio per cui "chi inquina paga". Dal momento che gli ordini contingibili e urgenti sono misure emergenziali di eccezionale e temporanea (78) rottura dell'ordinamento quanto a competenze, tempi, modalità e presupposti di un intervento, e visto che l'ordine di bonifica è strumento ordinamentale ordinario, appare che l'accostamento operato dal Consiglio di Stato del principio predetto agli ordini contingibili stessi, valga semmai a escludere - almeno per situazioni che vedono all'origine comportamenti anteriori all'avvento delle norme in tema di bonifica - che esso possa legittimare provvedimenti come quello giudicato legittimo dalla sentenza in esame.

Del che, d'altro canto, vi è riscontro nel passaggio di quest'ultima che le ascrive una "applicazione sostanzialistica" diritto che "favorisce l'effetto utile dell'applicazione di principi fondamentali della materia comunitaria in questione, quale quello secondo cui "chi inquina paga" (espresso già nell'articolo 15 della direttiva n. 91/156/CEE, attuata con il D.Lgs. n. 22 del 1997)". Va anzitutto notato, in merito, che la direttiva 1991/156/CEE, *non* conteneva *alcuna* disposizione che richiedesse agli Stati membri di introdurre una norma come l'art. 17 D.Lgs. n. 22/1997. Quest'ultima è stata scritta *in occasione* del recepimento di quella direttiva, ma

(73) Che, come si è visto, si sintetizza anche nella verifica che *ex ante* la conseguenza ablatoria applicata al patrimonio di un determinato soggetto - nel nostro caso la controllante, a causa del fatto della controllata - sia *prevedibile* alla luce del testo normativo. Senza il che, l'applicazione della misura ablatoria non può neppure accedere al piano della sua valutazione di meritevolezza nel rapporto fra le esigenze di tutela del patrimonio incisione e di istanze pubbliche concorrenti, quale può - una volta rispettato il principio di legalità ... - essere quella della tutela dell'ambiente.

(74) Si tratta della decisione di Cons. Stato, sez. V, n. 6055/2008 cit.

(75) Comunque in sé criticabili in ragione della corretta considerazione della genesi e della portata del principio per cui "chi inquina paga"; cfr. *infra*.

(76) Rispetto ai quali, ad avviso della citata decisione del Consiglio di Stato, la «amministrazione procedente, può motivatamente seguire anche le diverse [da quelle della precisa in-

dividuazione istruttoria di responsabilità e nessi causali fra comportamenti ed eventi - *n.d.r.*] regole della successione cd. "economica" (per un'applicazione della successione economica in materia di concorrenza, è utile il richiamo alla recente sentenza della Corte giust., 11 dicembre 2007, in causa C-280/06, pronunciata su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato) che consentono, per la migliore e immediata tutela di fondamentali interessi superindividuali, di derogare al generale principio della personalità e, in ossequio al canone del "chi inquina paga", di onerare chi abbia beneficiato delle valenze economiche, anche latenti, di un bene-impresa dei correlativi costi dell'internalizzazione delle diseconomie esterne prodotte».

(77) E non ai parametri di legittimità dell'ordine di bonifica del quale in quell'occasione è stata esclusa la legittima emanabilità.

(78) Nelle *strettissime* more entro le quali la situazione deve essere affrontata con gli ordinari strumenti ordinamentali.

non *in attuazione* di essa. D'altro canto è vero che nel suo complesso (79) la direttiva si informava al principio per cui "chi inquina paga", passato poi nelle *corrispondenti* (a quelle della direttiva) disposizioni del D.Lgs. n. 22/1997, ma è proprio l'esame del *come* il principio operava in seno a essa a destare perplessità in ordine agli argomenti addotti dalla sentenza in esame. La direttiva (80) promuoveva un sistema di prevenzione dell'inquinamento da rifiuti essenzialmente impostato sulla prevenzione della loro creazione, e comunque inteso ad addossare in linea di principio ai loro produttori costi e responsabilità del relativo smaltimento, o l'incentivo al loro riciclo. In sintesi, nella direttiva il principio per cui "chi inquina paga" ha assunto la veste di un *preavviso* ai produttori della necessità di assumere idonee misure preventive della formazione di rifiuti, ovvero di incentivazione del loro riciclo, valendo in alternativa la necessità di dover "pagare per avere inquinato".

Ciò in coerenza con le logiche intrinseche del principio stesso e con le modalità del suo legittimo affiorare e operare nel sistema normativo comunitario ed europeo. Ricordato che del principio non vi è stata traccia (se non in atti di indirizzo afferenti a programmi di intervento ambientale) nel diritto positivo comunitario prima del cd. *Atto Unico* del 1986 (81), è correttamente sottolineato che "Il principio cd. chi inquina paga rappresenta, infine, un processo di inclusione dei costi ambientali (di prevenzione e di riparazione del danno all'ambiente) nel processo economico, mediante l'imputazio-

ne dei medesimi al soggetto responsabile dell'inquinamento (a seconda dei casi, il produttore, il detentore, l'utente del bene o servizio)" (82). Di conseguenza, se il principio per cui "chi inquina paga" volge a una "inclusione dei costi ambientali [...] nel processo economico" (83), è giocoforza riconoscere che (84) esso debba *necessariamente* tradursi in norme giuridiche che *preventivamente* avvertano gli interessati del fatto che in assenza del "pagamento" da parte di essi delle misure preventive degli inquinamenti (85) essi dovranno "pagare" il prezzo dei ripristini dei pregiudizi dovuti alla mancata prevenzione.

In termini di analisi economica del diritto, la corretta considerazione dell'ora detto procedimento del costo ambientale in quello produttivo, legittima appieno (86) la visione dell'ordine di bonifica quale espressione del principio per cui "chi inquina paga", ma ciò solo per comportamenti tenuti dopo che sia intervenuto nell'ordinamento detto qualificato *pre* avviso. Per converso, detta legittimazione manca in capo a ordini di bonifica emanati a fronte di comportamenti tenuti *prima* dell'avvento delle norme appena dette, che per la prima volta hanno concretizzato e reso *misurabili* (87). In altre parole, l'analisi economica che addossa al destinatario dell'ordine di bonifica le conseguenze di comportamenti pregressi all'avvento delle norme suddette pecca poiché l'esternalità addossata *non esisteva* all'epoca dei comportamenti e, come tale, *neppure poteva* essere oggetto dell'inclusione del costo ambientale in quello della produzione che è l'e-

(79) E nel suo oggetto, *diverso* da quello della bonifica dei siti contaminati.

(80) Art. 3; cfr. pure l'art. 2 comma 3 D.Lgs. n. 22/1997.

(81) Epoca nella quale moltissimi dei comportamenti perseguiti da pronunce come quella in esame erano da gran tempo compiuti.

(82) S. Amadeo, *Ambiente*, in *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, a cura di A. Tizzano, Milano, 2004, 876.

(83) Sul tema del fondamento concettuale del principio per cui "chi inquina paga" v. anche: M. Meli, *Il principio "chi inquina paga" nel codice dell'ambiente*, in *Danno e Resp.*, 2009, 8; *idem*, *Il principio comunitario "chi inquina paga"*, Milano, 1996; F. Parisi e G. Dari-Mattiacci, *Mass torts e responsabilità per danno ambientale: una analisi economica*, in *Danno e Resp.*, 2009, 131. Quanto alle concrete modalità operative del principio, se «Il significato facilmente intuibile dell'espressione "chi inquina paga" è che gli effetti negativi dell'inquinamento (e quindi i costi che ne derivano) devono gravare sugli inquinatori, non quindi sui soggetti incolpevoli, né sulla collettività» è chiaro che "In questo contesto, il principio "chi inquina paga" interverrebbe quale strumento che consentirebbe di attribuire alle risorse ambientali coinvolte nelle attività produttive "un prezzo", che verrebbe "contabilizzato" dalle imprese fra i costi di gestione» (F. degl'Innocenti, *Contratto e Impresa*, 2013, 3, 741, anche sulla base del richiamo a M. Meli, *Il principio "chi inquina paga" nel codice*, cit.): operazione, questa, che presupp-

pone la *preesistenza* delle regole che permettano questa "contabilizzazione" ai comportamenti rispetto ai quali la "contabilizzazione" stessa debba - ma anche *possa* - essere effettuata.

(84) Come è stato per i rifiuti nel caso della direttiva 1991/156/CEE.

(85) Con oneri evidentemente (trattandosi della "inclusione dei costi ambientali nel processo economico") destinati a essere inclusi nei prezzi di vendita di quanto prodotto, e perciò infine addossati agli acquirenti dei beni e servizi prodotti.

(86) Es. per tutte le contaminazioni di siti intervenute successivamente all'avvento dei - *nuovi e privi di precedenti nell'ordinamento*: cfr. Cons. Stato, n. 6055/2008 cit. - parametri normativi odierni (D.Lgs. n. 22/1997 e D.M. n. 471/1997 dapprima, artt. 239 ss. D.Lgs. n. 152/2006 poi).

(87) Anche ai fini della "contabilizzazione" dei costi ambientali che è un fattore essenziale della operatività del principio per il quale "chi inquina paga". Le ricordate innovative norme *ex art. 17* D.Lgs. n. 22/1997 e D.M. n. 471/1999 hanno infatti *definito* quelle esternalità precisando *quando* - al raggiungimento di determinate soglie di criticità delle matrici ambientali - le esternalità stesse si profilino (e dunque quando esse *tout-court esistano*), *come* (e perciò anche a *quali costi* corrispondano) le stesse vadano rimosse (sino al limite della riconduzione dello stato di qualità delle matrici ambientali entro il limite oltre il quale il relativo sito possa dirsi contaminato, secondo le norme in discorso).

lemento che *deve* concretizzare il principio per cui “chi inquina paga” rettammente inteso.

Segue: l'irretroattività delle norme in tema di bonifiche di siti contaminati

Sono noti, e restano condivisibili (88), gli argomenti testuali e sostanziali che additano la non applicabilità delle odierne norme in tema di bonifiche dei siti contaminati a contaminazioni che si

facciano risalire ad atti o fatti compiuti magari decenni prima del loro avvento (89). Essi d'altronde non mancano di conferme anche recenti (90) (91).

Si tratta di argomenti che acquisiscono maggiore forza e persuasività se calati nel contesto convenzionale CEDU e di presidio dei diritti fondamentali dell'Unione europea che si è sopra delineato.

In un sistema che valorizza il canone di legalità formale dell'aggressione al patrimonio (esigendone il rispetto prima che si possa accedere al giudizio

(88) Anche a fronte dell'obiezione, cui indulge anche la sentenza in esame, secondo la quale non sono le norme in tema di bonifica a essere retroattive, ma è l'inquinamento a protrarsi sino a oggi, nel vigore delle norme stesse. Obiezione che non pare persuasiva dal momento che, sebbene sulla scorta di un nesso di causalità solo materiale e oggettiva, si tratta pur sempre di conseguenze di un determinato comportamento risalente, che appare iniquo valutare sulla scorta di parametri normativi sopraggiunti - e in assoluto inesistenti nell'ordinamento prima dell'avvento di art. 17 D.Lgs. n. 22/1997 e, soprattutto, D.M. n. 471/1999 - atti e fatti compiuti in precedenza.

(89) La tesi dell'applicazione di art. 17 D.Lgs. n. 22/1997 e D.M. n. 471/1999 a compromissioni anteriori al loro avvento pecca per “difetto di approfondimento degli argomenti, testuali e logico-sistematici che militano per la tesi contraria” (F. Giampietro, *La giurisprudenza amministrativa sulla bonifica: il diritto vivente*, in F. Giampietro, a cura di, *La bonifica dei siti contaminati*, Milano, 2004, 4). Quella tesi è fallace poiché neglige “che, nell'art. 17, non vi è alcun riferimento agli inquinamenti pregressi, né alcuna disposizione transitoria che individui il termine *a quo* per l'adempimento degli obblighi, indicati - per la prima volta - alle lettere a), b) e c) del comma 2.”. Quegli obblighi, infatti, “devono decorrere dalla data del fatto che causa il superamento (o il pericolo concreto e attuale di superamento) dei nuovi limiti di accettabilità di contaminazione ambientale, e quindi da un fatto che deve essere consumato dopo l'entrata in vigore del decreto ministeriale, che quei limiti prevede per la prima volta”. “Infatti” - “se si considera che la sequenza cronologica degli obblighi procedurali dev'essere adempiuta entro 48 ore (lettera a) e nelle 48 ore successive (lettera b) ed entro 30 giorni (lettera c) dall'evento, come potrebbe il responsabile rispettare tali termini per fatti di inquinamento precedenti di mesi o di anni rispetto al 16 dicembre 1999 (data di entrata in vigore del D.M. n. 471/1999)?” (F. Giampietro, *cit.*, 7-8). Ancora (F. Giampietro, *Dal danno ambientale alla disciplina dei siti contaminati. Confronto con la proposta di direttiva comunitaria del 2002*, in *Danno e Resp.*, 2003, 1, 16) l'art. 17 tipizza il presupposto dell'ordine di bonifica, consistente “nel superamento - o nel pericolo concreto ed attuale di superamento - dei predetti limiti massimi di contaminazione, quale che sia stata la condotta (commissiva od omisiva) dell'agente causativa dei predetti eventi”. D'altronde, “chi pretende che il regime in argomento si applichi ad eventi di inquinamento pregresso, sol perché ne permangono gli effetti, ignora che il superamento o il pericolo concreto ed attuale di superamento, anche di un solo limite massimo di accettabilità della contaminazione del suolo e delle acque (ex art. 2, lett. b del D.M. citato) non è mai stato qualificato dalla legislazione previgente al D.Lgs. n. 22/1997, né come illecito ambientale né come presupposto per la classificazione del sito come inquinato; circostanza che invece appare invece, giuridicamente rilevante, per la prima volta, in forza del combinato disposto dell'art. 17 e del D.M. n. 471/1999, con tutti gli effetti dal punto di vista della responsabilità civile, amministrativa e penale, previsti dal nuovo regime” (F. Giampietro, *La bonifica*, *cit.* 8). Infatti, “la norma che prevede la responsabilità oggettiva dell'autore dell'inquinamento (l'art. 17, comma 2 del D.Lgs.

n. 22) appare formulata, in termini tali da far ritenere che essa debba essere applicata solo per eventi di contaminazione posteriori alla sua emanazione (o, più esattamente, posteriori all'emanazione del decreto interministeriale di fissazione dei limiti di contaminazione consentiti)” (E. Bruti Liberati, W. Troise Mangoni, *Siti contaminati prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 5 febbraio 1997 n. 22 e obbligo di bonifica*, ne *La bonifica dei siti inquinati: profili problematici*, a cura di P. M. Vipiana Perpetua, Padova, 2002, 9).

(90) Cass., sez. III, 22 aprile 2013, n. 9711: la norma incriminatrice ex art. 51-bis D.Lgs. n. 22/1997 (che colpiva il mancato intervento di bonifica a fronte dell'esistenza dei relativi presupposti ex D.M. n. 471/1999) “si estendeva all'inquinamento (o al pericolo di inquinamento) cagionato dopo l'entrata in vigore della norma stessa, con conseguente inapplicabilità (per voce della stessa Cassazione penale poc'anzi citata) ad episodi di inquinamento antecedenti a tale data”. Laddove se si fosse aderito alla tesi che accorda rilievo al permanere (anche dopo l'avvento del D.Lgs. n. 22/1997) del rilievo di contaminazioni insorte prima del suo, anche sul piano penale si sarebbe potuto concludere per l'esistenza del reato ex art. 51-bis cit., che sarebbe perfettamente configurabile agli occhi di chi reputi che dopo l'avvento stesso la contaminazione causata in precedenza legittimi l'emanazione di ordini di bonifica in capo a chi causò in precedenza la medesima. In termini adesivi all'orientamento penale che nel vigore dell'art. 17 D.Lgs. n. 22/1997 escludeva l'applicazione della ricordata fattispecie incriminatrice ex art. 51-bis cit. a casi nei quali la contaminazione risalisse a comportamenti compiuti prima dell'avvento dello stesso art. 17 (e del D.M. n. 471/1999 che ne ha determinato la concreta applicabilità), v. P. Speranzoni, *Omessa bonifica: rivoluzione copernicana e fine di una dittatura* (www.ambienteditto.it). Ancora in precedenza, per la critica all'orientamento penale che viceversa configurava il veto ex art. 51-bis D.Lgs. n. 22/1997 anche a fronte di contaminazioni legati a fatti compiuti prima dell'avvento dell'art. 17 cit. v. F. Anile, *La difficile applicazione della disciplina penale della bonifica dei siti contaminati, ex art. 17, D.Lgs. n. 22/97: irretroattività del fatto o di diritto?* (nota critica a Cass., 28 aprile 2000, Pizzuti, www.ambienteditto.it).

(91) “Il principio di irretroattività della normativa ambientale è stato recentemente ribadito dalla Corte di Cassazione (Cass., sez. I, 7 marzo 2013, n. 5705), la quale ha rimarcato che il D.Lgs. n. 152 del 2006 trova applicazione ai danni causati da eventi verificatisi dopo la sua entrata in vigore, prima trova applicazione il D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 e prima ancora, per i fatti realizzati fra il 1986 e il 1997, la L. 8 luglio 1986, n. 349, mentre per il periodo pregresso trova applicazione la disciplina generale di cui all'art. 2043 e all'art. 2050 c.c.”, senza il che si darebbe corso a una “celata retroattività della disciplina ambientale” poiché infatti “prima dell'entrata in vigore della L. n. 349/1986, non era previsto l'obbligo per la pubblica Amministrazione di procedere al recupero degli standard ambientali, peraltro nemmeno fissati [...]”. Prima dell'entrata in vigore delle predette leggi, infatti, non vi erano obblighi di analisi e bonifica analoghi a quelli” ex D.Lgs. n. 22/1997 e D.M. n. 471/1999 (Trib. Lecco, sez. II, 2 dicembre 2013).

comparativo fra la meritevolezza della prevalenza nel caso concreto dell'esigenza di tutela del patrimonio rispetto alla contrastante istanza pubblicistica che ne vorrebbero l'intacco), va escluso che la misura ablatoria connaturata all'ordine di bonifica possa essere legittima a fronte di contaminazioni legati a fatti compiuti prima che modifiche ordinarie (92) rendessero *giuridicamente ed effettivamente* tali queste ultime. Rispetto a simili evenienze, collocandosi dal punto di vista dell'agente *nel momento* in cui esso agì (93), non appare potersi dire soddisfatto il ricordato canone di legalità formale. In alcun modo, infatti, da quella posizione e in quel momento era *divinabile* una responsabilità come quella (94) in seguito normativamente introdotta.

Reputare il contrario, assegnando alle odierne disposizioni significati (95) diversi, farebbe loro violare il "dovere di sincerità" del potere pubblico, declinato "soprattutto come dovere di *fair play* imposto ai poteri pubblici" (ben più che a ogni altro soggetto dell'ordinamento), per il quale "*vengono in considerazione soprattutto la questione della trasparenza dell'attività pubblica, in particolare amministrativa, e quella dell'irretroattività delle leggi*" in generale, ossia al di là della scontata irretroattività della norma incriminatrice penale (96), rispetto al quale (97) è sottolineato che "Il principio di sincerità (al quale indubitabilmente si legano quelli della certezza giuridica e dell'affidamento) esclude infatti che si possa essere esposti a misure di tipo repressivo o interdittivo che al momento in cui veniva te-

nuto il comportamento contestato non erano previste" (98). Ed è questa una riflessione che sembra dover valere anche per la misura ablatoria personale in discussione in questa sede.

Sempre sotto il profilo della *oggettiva* non prevedibilità *ex ante* dell'applicazione della misura stessa allo specifico insieme di situazioni contemplate in questa sede, e richiamata anche la scarsa persuasività degli argomenti che la sentenza adduce quanto alla compatibilità delle proprie conclusioni con il diritto europeo, proprio sul piano di quest'ultimo, merita semmai di essere ricordato che ai suoi fini la certezza del diritto è un bene in sé, onde "la normativa dell'Unione (99) deve essere chiara e la sua applicazione prevedibile per coloro che vi sono sottoposti, in modo che possano agire in modo adeguato. Lo stesso dicasi per l'attività richiesta alle amministrazioni nazionali" (100). Per le ragioni che si sono via via illustrate non pare proprio che (101) la sentenza proponga una modalità applicativa delle norme in tema di bonifiche che soddisfi il canone di porre *ex ante* in grado i destinatari dell'ordine di bonifica sì da metterli in grado di "agire in modo adeguato" (102).

Conclusioni

La materia in esame è irta di complessità. Il bene-ambiente ha rilievo primario. Non sembra, tuttavia, che esso possa *ex se* avere preminenza su istanze differenti, legate alla tutela di beni primari, che con esso possano venire a confliggere.

(92) Segnatamente l'avvento del *nuovo e senza precedenti* - lo sottolinea Cons. Stato, sez. V, n. 6055/2008 cit. - regime *ex art.* 17 D.Lgs. n. 22/1997 e D.M. n. 471/1999 - introducessero i parametri in forza del quale può dirsi esistente una "contaminazione" da affrontare da parte di chi l'abbia "cagionata", tramite la riconduzione della qualità delle matrici ambientali entro i termini *ora* prescritti.

(93) Ma, ovviamente, a maggior ragione ponendosi nella posizione del semplice controllante dell'agente nel momento dell'azione stessa, o, ancor di più, di quella di chi all'epoca neppure era controllante l'agente, essendo divenuto controllante solo in seguito.

(94) Specifico obbligo di riconduzione della qualità delle matrici ambientali entro i limiti di qualità di esse oltre il quale il sito che le accoglie può dirsi contaminato alla stregua del diritto positivo *odierno*.

(95) Che, come conferma la riportata rassegna delle opinioni che negano la possibilità di applicare le *nuove* norme in tema di bonifica a situazioni insorte e perfezionate *prima* del loro avvento, sarebbero in sé di più che dubbia plausibilità sul piano razionale e letterale, anche alla luce della portata generale - e sempre più valorizzata anche in termini di presidio della certezza del diritto - del canone *ex art.* 11 disp. prel.

(96) M. Luciani, *Il principio di sincerità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Politica del diritto*, 2010, 575 ss.

(97) Proprio con riferimento a misure ambientali restrittive

di incentivi sulla scorta di norme riferite a comportamenti tenuti o non tenuti prima della loro entrata in vigore.

(98) M. A. Sandulli, *La SCIA e le nuove regole sulle tariffe incentivanti per gli impianti di energia rinnovabile: due esempi di "non" sincerità legislativa*, 23 marzo 2011, in *www.federalismi.it*.

(99) Ma ovviamente anche quella della quale sia rivendicata la rispondenza a quest'ultima.

(100) G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, 109.

(101) A dispetto dell'auto-rilasciata patente di conformità al diritto e ai principi, generali e ambientali, dell'Unione europea.

(102) Sotto questo profilo, nell'odierna congiuntura di crisi globale e connotata anche da alte - per quanto talora, in concreto vacue - affermazioni pubbliche di principio circa la necessità di tutela dell'impresa nel quadro del recupero di competitività del sistema, appare evidente che la criticata "non sincera" applicazione delle norme in tema di bonifica alla situazione nelle quali la contaminazione segua a fatti compiuti pregressi venga anche a violare art. 2 comma 1 lett. c) della L. 11 novembre 2011 n. 180 (recante "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese"), che afferma "il diritto dell'impresa di operare in un contesto normativo certo e in un quadro di servizi pubblici tempestivi e di qualità, riducendo al minimo i margini di discrezionalità amministrativa".

L'eventualmente pessimo (103) giudizio che sul piano della politica del diritto si voglia riservare allo Stato che in assoluto con un certo ritardo si sia dotato di strumenti di prevenzione e di ordinanza, nonché di una stessa definizione normativa di "contaminazione" (104), non può obliterare né la rilevanza del tempo né quale questi strumenti ordinamentali siano sopraggiunti, né gli effetti che questa ritardata dotazione di strumenti normativi determina alla luce del quadro convenzionale CEDU, la rilevanza del quale è diretta conseguenza della pacifica riconducibilità dell'ordine di bonifica al novero delle misure ablatorie.

Pare, di conseguenza preferibile, che anche nella materia ambientale, la realistica considerazione di quest'ultimo quadro - anch'esso d'altronde passibile di letture variegate - sia doverosa sia da parte della p.a. (105) sia da parte della giurisprudenza, evitan-

do così operazioni di richiamo (onde legittimare operazioni che per le ragioni viste appaiono di opinabile rispondenza allo stesso testo delle norme nazionali in tema di bonifica) non adeguatamente ponderate a supposti principi europei immanenti, la pretesa assolutezza dei quali mostra celermente la propria crisi appena se ne approfondisca la critica. Detto altrimenti, nel medio-lungo periodo (106), la tutela dell'ambiente appare avere più da guadagnare da un realistico suo calarsi nei percorsi che, dall'affermazione dei principi generali convenzionali ed europei, attraverso le norme interne lette nel rispetto di quei principi e i procedimenti applicativi - e rispettosi - di quelle norme giungano ad applicazioni coerenti con il sistema (107), piuttosto che da fughe in avanti costituite da applicazioni zoppe delle norme interne medesime a fattispecie impropriamente ricondotte alle stesse.

(103) E. Bruti Liberati, W. Troise Mangoni, *La bonifica*, cit., 9 bene sottolineano questo aspetto.

(104) Con quanto ciò implica in ordine all'individuazione dei presupposti e degli obiettivi degli obblighi di bonifica e dei relativi ordini, in caso di inerzia dei soggetti tenuti a intervenire.

(105) Visti canoni come quelli ex art. 1, comma 1, L. n. 241/1990, 97 Cost. e 117 comma 1 Cost. (quest'ultimo sulla scorta della considerazione che se il legislatore produttore delle regole è obbligato ad allinearsi al diritto europeo e conven-

zionale, a maggior ragione un parallelo obbligo incombe alla p.a. agente secondo legalità per applicare quelle regole).

(106) Che è il periodo di doveroso riferimento in materia.

(107) A "costo", che ovviamente non è un "costo" ma è lo speculare frutto della coerenza al sistema quanto alla non applicabilità delle norme in tema di bonifica a situazioni come quella qui più volte evocata, che una lettura non propria delle norme stesse vorrebbe invece attrarre al loro campo applicativo.

Osservatorio amministrativo

a cura di GIULIA FERRARI e LUIGI TARANTINO (*)

APPALTI E LAVORI PUBBLICI

REVOCA, RECESSO E RIPARTO DI GIURISDIZIONE IN
MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

Consiglio di Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14 -
Pres. Giovannini - Est. Meschino

Nel procedimento di affidamento di lavori pubblici, le pubbliche amministrazioni se, una volta che sia stato stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma debbono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

La questione sottoposta all'attenzione dell'Adunanza Plenaria riguarda la possibilità di utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca in caso di affidamento di appalto di lavori pubblici. La normativa rilevante va individuata negli artt. 11, 21-*quinquies*, 21-*sexies*, L. n. 241/90 e nell'art. 134 D.Lgs. n. 163/2006. La prima delle citate norme fa salvo il potere di recesso dell'amministrazione "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse" in caso di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento. La seconda prevede che l'atto revocato possa anche essere "ad efficacia istantanea" se incidente su "rapporti negoziali", con un possibile effetto retroattivo. La terza seconda una regola analoga a quella dell'art. 1373 c.c. prevede che in ipotesi tassative sia consentito il recesso dal contratto stipulato dalla p.a. La quarta, infine, per gli appalti di lavori pubblici, attribuisce all'amministrazione "il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto", con effetto economico più oneroso, però, di quanto previsto dal comma 136 dell'art. 1 della L. n. 311 del 2004.

Sul tema di confronto due indirizzi. Il primo invalso nella giurisprudenza del g.a. afferma la legittimità del potere di revoca degli atti amministrativi del procedimento ad evidenza pubblica anche se sia stato stipulato il contratto, con il conseguente diritto del privato all'indennizzo. Il secondo sposato dalle Sezioni Unite della Cassazione sostiene che a valle della stipulazione negoziale l'amministrazione può solo recedere dal contratto e l'eventuale controversia deve essere conosciuta dal g.o.

L'Adunanza Plenaria ritiene, per le ragioni che seguono, che, intervenuta la stipulazione del contratto per l'affidamento dell'appalto di lavori pubblici, l'amministrazione non può esercitare il potere di revoca dovendo operare con l'esercizio del diritto di recesso. La fase della scelta del contraente, infatti, conclusa con l'aggiudicazione definitiva, risulta distinta da quella, successiva, della stipulazione e conseguente esecuzione del contratto. La prima ha carat-

tere pubblicistico, in quanto retta da poteri amministrativi attribuiti alla stazione appaltante per la scelta del miglior contraente nella tutela della concorrenza. La seconda, invece, ha carattere privatistico ed è quindi retta dalle norme civilistiche.

Nella materia dei lavori pubblici il legislatore con la previsione dell'art. 134 D.Lgs. n. 163/2006, ha inteso dettare una norma speciale, che esclude il potere di revoca, poiché presupposto di questo potere è la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze; il medesimo presupposto è alla base del recesso in quanto potere contrattuale basato su sopravvenuti motivi di opportunità. In caso contrario la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, risultando nell'ordinamento, che per definizione reca un sistema di regole destinate a operare, una normativa priva di portata pratica, dal momento che l'amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca ovvero decidere di esercitare il diritto di recesso secondo il proprio esclusivo giudizio, conservando in tale modo nel rapporto una posizione comunque privilegiata; fermo restando, che per l'amministrazione la maggiore onerosità del recesso è bilanciata dalla mancanza dell'obbligo di motivazione e del contraddittorio procedimentale.

Ciò non toglie che l'amministrazione può esercitare il potere di revoca nella fase procedimentale della scelta del contraente fino alla stipulazione del contratto e quello di annullamento in autotutela ai sensi dell'art. 1, comma 136, della L. n. 311 del 2004.

DISAMINA DI RICORSI PRINCIPALI E DI RICORSI
INCIDENTALI

T.A.R. L'Aquila, 22 maggio 2014, n. 484 - Pres. (f.f.) ed
Est. Passoni

La palese infondatezza del ricorso principale esonera il giudice amministrativo dalla primaria definizione del ricorso incidentale.

Un Comune, a conclusione di una gara pubblica di appalto da esso indetta per l'affidamento della gestione quinquennale dei servizi di igiene urbana, provvede alla formazione della graduatoria dei partecipanti e all'aggiudicazione dell'appalto alla prima classificata. Avverso ambedue i provvedimenti propone ricorso al TAR la partecipante terza graduata, la quale denuncia la mancata esclusione dalla gara delle due prime classificate, in subordine la sopravvalutazione delle loro offerte e, in ulteriore subordine, vizi strumentali della gara, preordinati all'annullamento della stessa e alla sua integrale rinnovazione. L'aggiudicataria reagisce proponendo ricorso incidentale, con il quale prospetta varie irregolarità dell'offerta della ricorrente principale che, a suo dire, avrebbero dovuto comportarne l'esclusione dalla pro-

(*) La rassegna delle decisioni del Consiglio di Stato è curata da L. Tarantino; la rassegna delle sentenze del TAR è curata da G. Ferrari.

cedura comparativa. Avverso l'intera procedura di gara propone ricorso anche un Consorzio secondo graduato, il quale deduce censure volte a denunciare la mancata esclusione dell'aggiudicataria la quale, anche in questa occasione, reagisce con un ricorso incidentale volto a denunciare l'illegittimità commessa dalla stazione appaltante non escludendo il Consorzio secondo graduato. Il Tribunale permette che la palese infondatezza dei due ricorsi principali l'esoneri dalla previa disamina dei due ricorsi incidentali. In particolare, per quanto attiene al ricorso principale proposto dalla terza graduata avverso il Consorzio, dichiara priva di pregio la censura con la quale si denuncia la mancata esclusione dell'aggiudicataria, per non aver reso le dichiarazioni di cui all'art. 38 del codice dei contratti, relativamente al responsabile tecnico del Consorzio stesso. Osserva, in punto di fatto, che da tempo il soggetto in questione era cessato dalla carica. Aggiunge, questa volta in punto di diritto, che l'obbligo dichiarativo in questione riguarda gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza ed il direttore tecnico, figura quest'ultima con cui non va confuso il responsabile tecnico degli impianti, che è privo di qualsiasi potere rappresentativo. In secondo luogo, per quanto attiene alla censura con cui si lamenta la mancata esclusione del Consorzio, per aver quest'ultimo predisposto il documento di sintesi dell'offerta tecnica nella sua domanda di partecipazione superando il limite massimo delle cinque cartelle previsto dalla *lex specialis*, osserva che simili prescrizioni, pur funzionali ad esigenze di celerità di esame delle commissioni aggiudicatrici, hanno contenuto di raccomandazione senza poter determinare esclusioni di sorta, specie allorquando (come nel caso di specie) non siano stati chiariti il formato della pagina ed il numero massimo di righe per ciascuna. Dichiara invece inammissibili le doglianze intese a rilevare presunte illegittimità in cui sarebbe incorsa la commissione giudicatrice nell'attribuzione dei punteggi al Consorzio sociale specie per quanto riguarda la qualità dell'offerta tecnica dal punto di vista ambientale, trattandosi di scelte valutative e/o regolatorie della gara salvaguardate da riserva di amministrazione e, pertanto, non sindacabili in sede giurisdizionale, se non per palese irrazionalità. Infine, per quanto riguarda il ricorso al punteggio numerico in sede di valutazione delle offerte tecniche, osserva che lo stesso integra una sufficiente motivazione quando siano prefissati idonei criteri di valutazione, come risulta avvenuto nella specie; in questo caso, infatti, sussiste comunque la possibilità di ripercorrere il percorso valutativo e, quindi, di controllare la logicità e la congruità del giudizio tecnico. Infine, per quanto riguarda il ricorso proposto avverso l'aggiudicatario raggruppamento temporaneo di imprese, dichiara priva di pregio la censura di violazione dell'art. 92 comma 2, D.P.R. n. 207 del 2010 per avere la mandante e la mandataria entrambi dichiarato che la percentuale della quota di partecipazione al raggruppamento è, per ciascuna, pari al 50%. Osserva al riguardo che, poiché tale prescrizione trova la sua *ratio* nella esigenza che la mandataria assuma effettivamente il ruolo di esecutore e d'interlocutore principale della stazione appaltante, il requisito maggioritario non attiene all'importo complessivo dell'appalto, atteggiandosi invece sul diverso piano della spendita dei requisiti di qualificazione in misura superiore alle mandanti; pertanto la qualificazione maggioritaria va ricavata dall'esame dei fattori economico-finanziari e tecnico-organizzativi in possesso della mandataria, come fatti valere in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

PROCEDURE NEGOZiate SENZA PUBBLICAZIONE DEL BANDO DI GARA

T.A.R. Veneto, sez. I, 14 maggio 2014, n. 633 - Pres. Amoroso - Est. Rovis

Ai sensi dell'art. 57 comma 2 lett.), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 le Amministrazioni pubbliche possono aggiudicare contratti mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ove, per ragioni di natura tecnica, il contratto può essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato; ma tale possibilità ha carattere eccezionale ed implica un particolare rigore nell'individuazione ed apprezzamento dei presupposti che possono legittimarne il ricorso, di cui deve comunque essere data specifica motivazione nella deliberazione a contrarre onde scongiurare abusi da parte delle Amministrazioni.

Un Comune, allarmato dai frequenti incidenti stradali verificatisi sulla propria rete stradale, delibera di affidare in concessione ad una impresa, mediante convenzione e senza gara pubblica, il servizio di ripristino delle compromesse condizioni di sicurezza stradale. La delibera consiliare viene impugnata innanzi al TAR da altra impresa, che svolge analoghi servizi a favore di diversi Enti pubblici, ma il ricorso è dichiarato improcedibile dall'adito TAR per sopravvenuta carenza d'interesse, a seguito della revoca dell'impugnata aggiudicazione da parte della Giunta comunale, ma contestualmente viene dallo stesso giudice dichiarato fondato - esclusivamente ai fini della soccombenza virtuale - per violazione dell'art. 30 comma 3, D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Detta norma prescrive infatti che, nelle procedure aventi ad oggetto la concessione di servizi pubblici, la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato CEE 25 marzo 1957 e dei principi generali relativi ai contratti pubblici (in particolare, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità), previa gara informale e con predeterminazione dei criteri selettivi. Osserva il Tribunale che le concessioni amministrative sono ormai entrate nell'alveo di applicazione della normativa comunitaria sugli appalti pubblici per il fatto che, dal punto di vista della tutela della concorrenza, hanno la stessa incidenza sul mercato degli appalti, atteso che il concessionario ricava un'utilità sfruttando economicamente servizi o beni pubblici che non sono disponibili in quantità illimitata. E poiché i principi comunitari ostano a normative o prassi amministrative che, mediante un'assegnazione non competitiva delle concessioni, provocano un'alterazione delle ordinarie dinamiche di mercato, il cit. art. 30, D.Lgs. n. 163 del 2006 impone che l'affidamento delle concessioni di servizi sia preceduto da un confronto concorrenziale fra possibili aspiranti. Però, al tempo stesso, il Tribunale dà atto che, ai sensi dell'art. 57 comma 2 lett. b), D.Lgs. n. 163 del 2006, le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ove, per ragioni di natura tecnica, il contratto può essere affidato unicamente ad un determinato operatore economico; chiarisce però che di ciò le stesse stazioni appaltanti devono dar conto, con adeguata motivazione, nella determina a contrarre. Si tratta, infatti, di procedura che, derogando all'ordinario obbligo dell'Amministrazione di individuare il privato contraente mediante il confronto concorrenziale, riveste carattere di ecce-

zionalità e richiede un particolare rigore nell'individuazione ed apprezzamento dei presupposti che possono legittimare il ricorso di cui, peraltro, deve essere data adeguata motivazione nella deliberazione o determinazione a contrarre, in modo da scongiurare ogni possibilità che l'Amministrazione pubblica utilizzi questa eccezionale possibilità come un *commodus discessus* dall'obbligo di esperire una pubblica procedura di selezione, che è la sola a presentare carattere di oggettività e trasparenza. Conclude il Tribunale che l'obbligo motivazionale non deve atteggiarsi a mera estrinsecazione di un apparato preconfezionato al solo scopo di giustificare le scelte discrezionalmente operate dall'Amministrazione, ma deve oggettivamente offrire l'indicazione dei pertinenti presupposti legittimanti e, con essi, della presenza di un nesso di necessaria implicazione causale, tale da imporre il ricorso all'affidamento diretto.

FATTURATO SPECIFICO RIFERITO ALLE FORNITURE DEL SETTORE OGGETTO DI GARA PUBBLICA

T.A.R. Lazio, sez. III, 13 maggio 2014, n. 4940 - Pres. Bianchi - Est. Lomazzi

Nel caso in cui la *lex specialis* di gara pubblica richieda ai partecipanti il possesso di un fatturato specifico riferito alle forniture del settore oggetto della gara, prevedendo che nell'appalto è compresa, oltre alla fornitura dei beni, anche la prestazione di servizi connessi, devono considerarsi pertinenti, ai fini del calcolo dell'importo del fatturato, non solo le fatture relative ai beni offerti, ma anche ai servizi accessori resi.

Un'impresa, partecipante a gara pubblica indetta dalla s.p.a. Consip per l'aggiudicazione, con metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto pubblico di forniture di apparecchiature di radiologia, dispositivi accessori e dei servizi connessi ed opzionali per le pubbliche amministrazioni e risultata prima classificata, riceveva dalla stazione appaltante l'invito a comprovare il possesso del requisito del fatturato specifico per un importo complessivo non inferiore alla cifra minima richiesta dal bando e afferente agli ultimi due esercizi finanziari. L'impresa provvedeva inviando documentazione attestante che il proprio fatturato era d'importo superiore a quello richiesto dal bando, ma la stazione appaltante le chiedeva di trasmettere, a riprova di quanto affermato, le relative fatture. A conclusione del loro esame comunicava all'impresa che parte di esse non erano pertinenti alle prestazioni oggetto dell'appalto e che quindi il fatturato, una volta depurato di quanto non pertinente, risultava inferiore a quello minimo richiesto. Di conseguenza escludeva l'impresa dalla gara, con escussione della relativa cauzione provvisoria e segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza ex art. 48 comma 2, D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Avverso detta determinazione l'impresa proponeva ricorso al TAR deducendo che le fatture ritenute estranee dalla stazione appaltante, relative alla componentistica ed ai materiali monouso, erano invece pertinenti, essendo necessaria la prima per la manutenzione (e non avendo conteggiato a tal fine le ore-lavoro) oggetto di convenzione ed i secondi per il funzionamento delle apparecchiature. Il Tribunale dichiara fondato il ricorso. Osserva che, ai sensi dell'art. 41 comma 1, D.Lgs. n. 163 del 2006 nelle gare pubbliche il fatturato specifico deve intendersi riferito a tutte le forniture del settore oggetto della gara che nel caso in esame, secondo l'art. 2 del disciplinare, com-

prendeva, oltre alla fornitura dei beni, anche la prestazione di servizi connessi, quali sopralluogo ed attività connesse, consegna ed installazione, collaudo ed istruzione del personale, garanzia per 12 mesi, servizio di assistenza e manutenzione *full risk* per i primi 12 mesi, ritiro dei rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche, dispositivi accessori e requisiti migliorativi eventuali, servizi opzionali. Pertanto dovevano considerarsi pertinenti non solo le fatture relative alle apparecchiature radiologiche, ma anche quelle riferite ad apparecchi complementari, a dispositivi accessori, e quelle altre prodotte dalla ricorrente concernenti il materiale necessario per il funzionamento, la migliore fruibilità, l'assistenza all'uso, la manutenzione e la riparazione degli stessi, con conseguenti effetti sull'importo del fatturato complessivo.

COMMERCIO E INDUSTRIA

ORARI DEGLI ESERCIZI COMMERCIALI

Consiglio di Stato, sez. V, 30 giugno 2014, n. 3271 - Pres. Saltelli - Est. Schilardi

La circostanza che il regime di liberalizzazione degli orari - espresso anche dal D.L. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito dalla L. 22 dicembre 2011 n. 214 (cd. decreto "salva Italia") - sia applicabile indistintamente agli esercizi commerciali e a quelli di somministrazione, non preclude all'Amministrazione comunale la possibilità di esercitare il proprio potere di inibizione delle attività, per comprovate esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, nonché del diritto dei terzi al rispetto della quiete pubblica, con l'avvertenza tuttavia che ciò è consentito dal legislatore solo in caso di accertata lesione di interessi pubblici tassativamente individuati, quali quelli richiamati dall'art. 3 D.L. 13 agosto 2011 n. 138, convertito con modificazioni dalla L. 14 settembre 2011 n. 148 (sicurezza, libertà, dignità umana, utilità sociale, salute), interessi che non possono considerarsi violati aprioristicamente e senza dimostrazione alcuna.

Il Consiglio affronta la controversia sorta a seguito dell'impugnazione dell'ordinanza sindacale, che stabiliva la fascia oraria massima di apertura per il funzionamento degli apparecchi da gioco negli esercizi autorizzati, nonché il regolamento comunale per le sale giochi e l'installazione di apparecchi da gioco approvato dal Comune con delibera del Consiglio comunale.

Il Consiglio rileva che l'art. 3 del D.L. n. 223/2006, risulta applicabile non solo al commercio in genere, quale disciplinato dal D.Lgs. n. 114/1998, ma anche al settore specifico della somministrazione di alimenti e bevande e ai pubblici esercizi *lato sensu*, attesa la *ratio* della recente legislazione, che è rivolta alla sempre maggiore liberalizzazione del mercato ed alla promozione della concorrenza. Inoltre, il potere del sindaco ai sensi dell'art. 50, comma 7, T.U. 267/2000, di regolare l'attività degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, graduando, in funzione della tutela dell'interesse pubblico prevalente, gli orari di apertura e chiusura al pubblico è stato ridimensionato nei suoi contenuti dall'art. 31 del D.L. n. 201/2011, convertito nella L. n. 214/2011 (cd. decreto "salva Italia"), che ha riformato l'art. 3 del D.L. n. 223/2006. Da ciò deriva che l'amministrazione comunale può esercitare il proprio potere di inibi-

zione delle attività, per comprovate esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, nonché del diritto dei terzi al rispetto della quiete pubblica; tuttavia, ciò è consentito dal legislatore solo in caso di accertata lesione di interessi pubblici tassativamente individuati quali quelli richiamati (sicurezza, libertà, dignità umana, utilità sociale, salute), interessi che non possono considerarsi violati aprioristicamente e senza dimostrazione alcuna. Non appare al riguardo sufficiente il generico riferimento al nocumento asseritamente derivante dal notevole aumento della frequentazione dei luoghi ove sono posti gli esercizi in questione, con presunto e intollerabile incremento del traffico e del rumore e con conseguente compromissione della quiete pubblica.

PROCESSO AMMINISTRATIVO

ASTREINTE NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO

Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15 - Pres. Giovannini - Est. Caringella

L'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a. (secondo cui il giudice dell'ottemperanza, in caso di accoglimento del ricorso in *executivis*, "salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo") delinea una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, inquadrabile nell'ambito delle pene private o delle sanzioni civili indirette, che mira a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice. Nell'ambito del giudizio di ottemperanza, la comminatoria delle penalità di mora di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, è ammissibile per tutte le decisioni di condanna di cui al precedente art. 113, ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria.

L'Adunanza Plenaria è investita della *quaestio iuris* relativa all'ammissibilità della comminatoria delle penalità di mora, di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, nel caso in cui il ricorso per ottemperanza venga proposto in ragione della non esecuzione di una sentenza che abbia imposto alla pubblica amministrazione il pagamento di una somma di denaro.

L'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a. introduce nel processo amministrativo uno strumento analogo a quello disciplinato dall'art. 614-*bis*. Entrambi gli istituti, frutto delle sollecitazioni della giurisprudenza della CEDU, rappresentano una notevole novità rispetto alla tradizione processuale italiana resta all'introduzione di misure coercitive indirette, ritenute una forma di eccessiva ingerenza dello Stato nelle libere scelte degli individui anche in merito all'osservanza, in forma specifica o meno, di un comando giudiziale. Pertanto, prima dell'introduzione delle due norme citate simili stru-

menti erano ritenuti non suscettibili di applicazione analogica. Attualmente, quindi, il nostro ordinamento processuale ha colmato la distanza prima esistente con i sistemi francese, inglese e tedesco che contengono al loro interno discipline dedicate alla penalità di mora. Lo strumento processualcivile presenta, però, caratteristiche che lo differenziano da quello processualamministrativo: a) mentre la sanzione di cui al 614-*bis* c.p.c. è adottata con la sentenza di cognizione che definisce il giudizio di merito, la penalità è irrogata dal giudice amministrativo, in sede di ottemperanza, con la sentenza che accerta il già intervenuto inadempimento dell'obbligo di contegno imposto dal comando giudiziale; b) nel processo civile la sanzione è ad esecuzione differita; c) le *astreintes* disciplinate dal codice del processo amministrativo presentano una portata applicativa più ampia, in quanto non si è riprodotto nell'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a., il limite della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un non fare o un fare infungibile; d) la norma del codice del processo amministrativo non richiama i parametri di quantificazione dell'ammontare della somma fissati dall'art. 614-*bis* c.p.c.; e) il codice del processo amministrativo prevede, accanto al requisito positivo dell'inesecuzione della sentenza e al limite negativo della manifesta iniquità, l'ulteriore presupposto negativo consistente nella ricorrenza di "ragioni ostative".

Quanto al quesito sottoposto all'attenzione della Plenaria, il massimo consesso di giustizia amministrativa mostra di aderire all'orientamento, che ammette l'operatività dell'istituto per tutte le decisioni di condanna adottate dal giudice amministrativo ex art. 112 c.p.a., ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni pecuniarie. A sostegno della scelta la Plenaria porta le seguenti ragioni: I) un argomento di diritto comparato, dal momento che il diritto francese, che ha rappresentato il modello di riferimento per la penalità di mora, consente una simile possibilità; II) un argomento letterale dato dal fatto che l'art. 114 c.p.a. a differenza dell'art. 614-*bis* c.p.c. non contiene il limite dell'utilizzo di tale strumento nel solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile; III) un argomento sistematico, dal momento che l'*astreinte* si cala all'interno di un processo di ottemperanza che preveda la nomina di un commissario *ad acta* con pieni poteri sostitutivi, che fa ritenere surrogabile ogni tipo di condotta; IV) un argomento costituzionale, non potendo ritenersi presente una disparità di trattamento tra il debitore privato ed il debitore pubblico, atteso che tale differenziazione è il precipitato logico e ragionevole della peculiare condizione in cui versa il soggetto pubblico destinatario di un comando giudiziale. In senso opposto non opera l'argomento equitativo, che pone in luce il rischio di una locupletazione del creditore, richiamando il rischio di duplicazione di risarcimenti. Trattandosi di una pena, e non di un risarcimento, non viene in rilievo un'inaffidabile doppia riparazione di un unico danno ma l'aggiunta di una misura sanzionatoria ad una tutela risarcitoria. Del resto non va dimenticato che proprio per tutelare la particolare condizione del debitore pubblico, l'art. 114 c.p.a. rimette al g.a. la valutazione in ordine alla presenza di eventuali ragioni ostative.

Osservatorio del processo amministrativo

a cura di PAOLO PATRITO e MARIANO PROTTO

ACCERTAMENTO INCIDENTALE SU QUESTIONI
PREGIUDIZIALI RELATIVE A DIRITTI SOGGETTIVI

Consiglio di Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2484 -
Pres. Giaccardi - Est. Sabatino

Ai sensi dell'art. 8, c.p.a., il giudice amministrativo, investito della legittimità del provvedimento di indizione di una gara per l'affidamento di una concessione, impugnato dal titolare della concessione stessa, può decidere incidentalmente la questione pregiudiziale, involgente posizioni giuridiche di diritto soggettivo, relativa alla asserita perdurante sussistenza del rapporto concessorio in essere.

Un'impresa impugna la sentenza del TAR dichiarativa del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sul rilievo che la questione principale dedotta in giudizio fosse relativa alla durata di un rapporto concessorio, esaurendosi in questa questione tutta la *res litigiosa* (nella specie, si trattava dell'impugnativa della nota con cui il concedente aveva dichiarato esaurito il rapporto convenzionale-contrattuale e dell'indizione della gara volta all'individuazione del nuovo concessionario): pertanto, non poteva trovare applicazione l'art. 8, c.p.a., che autorizza il giudice amministrativo a decidere incidentalmente (e senza efficacia di giudicato) tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, sulle quali è carente di giurisdizione, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale.

Il Consiglio di Stato è di diverso avviso.

Si premette, anzitutto, l'esegesi dell'art. 8, cit., il quale costituisce uno strumento, comune ad altre discipline processuali, che consente al giudice di risolvere in un unico contesto, ma senz'altro valore che quello interno a quel giudizio, questioni che altrimenti sarebbero sottoposte a altri organi giurisdizionali.

Si tratta, a questo punto, di valutare se la durata del rapporto concessorio costituisca pregiudiziale o meno rispetto al provvedimento di indizione della gara.

In generale, il rapporto di pregiudizialità può riguardare due tipologie di fenomeni giuridici diversi: in primo luogo, la cd. pregiudizialità logica, ossia quella che si manifesta sempre all'interno del medesimo rapporto giuridico e dove viene in evidenza la relazione tra l'intero rapporto e un singolo aspetto di questo, costituito a sua volta da una autonoma situazione giuridica sostanziale; in secondo luogo, la cd. pregiudizialità tecnica, ossia quella dove il nesso collega rapporti giuridici diversi, in modo che vi sono ricompresi tutti i casi in cui un diritto o un rapporto giuridico diventa elemento costitutivo, modificativo, impeditivo o estintivo in una fattispecie che, a sua volta, esplica un effetto giuridico su un diverso diritto o rapporto.

In questa seconda evenienza, rilevante nel caso di specie, l'esistenza dell'effetto o rapporto giuridico oggetto di scrutinio giurisdizionale in via principale dipende, secondo un

meccanismo di condizionamento o di derivazione, dalla situazione a monte, ossia dall'esistenza o dall'inesistenza del diritto o rapporto costitutivo, impeditivo, modificativo, estintivo.

Questa nozione di pregiudizialità tecnica, che comprende appunto la situazione in cui un diverso rapporto giuridico (in questo caso, il rapporto concessorio della cui esistenza si discute) funge da presupposto al rapporto giuridico in contestazione (ossia è la *condicio sine qua non* per la legittimità della procedura di gara) è dunque applicabile alla situazione in esame e determina di conseguenza l'attribuzione alla cognizione incidentale del giudice amministrativo anche del rapporto condizionante.

Tale è peraltro la posizione espressa dalla giurisprudenza di questo Consiglio, quando ha affermato, in tema contrattuale, che le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, siano esse inerenti o estranee o sopravvenute alla struttura del contratto, comprese quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica o sussistenza di vizi che ne affliggono singoli atti possono essere accertate incidentalmente dal giudice amministrativo, quando la loro determinazione sia funzionale all'accertamento rimesso alla cognizione del giudice amministrativo medesimo che, ai sensi dell'art. 8, cit., ha il potere di decidere, senza efficacia di giudicato, tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale (Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2013, n. 3133; Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2012, n. 6400).

TERMINE PER LA RIASSUNZIONE A SEGUITO DI
DECLARATORIA DEL DIFETTO DI GIURISDIZIONE

T.A.R. Piemonte, 13 giugno 2014, n. 1041 - Pres. Balucani - Est. Bini

Ai fini del rispetto del termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza di cui all'art. 11, c.p.a., rileva solamente la notificazione del ricorso in riassunzione, e non anche il deposito dello stesso, che, pertanto, può essere effettuato anche successivamente allo spirare del predetto termine.

Un'impresa, a seguito della declaratoria di difetto di giurisdizione da parte del giudice ordinario sulla domanda di revisione dei prezzi, riassume il giudizio di fronte al TAR, con ricorso notificato entro il termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza del giudice ordinario ex art. 11 c.p.a., ma depositato oltre il predetto termine.

L'Amministrazione eccepisce la tardività del ricorso in riassunzione, in quanto la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda presuppone la costituzione del rapporto processuale, che si produce solamente con il deposito del ricorso.

Il Collegio ritiene infondata l'eccezione: sulla base dell'interpretazione letterale dell'art. 11, comma 2, c.p.a., secondo cui "quando la giurisdizione è declinata dal giudice amministrativo in favore di altro giudice nazionale o viceversa, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda se il processo è riproposto innanzi al giudice indicato nella pronuncia che declina la giurisdizione, entro il termine perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato", non può dedursi che nel termine indicato debba essere incluso anche il termine del deposito del ricorso, limitandosi la disposizione alla generica formula di "riproposizione del processo entro tre mesi".

Infatti, il ricorso si intende instaurato con la sola notifica, (in tal senso è stato affermato che "nel processo amministrativo la notifica del ricorso introduttivo fissa il momento delle scelte utili alla tutela della situazione giuridica tanto per il ricorrente che per le altre parti, rilevando quale invito ad apprestare le proprie difese e implicando la cristallizzazione del *thema decidendum*" Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6285), mentre il deposito perfeziona il rapporto processuale.

Laddove quindi la norma parla di termine di riproposizione del ricorso, deve essere interpretata nel senso che essa faccia riferimento al momento della instaurazione del giudizio davanti al giudice che ha giurisdizione, quindi alla notifica e non al deposito.

RIASSUNZIONE DI FRONTE AL TAR COMPETENTE A
SEGUITO DI DECRETO CAUTELARE *INAUDITA ALTERA PARTE*

T.A.R. Piemonte, sez. I, ord. coll. 21 marzo 2014, n. 484
- Pres. Balucani - Est. Limongelli

Non è irrituale la riassunzione del giudizio di fronte al TAR territorialmente competente a seguito di decreto cautelare *inaudita altera parte* in cui si siano rilevate "problematiche di competenza".

Tizio impugna di fronte al TAR per il Piemonte la graduatoria relativa ad una procedura concorsuale bandita da un'Amministrazione centrale dello Stato su base nazionale, i cui effetti non sono limitati alla circoscrizione territoriale del TAR adito.

Ne consegue, ai sensi dell'art. 13, comma 3, c.p.a. che la competenza a decidere sulla controversia in esame è del TAR per il Lazio, sede di Roma.

Il Collegio, peraltro, rileva come, in esito al decreto del giudice delegato, con cui la Sezione ha respinto l'istanza di provvedimenti cautelari monocratici prospettando "problematiche di competenza", il ricorrente abbia già spontaneamente riassunto il processo dinanzi al TAR centrale, che, *medio tempore*, aveva anche accolto la domanda di provvedimenti cautelari monocratici del ricorrente.

Di conseguenza, al collegio non resta che dichiarare la propria incompetenza territoriale, dando atto che il processo è già stato riassunto dall'interessato dinanzi al giudice competente.

VIOLAZIONE DEL DOVERE DI SINTETICITÀ DEGLI ATTI DI
PARTE E REGIME DELLE SPESE DI GIUDIZIO

Consiglio di Stato, sez. III, 19 marzo 2014, n. 1361 - Pres. ff Cacace - Est. Noccelli

Ai sensi del combinato disposto dell'art. 26 c.p.a. e dell'art. 92, comma 2, c.p.c., considerato che l'appellante, proponendo un appello di ben 33 pagine contro una sentenza di sole 5, è venuta meno al fondamentale dovere di sinteticità degli atti prescritto dall'art. 3, comma 2, c.p.a., le spese del doppio grado di giudizio devono essere interamente compensate tra le parti.

L'impresa Alfa impugnava, di fronte al TAR per il Lazio, il provvedimento di diniego opposto dal Comune in ordine alla DIA per l'adeguamento tecnologico dell'impianto di comunicazione elettronica esistente.

Il giudice di prime cure, con sentenza di cinque pagine, rigettava il ricorso.

L'impresa propone appello, con atto lungo 33 pagine.

Il Consiglio di Stato, con sentenza lunga 17 pagine, accoglie l'appello, ritenendo fondate le censure di violazione degli artt. 87 e 87-bis del codice delle comunicazioni elettroniche, del D.M. n. 227/1990, dell'art. 14, L. n. 36/2001, di difetto di istruttoria, che inficiano il provvedimento di diniego gravato in prime cure, affermando altresì l'illegittimità dell'art. 11, lett. b), del regolamento comunale, pure impugnato dall'appellante.

Di conseguenza, in accoglimento dell'appello, la Sezione riforma interamente la sentenza di primo grado, con annullamento di tutti gli atti gravati con il ricorso introduttivo del giudizio.

In punto di spese del giudizio, il Collegio ritiene che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 26 c.p.a. e dell'art. 92, comma 2, c.p.c., considerato che l'appellante, proponendo un appello di ben 33 pagine contro una sentenza di sole 5, è venuta meno al fondamentale dovere di sinteticità degli atti prescritto dall'art. 3, comma 2, c.p.a., le spese del doppio grado di giudizio debbano essere interamente compensate tra le parti.

TERMINE ANNUALE PER LA PROPOSIZIONE DEL RICORSO
AVVERSO IL SILENZIO; LITISPENDENZA

Consiglio di Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2742 - Pres. Torsello - Est. Caringella

Il decorso del termine annuale previsto dall'art. 31, comma 2, c.p.a., non produce una decadenza sostanziale che colpisce la posizione soggettiva, atteggiandosi invece a mera sanzione processuale che non impedisce la proposizione di autonomo giudizio a seguito della presentazione di una nuova istanza volta al conseguimento del provvedimento amministrativo.

Un'impresa propone ricorso per l'accertamento e la declaratoria dell'inadempimento dell'Amministrazione all'obbligo di provvedere e per la susseguente condanna a provvedere.

Il TAR accoglie il ricorso.

L'Amministrazione impugna la sentenza, eccependo, in primo luogo, la violazione del principio del *ne bis in idem*, collegata all'instaurazione, innanzi al Tribunale ordinario, di una causa con identiche parti ed identici *petitum* e *causa petendi*.

Il Collegio respinge l'eccezione: ai fini dell'applicazione dell'istituto della litispendenza (art. 39 c.p.c.), i due giudici aditi debbono appartenere al medesimo plesso giurisdizionale: la contemporanea presenza, infatti, della stessa causa dinanzi al giudice ordinario e a quello amministrativo esula

dalla nozione di litispendenza, integrando piuttosto una questione di giurisdizione.

Anche la Corte di Cassazione ha ribadito che la litispendenza, ai sensi dell'art. 39 c.p.c., "si riferisce alla proposizione della stessa causa di fronte a giudici diversi nell'ambito della giurisdizione ordinaria" (Cass., sez. VI, 20 maggio 2013, n. 12187) e, pertanto, "non può valere ad introdurre deroghe ai criteri di riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice di diversa giurisdizione, ancorché aditi con la medesima domanda" (Cass. 30 luglio 2007, n. 16834; Cass., Sez. Un., n. 5243 del 1981).

Altra eccezione spiegata dall'Amministrazione concerne l'inammissibilità del ricorso introduttivo stante la decadenza dall'azione ex art. 117 c.p.a. per decorso del termine annuale previsto dall'art. 31, comma 2, c.p.a.

Al riguardo, il Collegio afferma che si deve escludere che il termine annuale previsto dall'art. 31, comma 2, c.p.a., produca una decadenza sostanziale che colpisce la posizione soggettiva, atteggiandosi invece a mera sanzione processuale che non impedisce la proposizione di autonomo giudizio a seguito della presentazione di una nuova istanza volta al conseguimento del provvedimento amministrativo. Per espressa previsione di legge (art. 31, comma 2, c.p.a., secondo alinea: "è fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti"), infatti, la decorrenza del termine annuale incide soltanto sul piano processuale, senza che si produca nessuna vicenda estintiva dell'interesse legittimo pretensivo sotteso all'iniziativa procedimentale di parte: pertanto, se tale situazione giuridica soggettiva persiste in capo al cittadino anche dopo un anno dalla formazione del silenzio-rifiuto, sussiste pure la legittimazione a riproporre l'istanza di avvio del procedimento e, conseguentemente, a promuovere l'azione avverso il silenzio.

Da ultimo, il Collegio precisa che, stante la natura del termine in una con la relativa *ratio*, la diffida a provvedere va equiparata ad una nuova istanza ai sensi dell'art. 31, comma 2, c.p.a.

CONDANNA PUBBLICISTICA

T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. Unica, 11 marzo 2014, n. 13 - Pres. Turco - Est. Fornataro

Ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a., il giudice amministrativo può condannare l'Amministrazione a disporre la demolizione dell'immobile abusivamente costruito, previo annullamento del provvedimento di diniego dell'istanza proposta al fine di reprimere l'abuso.

Tizio impugna il provvedimento con cui il Comune aveva rigettato l'istanza dallo stesso proposta al fine di reprimere l'abuso edilizio realizzato asseritamente dal proprietario del fondo finitimo.

Il ricorrente chiede, altresì, che il TAR condanni l'Amministrazione, ai sensi dell'art. 34, comma 1 lett. c), c.p.a., ad adottare tutte le ulteriori misure che saranno ritenute idonee dal Tribunale per ristabilire il diritto violato e per tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

Il TAR premette che la nota impugnata, in quanto espressione della scelta del Comune di non esercitare i poteri repressivi, costituisce provvedimento lesivo; esclude che la DIA costituisca provvedimento impugnabile (art. 19, comma 6-ter, L. n. 241/1990); ribadisce che gli interessati possono solo sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti al-

l'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3, c.p.a.

Ciò premesso, il Tribunale ritiene che le censure volte all'annullamento del provvedimento impugnato siano fondate, in quanto l'opera realizzata non poteva essere oggetto di sanatoria per l'assenza del requisito della cd. doppia conformità.

Il Giudice valdostano ritiene altresì fondata la domanda di condanna all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, formulata ai sensi dell'art. 34, comma 1 lett. c), c.p.a.

Al riguardo, il Collegio osserva che la giurisprudenza ha precisato che la norma in esame ha ampliato le tecniche di tutela dell'interesse legittimo, prevedendo l'azione di condanna ad un *facere* anche provvedimentale, con la precisazione che la condanna può essere pronunciata purché non sussistano profili di discrezionalità amministrativa o tecnica (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3; Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 5 aprile 2011, n. 880).

Nel caso di specie sussistono i presupposti per condannare l'amministrazione nel senso richiesto dalla ricorrente.

In primo luogo, l'azione di condanna è stata esperita congiuntamente a quella diretta all'annullamento dell'atto con il quale l'amministrazione ha negato l'esistenza dei presupposti per l'esercizio del potere repressivo, ritenendo sanato l'abuso edilizio.

Inoltre, rispetto all'accertamento dei presupposti per la sanatoria, il potere dell'amministrazione è, per giurisprudenza pacifica, del tutto vincolato: nella materia in esame la possibilità di condannare l'amministrazione ad un *facere* specifico, anche di natura provvedimentale, non trova il limite dell'esistenza di poteri discrezionali.

In conclusione, il TAR condanna l'amministrazione a disporre la demolizione dell'opera abusiva entro 30 giorni dalla comunicazione o notificazione, se anteriore, della sentenza, con previsione di esecuzione della demolizione entro i 90 giorni successivi. Decorso inutilmente tale termine e fermi restando gli effetti acquisitivi al patrimonio comunale stabiliti dalla legge, l'Amministrazione provvederà direttamente alla demolizione, mediante esecuzione in danno, entro i successivi 30 giorni.

NULLITÀ DEL RICORSO SOTTOSCRITTO DAL SOLO AVVOCATO DOMICILIATARIO

T.A.R. Veneto, sez. II, 22 maggio 2014, n. 706 - Pres. Settesoldi - Est. Ricchiuto

Il ricorso sottoscritto dal solo avvocato domiciliatario, cui la parte non abbia conferito alcun mandato o procura speciale, è nullo ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. b), c.p.a.

Una società propone ricorso avverso il permesso di costruire per la realizzazione di un impianto di distribuzione del carburante rilasciato ad impresa concorrente.

Su eccezione della parte controinteressata, il Collegio dichiara inammissibile il ricorso ai sensi dell'art. 35, comma 2 lett. b), c.p.a., in quanto il ricorso comprende la sola sottoscrizione del legale domiciliatario e, quindi, di un legale nei cui confronti non risulta conferito alcun mandato o procura speciale.

Al riguardo, precisa il TAR che la lettura dell'art. 44, c.p.a., non lascia adito a dubbi nel momento in cui, al comma 1,

lett. a), include tra le cause di nullità del ricorso quella consistente nella mancanza della sottoscrizione, da intendersi riferita all'unica sottoscrizione del difensore abilitato ovvero alla persona munita dello *ius postulandi* e, quindi, di un titolo idoneo nel rispetto del mandato conferito dalla società ricorrente.

Inoltre, il Collegio evidenzia che per un costante orientamento giurisprudenziale, mutuato dal processo civile, la sottoscrizione della citazione in primo grado, o del ricorso, da parte di procuratore non abilitato, comporta la nullità assoluta ed insanabile dell'atto stesso, atteso che tale indicazione non comporta conferimento a quest'ultimo della rappresentanza processuale, non essendo autorizzato il procuratore non legittimato a svolgere quell'attività professionale nell'interesse del mandante in relazione alla quale non era stato delegato (Cass. civ., sez. I, 23 marzo 1988, n. 2538; T.A.R. Piemonte, 3 dicembre 2010, n. 4384).

Da ultimo, il TAR rammenta che si è stabilito (Cass. civ., sez. I, 7 maggio 1997, n. 3981) che l'indicazione del domiciliatario non comporta il conferimento nemmeno implicito della rappresentanza processuale e che l'eventuale attività processuale compiuta deve considerarsi svolta senza il necessario potere di rappresentanza, anche sotto il profilo dell'imputazione sostanziale della provenienza dell'atto (in questo senso si veda anche Cass., sez. I, 30 luglio 1996, n. 6900).

SENTENZA DELLA TERZA VIA

Consiglio di Stato, sez. V, 16 maggio 2014, n. 2518 - Pres. ff Poli - Est. Durante

L'omessa indicazione alle parti della questione di inammissibilità della costituzione in giudizio dell'Amministrazione per difetto del *ius postulandi*, rilevata d'ufficio dal Giudice di primo grado, determina la violazione del principio del contraddittorio e il diritto di difesa, con conseguente rinvio della causa al primo giudice.

Il TAR ha dichiarato inammissibile la costituzione in giudizio della Regione Campania, stante la mancanza della delibera giuntale di resistenza alla lite e ha accolto il ricorso.

L'Amministrazione propone appello, deducendo la violazione degli artt. 117, 118 e 123 Cost., dello Statuto Regionale e del regolamento n. 12 del 2011, nonché la lesione del contraddittorio e del diritto di difesa, essendo stata emanata una "decisione a sorpresa" in violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a.

Il Consiglio di Stato accoglie l'appello: erroneamente il TAR ha dichiarato invalida la costituzione della Regione, atteso che,

a) la potestà normativa delle Regioni, ai sensi degli artt. 114 comma 2, e 117 comma 6, Cost., consiste nella potestà statutaria e regolamentare;

b) le modalità di costituzione in giudizio dell'ente territoriale restano rimesse all'esercizio di tale autonomia e, quindi, allo Statuto che stabilisce i principi di organizzazione e funzionamento dell'ente ed ai regolamenti adottati nel rispetto delle norme statutarie (cfr., tra le tante, Cass., Sez. Un., n. 12868 del 2005; sez. lav. n. 20177 del 2008; Cons. Stato, sez. III, n. 679 del 2013);

c) in base a detti principi, ai fini della rappresentanza in giudizio dell'ente locale, la necessità dell'autorizzazione alla lite da parte della giunta non può essere desunta dalla legge, ma postula l'identificazione di una specifica previsione

statutaria al riguardo (Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24443; Cons. Stato, sez. IV, 26 marzo 2013, n. 1700; sez. V, 19 luglio 2013, n. 3934; 18 ottobre 2011, n. 5584).

Nel caso di specie, lo Statuto della Regione Campania, nonché l'art. 30 del Regolamento regionale n. 12 del 2011, stabiliscono che è il Presidente della Giunta regionale a rappresentare la Regione e tra le competenze che fanno capo alla Giunta non sono comprese quelle di deliberare in materia di liti attive e passive: di conseguenza, per la costituzione della Regione Campania nelle liti di ogni ordine e grado è sufficiente la sola procura speciale o generale rilasciata dal Presidente dell'Ente al singolo avvocato ai fini della validità dello *ius postulandi*, con ciò escludendosi ogni forma di intermediazione provvedimentale e burocratico-amministrativa.

Alla stregua di tali considerazioni, la Regione era legittimamente costituita in giudizio con procura speciale rilasciata dal Presidente dell'Ente.

Ciò posto, il Collegio rileva altresì la violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a., a mente del quale "se ritiene di porre a fondamento della sua decisione, una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie": il giudice di primo grado non ha indicato alle parti all'udienza di discussione del ricorso la questione, successivamente rilevata d'ufficio, inerente l'inammissibilità della costituzione della Regione intimata.

L'omissione del TAR ha comportato la violazione del principio del contraddittorio e il diritto di difesa della Regione Campania e la conseguente nullità della sentenza, per cui, sensi dell'art. 105 c.p.a. il giudice d'appello è tenuto, a mente del combinato disposto degli artt. 73, comma 3 e 105, comma 1, c.p.a., nonché 101, comma 2, c.p.c. applicabile al processo amministrativo ai sensi dell'art. 39, comma 1, c.p.a., a rimettere la causa al giudice di primo grado nell'ipotesi in cui il giudizio di primo grado si è svolto a contraddittorio incompleto, costituendo tale circostanza *ex se* una violazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito (cfr. in termini Cons. Stato, sez. III, n. 1127 del 2013; sez. V., n. 3557 del 2012; sez. IV, 21 novembre 2012, n. 5905; C.G.A. Sicilia n. 85 del 2012; Ad. Plen. n. 3 del 2010; Cass., Sez. Un., n. 20935 del 2009).

SULLA CONSUMAZIONE DEL POTERE DI IMPUGNARE

Consiglio di Stato, sez. V, 2 aprile 2014, n. 1570 - Pres. Torsello - Est. Gaviano

Il divieto di frazionamento dei mezzi di impugnazione, sotteso al principio di consumazione delle impugnazioni, sancito dagli artt. 358 e 387 c.p.c., impedisce alla parte che abbia proposto un primo gravame di proporre un secondo, pur quando siano ancora pendenti i relativi termini.

Il Consiglio di Stato definisce un appello con sentenza in forma semplificata all'esito della camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare, senza che i difensori avessero obiettato alcunché.

Successivamente a tale camera di consiglio, vengono proposti motivi aggiunti avverso la sentenza di primo grado.

Il Collegio ritiene l'inammissibilità dell'atto recante motivi integrativi d'appello avverso la sentenza del TAR sulla scor-

ta di consolidati principi, elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato (cfr. tra i tanti Cass. civ., Sez. Un., 22 aprile 2013, n. 9688; 5 aprile 2007, n. 8521; Cons. Stato, sez. VI, 27 gennaio 2012, n. 397; sez. V, 6 luglio 2012, n. 3966; sez. IV, 31 gennaio 2007, n. 401; C.G.A. Sicilia, 25 settembre 2001, n. 463; Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2000, n. 3818), in forza dei quali:

- il divieto di frazionamento dei mezzi di impugnazione, sotteso al principio di consumazione delle impugnazioni sancito dagli artt. 358 e 387 c.p.c. (che connota qualsiasi processo retto, come anche quello amministrativo, dal principio della domanda e da quello dispositivo), impedisce alla parte che abbia proposto un primo gravame di proporre un secondo, pur quando siano ancora pendenti i relativi termini;
- che una limitata eccezione a tale principio è prevista nel solo caso in cui il primo atto di impugnazione sia stato proposto in modo irrituale e ad esso segua, nel rispetto dei termini perentori previsti dalla disciplina legale di riferimento, un secondo atto di impugnazione inteso a sostituire il precedente viziato (a condizione, in tal caso, che nell'intervallo corrente fra la proposizione delle due impugnazioni non sia sopraggiunta una decisione di inammissibilità, irricevibilità o improponibilità del primo gravame).

OMESSA COMUNICAZIONE DELLA FISSAZIONE DELL'UDIENZA DI MERITO: CONSEGUENZE

Consiglio di Stato, sez. VI, 17 marzo 2014, n. 1318 - Pres. Severini - Est. De Michele

L'omessa comunicazione della fissazione dell'udienza di merito concretizza un difetto di procedura che impone la rimessione della causa al giudice.

Il TAR respinge il ricorso proposto avverso alcuni atti inerenti la procedura di rilascio di autorizzazione paesaggistica per l'installazione di pannelli fotovoltaici.

Nell'atto di appello, tra l'altro, viene eccepita la mancanza di comunicazione della fissazione dell'udienza di merito in primo grado di giudizio, in violazione dell'art. 71, comma 5, c.p.a.

Il Consiglio di Stato ritiene fondato il motivo.

In primo luogo, il Collegio accerta che la violazione risulta suffragata dalla scheda informatica della Segreteria del Tribunale amministrativo indicato (recante segnale di errore per l'indirizzatura di posta elettronica certificata, cui la comunicazione era stata inoltrata, per inesatta trascrizione del medesimo da parte della segreteria del giudice), nonché dal verbale di udienza del medesimo giudice, verbale in cui è registrata l'assenza dei difensori delle parti.

L'eccezione appare pertanto fondata e tale da implicare un difetto di contraddittorio, lesivo del diritto di difesa delle parti, non messe in grado di poter predisporre e svolgere le proprie difese all'udienza pubblica.

Di conseguenza, il Collegio ritiene che la questione dedotta in giudizio debba essere oggetto di rinvio al giudice di primo grado, in applicazione dall'art. 105, comma 1, c.p.a., in quanto la detta lesione - essendo mancata l'effettività del contraddittorio e comunque essendo stato leso il diritto di difesa - concretizza un difetto di procedura del giudizio e dunque della sentenza qui appellata, che non consente di qui trattenere in decisione la causa per effetto devolutivo dell'appello. Va infatti tenuto conto dell'esigenza di base, in

rispetto al principio del contraddittorio, di non sottrarre alle parti le garanzie di effettività del doppio grado di giudizio (a differenza di quanto avviene in caso di erronee dichiarazioni di inammissibilità, irricevibilità o decadenza del ricorso, identificate come contenuto decisorio della sentenza appellata: ad es., Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 2012, n. 3317 e VI, 12 dicembre 2011, n. 6492).

AMBITO DI APPLICAZIONE DELLE *ASTREINTES*

Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15 - Pres. Giovannini - Est. Caringella

La comminatoria della penalità di mora di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a., è ammissibile per tutte le decisioni di condanna di cui all'art. 113 c.p.a., ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria.

L'Adunanza Plenaria scioglie i dubbi sull'applicabilità del rimedio delle *astreintes* nel caso di inesecuzione di sentenza di condanna al pagamento di somma di denaro.

Il Collegio, anzitutto, ricorda che l'art. 114, comma 4, lett. c), c.p.a. delinea una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, inquadrabile nell'ambito delle pene private o delle sanzioni civili indirette, con il fine di offrire uno strumento di coazione all'adempimento delle pronunce giurisdizionali, al pari dell'istituto di cui all'art. 614-bis, c.p.c., previsto per i soli casi di inattuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare e degli omologhi stranieri: le *astreintes* francesi, le *Zwangsgeld* tedesche e il *Contempt of Court* inglese.

Ciò premesso, il Collegio ritiene l'applicabilità del rimedio anche per le sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro sulla base (a) dell'argomento di diritto comparato (il sistema francese, modello sul quale sono stati conati gli istituti nazionali che prevedono l'irrogazione della penalità di mora, è connotato da un'indiscussa funzione sanzionatoria, essendo teleologicamente orientato a costituire una pena per la disobbedienza alla statuizione giudiziaria, e non un risarcimento per il pregiudizio sofferto a causa di tale inottemperanza); (b) dell'argomento letterale (l'analisi del dato testuale dell'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a., chiarisce il legislatore ha esercitato la sua discrezionalità, in sede di adattamento della conformazione dell'istituto alle peculiarità del processo amministrativo, nel senso di estendere il raggio d'azione delle penalità di mora a tutte le decisioni di condanna. La norma in analisi non ha, infatti, riprodotto il limite, stabilito dalla legge di rito civile nel titolo dell'art. 614-bis, della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile); (c) dell'argomento sistematico (la diversità delle scelte abbracciate dal legislatore per il processo civile e per quello amministrativo si giustifica in ragione della diversa architettura delle tecniche di esecuzione: nel processo civile, stante la distinzione tra sentenze eseguibili in forma specifica e pronunce non attuabili *in re*, la previsione della penalità di mora per le sole pronunce non eseguibili in modo forzato mira a introdurre una tecnica di coercizione indiretta che colmi l'assenza di una forma di esecuzione diretta; nel processo amministrativo, per converso, la norma si cala in un archetipo processuale in cui, grazie alle peculiarità del giudizio di ottemperanza, caratterizzato dalla nomina di un commissario *ad acta* con poteri sostitutivi, tutte le prestazioni sono surrogabili

li, senza che sia dato distinguere a seconda della natura delle condotte imposte); (d) dell'argomento costituzionale (non può ravvisarsi, in primo luogo, la paventata disparità collegata all'opzione, esercitabile da parte del creditore, attraverso la scelta, in sostituzione del rimedio dell'esecuzione forzata civile - priva dello strumento della penali di mora per le sentenze di condanna pecuniaria -, dell'ottemperanza amministrativa, rafforzata dalla comminatoria delle *astreintes*: la possibilità, per un creditore pecuniario della pubblica amministrazione, di utilizzare due diversi meccanismi di esecuzione, lungi dal porre in essere una disparità di trattamento, evidenzia un arricchimento del bagaglio delle tutele normativamente garantite in attuazione dell'art. 24 Cost. in una con i canoni europei e comunitari richiamati dall'art. 1 c.p.a.).

Da ultimo, la tesi sostenuta non è scalfita dall'argomento equitativo (rischio di duplicazione di risarcimenti, con correlativa locupletazione del creditore e depauperamento del debitore): come rilevato, la penali di mora assolve ad una funzione coercitivo-sanzionatoria e non ad una funzione riparatoria.

Peraltro, la considerazione delle peculiari condizioni del debitore pubblico, al pari dell'esigenza di evitare locupletazioni eccessive o sanzioni troppo afflittive, costituiscono fattori da valutare non ai fini di un'astratta inammissibilità della domanda relativa a inadempimenti pecuniari, ma in sede di verifica concreta della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura nonché al momento dell'esercizio del potere discrezionale di graduazione dell'importo: l'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a., proprio in considerazione della specialità, in questo caso favorevole, del debitore pubblico - con specifico riferimento alle difficoltà nell'adempimento collegate a vincoli normativi e di bilancio, allo stato della finanza pubblica e alla rilevanza di specifici interessi pubblici - ha aggiunto al limite negativo della manifesta iniquità, previsto nel codice di rito civile, quello, del tutto autonomo, della sussistenza di altre ragioni ostative.

AMBITO DI APPLICAZIONE DELLE *ASTREINTES*

Consiglio di Stato, sez. VI, 18 marzo 2014, n. 1335 - Pres. Barra Caracciolo - Est. Lopilato

Il rimedio delle *astreintes* è applicabile solamente in caso di inesecuzione di sentenza passata in giudicato.

Il Consiglio di Stato aveva condannato l'Amministrazione al risarcimento del danno a favore di un'impresa per responsabilità precontrattuale susseguente all'annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione di un appalto.

L'impresa aveva chiesto, stragiudizialmente, all'Amministrazione di voler corrispondere le somme cui era stata condannata.

Quest'ultima aveva risposto negativamente, sul rilievo che avverso la sentenza di condanna erano stati proposti un ricorso per revocazione (nelle more dichiarato inammissibile) e uno per cassazione, tuttora pendente.

L'impresa, a questo punto, agisce in ottemperanza, chiedendo anche la nomina di un commissario *ad acta* in caso di persistente inadempimento e la fissazione di una somma di denaro per ogni giorno di violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione.

Il Consiglio di Stato accoglie parzialmente il ricorso, condannando l'Amministrazione al pagamento delle somme di denaro indicate nella sentenza ottemperanda e, per il caso

di persistente inadempimento, disponendo la nomina del commissario *ad acta*.

È, invece, rigettata la richiesta di condanna ai sensi dell'art. 114, comma 2, lett. e), c.p.a., a mente del quale "salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo".

Al riguardo, il Collegio rammenta che le *astreintes* assolvono ad una funzione sanzionatoria e non risarcitoria, in quanto esse non mirano a riparare il pregiudizio cagionato dalla mancata esecuzione della sentenza, ma a sanzionare il mancato adempimento alla statuizione giudiziarla (C.G.A. Sicilia, 22 gennaio 2013, n. 26, che qualifica il rimedio in esame quale sanzione civile indiretta).

Questa qualificazione è confermata dall'art. 614-bis, comma 2, c.p.c., che, con norma applicabile anche al processo amministrativo, individua, quali criteri per la quantificazione, non solo il danno quantificato e prevedibile ma anche "il valore della controversia, la natura della prestazione e ogni altra circostanza soggettiva o oggettiva utile".

La disposizione in esame trova applicazione soltanto in presenza di una sentenza passata in giudicato. Nel caso in esame la sentenza di cui si chiede l'esecuzione non è ancora definitiva, essendo stata oggetto di ricorso per cassazione. Non è, dunque, applicabile il rimedio in esame, né esso potrebbe essere applicato in via analogica, in ragione della sua valenza eccezionale, alla luce della natura sanzionatoria dell'istituto.

OPPOSIZIONE DI TERZO ORDINARIA: TERMINE PER LA PROPOSIZIONE

C.G.A. Sicilia, 18 giugno 2014, n. 330 - Pres. De Lipsis - Est. Anastasi

Il ricorso per opposizione di terzo ordinaria, nel silenzio della legge, non è soggetto ad alcun termine, l'unico limite essendo costituito dall'estinzione del diritto del terzo pregiudicato dalla sentenza pronunciata tra altre persone.

Gli aventi causa di una società fallita propongono opposizione di terzo nei confronti di una sentenza resa tra la società dante causa ed altri.

Il Collegio, in primo luogo, disattende l'eccezione di tardività sollevata dall'Amministrazione sul rilievo che il ricorso era stato proposto oltre il termine di sessanta giorni dalla acquisita conoscenza della sentenza impugnata.

La Sezione osserva, anzitutto, che nel rito civile il termine per proporre opposizione di terzo stabilito dall'art. 325, comma 1, c.p.c., si riferisce esclusivamente all'opposizione di terzo revocatoria prevista dall'art. 404, comma 2, c.p.c., e non concerne l'opposizione di terzo ordinaria, il cui esercizio non trova altro limite che l'estinzione del diritto del terzo pregiudicato dalla sentenza pronunciata tra altre persone (Cass. civ., sez. II, n. 466/2014).

Nel processo amministrativo l'opposizione di terzo ebbe ingresso solo a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 177 del 1995: in difetto di una disciplina positiva, la giurisprudenza amministrativa si è interrogata sulla esistenza di un termine per la proposizione dell'opposizione di terzo ordinaria (o meglio: semplice) ed è pervenuta alla conclusione che in un processo come quello amministrativo

governato da brevi termini decadenziali in ragione degli interessi pubblici coinvolti non potesse automaticamente recepirsi la disciplina del rito civile, la quale come si è detto ammette la proposizione del mezzo sostanzialmente senza termini decadenziali.

Di qui la consolidata conclusione secondo cui nel processo amministrativo l'opposizione semplice va proposta nel termine di sessanta giorni dalla data in cui l'opponente ha avuto legale o, comunque, piena conoscenza della sentenza lesiva del suo interesse (ad es., Cons. Stato, sez. VI, n. 3351/2011).

Secondo una parte della giurisprudenza questa impostazione va mantenuta anche dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, n. 2184/2013).

Il Collegio non concorda sul punto: il codice del processo amministrativo, nel disciplinare tale mezzo di impugnazione, ha previsto con l'art. 92, comma 2, un termine di notifica valido solo per l'opposizione revocatoria di cui all'art. 108, comma 2, e non ha invece disposto alcunché quanto al termine di proposizione dell'opposizione semplice di cui all'art. 108, comma 1.

Se ne deve desumere che il codice del processo amministrativo ha recepito l'impostazione del rito civile: di tale opzione - che deve considerarsi intenzionale nella misura in cui si confronta col pregresso diverso orientamento della

giurisprudenza - non può che prendersi atto, con conseguente tempestività del ricorso all'esame.

In disparte tali considerazioni, il Collegio ritiene peraltro il ricorso inammissibile: gli opposenti, in quanto legati alla società nei cui confronti era stata pronunciata la sentenza da un rapporto obbligatorio, non sono legittimati alla proposizione di tale mezzo di impugnazione: l'opposizione di terzo semplice è proponibile esclusivamente da chi è terzo rispetto alla sentenza impugnata, il cui accertamento fa stato ad ogni effetto fra le parti, eredi e aventi causa (art. 2909 c.c.).

Gli aventi causa, dunque, sono assoggettati all'efficacia della sentenza in quanto risultano (sotto il profilo dell'efficacia soggettiva del giudicato) assimilabili alla parte: essi, pertanto, sono automaticamente investiti dalla sentenza, sicché il pregiudizio che questa può arrecare loro si verifica secondo diritto.

L'unica ipotesi in cui l'avente causa o creditore può opporsi alla sentenza resa nei confronti del suo dante causa è quella in cui tale sentenza sia frutto del dolo o della collusione delle parti, accordatesi maliziosamente proprio per ledere la posizione del creditore/avente causa: in tale caso l'ordinamento appresta appunto il rimedio dell'opposizione revocatoria, di cui non ricorrono, nel caso di specie, i presupposti.

NO V ITÀ

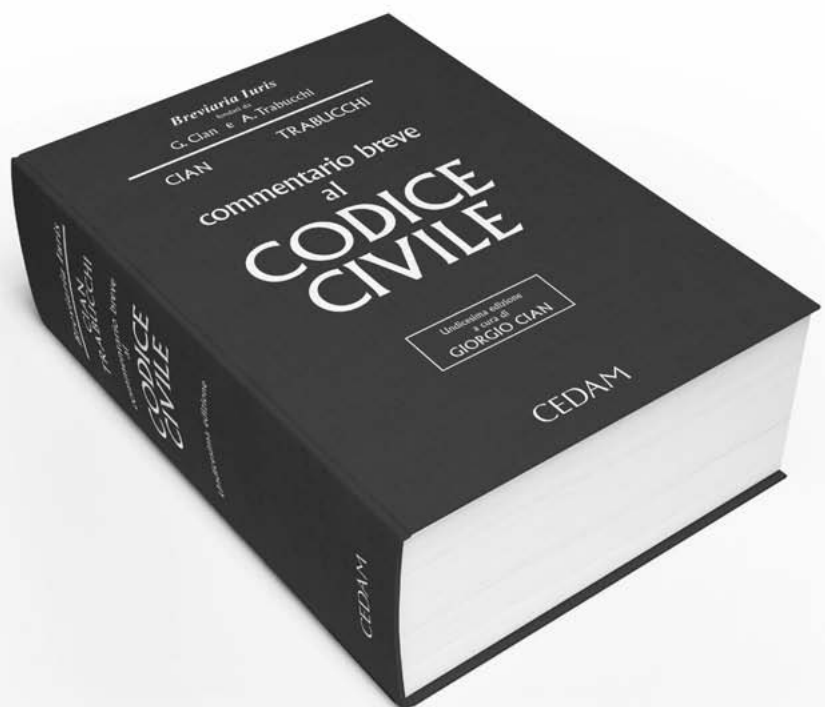
Breviaria Iuris

CIAN – TRABUCCHI

COMMENTARIO BREVE AL CODICE CIVILE

CEDAM

L'opera commenta, con **sapiente sintesi degli autori**, gli articoli del Codice Civile e delle disposizioni attuative, dando conto delle relative discipline speciali, alla luce delle numerose novellazioni intervenute su tutti i Libri del Codice (non meno da ultimo il d.l. 21 marzo 2014 n.34 in tema di contratti a termine e apprendistato e la sentenza della Corte Costituzionale del 9 aprile 2014 in tema di fecondazione eterologa).



 Wolters Kluwer



Acquista su www.shop.wki.it



Contatta un agente di zona
www.shop.wki.it/agenzie



Rivolgiti alle migliori librerie
professionali



Contattaci 02.82476.794
info.commerciali@wki.it

Prezzo copertina: 298 euro

Codice prodotto: 146251

Osservatorio penale

a cura di ALESSIO SCARCELLA

EDILIZIA E URBANISTICA

ABUSIVA OCCUPAZIONE DI SPAZIO DEMANIALE E
(IR)RILEVANZA DELLE MODIFICHE NORMATIVE

Cassazione penale, sez. III, 5 giugno 2014, n. 23505

La modifica dell'art. 1161 c.n., operata dall'art. 3 del D.Lgs. n. 151 del 2006, non ha comportato la depenalizzazione della condotta prevista dall'art. 55 stesso codice, già espressamente richiamata dalla norma incriminatrice prima della riformulazione, in quanto la novella ha inteso rafforzare la tutela dei beni demaniali, sostituendo il precedente rinvio a specifiche ipotesi tipizzate con il più generale riferimento ad ogni vincolo cui è assoggettata la proprietà privata nelle zone prossime al demanio marittimo ed agli "aeroporti".

Il tema affrontato dalla Corte di Cassazione con la sentenza in esame attiene alla persistente configurabilità dell'illecito previsto dall'art. 1161 c.n. (abusiva occupazione di spazio demaniale), a seguito delle modifiche normative recentemente introdotte dal legislatore del 2006. La vicenda processuale trae origine dalla sentenza con cui il GIP, richiesto della emissione di decreto penale di condanna per il reato di cui all'art. 110 c.p., artt. 55 e 1161 c.n., ascritto agli imputati per avere costruito un fabbricato in area ricadente nella fascia di rispetto di 30 metri dal demanio marittimo, in difetto della prescritta autorizzazione, li aveva assolti con la formula "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato". Il giudice, in particolare, affermava che, a seguito delle modifiche dell'art. 1161 c.n., introdotte dal D.Lgs. n. 96 del 2005, art. 19, e dal D.Lgs. n. 51 del 2006, art. 3, la norma non contiene più il riferimento agli artt. 55, 714 e 716 c.n., ed agli obblighi previsti da tali disposizioni di legge, con la conseguenza che la mancata richiesta dell'autorizzazione all'amministrazione competente per il demanio marittimo non integra più la fattispecie contravvenzionale prevista dall'art. 1161 predetto. Contro la sentenza proponeva ricorso per Cassazione il pubblico ministero osservando, in sintesi, che il mancato riferimento dell'art. 1161 alle prescrizioni contenute negli artt. 55, 714 e 716 c.n. non avrebbe implicato il venir meno del disvalore penale della condotta contestata, poiché la diversa formulazione della norma costituisce esclusivamente espressione di una diversa tecnica legislativa, con la quale si è inteso ampliare l'ambito delle condotte afferenti alla inosservanza degli obblighi imposti nella utilizzazione delle zone prossime al demanio, sanzionate penalmente. La nuova formulazione dell'art. 1161, infatti, punisce qualsiasi inosservanza dei vincoli cui è assoggettata la proprietà privata nelle zone prossime al demanio marittimo o agli aeroporti, tra cui rientra l'obbligo di chiedere l'autorizzazione ex art. 55 c.n.

La Cassazione ha accolto il ricorso, annullando la sentenza, impugnata, in particolare precisando che la violazione dell'art. 55 c.n., mediante la realizzazione non autorizzata dall'autorità marittima competente di opere nella fascia dema-

niale di rispetto, integra il reato previsto dal successivo art. 1161, perché rientra nella mancata osservanza dei "vincoli cui è assoggettata la proprietà privata" (v., da ultimo, in senso conforme: sez. III, 29 gennaio 2014, n. 3901, in *CED Cass.*, n. 258830).

LA DESTINAZIONE ABITATIVA DI UN SOTTOTETTO INTEGRA UN MUTAMENTO DI DESTINAZIONE D'USO E RICHIEDE IL PERMESSO DI COSTRUIRE

Cassazione penale, sez. III, 22 maggio 2014, n. 20773

La destinazione abitativa di un sottotetto, che secondo gli strumenti urbanistici aveva soltanto una funzione tecnica, costituisce mutamento di destinazione d'uso per il quale è necessario il rilascio preventivo del permesso di costruire, atteso che la variazione avviene tra categorie non omogenee.

La Corte Suprema torna a pronunciarsi, con la sentenza in esame, sulla questione della necessità o meno del permesso di costruire in presenza di una modifica di destinazione d'uso costituita dalla trasformazione di un sottotetto in unità abitativa. La vicenda processuale trae origine dalla sentenza con cui gli imputati sono stati condannati per il reato di cui al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44, lett. b) (e reati satelliti: D.P.R. n. 380 del 2001, artt. 64 e 71; 65 e 72; 93 e 95) perché, in qualità di proprietari e committenti, in contrasto con il permesso di costruire, in concorso con ignoti, realizzavano lavori edili all'interno del sottotetto cambiandone la destinazione d'uso attraverso la creazione all'interno del predetto sottotetto di un'unità abitativa costituita da cucina, due camere da letto e due bagni. Contro la sentenza gli stessi proponevano ricorso per cassazione, sostenendo che i lavori non avrebbero comportato difformità plano-volumetriche rispetto a quelli assentiti, giungendo a sostenere come non fosse necessario né il permesso di costruire e né l'equipollente dichiarazione di inizio di attività disciplinata dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 22, comma 3.

La Cassazione, nell'affermare il principio di cui in massima, ha respinto il ricorso, ricordando che la destinazione d'uso è un elemento che qualifica la connotazione del bene immobile e risponde a precisi scopi di interesse pubblico, di pianificazione o di attuazione della pianificazione. Essa individua il bene sotto l'aspetto funzionale, specificando le destinazioni di zona fissate dagli strumenti urbanistici in considerazione della differenziazione infrastrutturale del territorio, prevista e disciplinata dalla normativa sugli standard, diversi per qualità e quantità proprio a seconda della diversa destinazione di zona. L'organizzazione del territorio comunale e la gestione dello stesso vengono, infatti, realizzate attraverso il coordinamento delle varie destinazioni d'uso in tutte le loro possibili relazioni e le modifiche non consentite di queste incidono negativamente sull'organizzazione dei servizi, alterando appunto il complessivo assetto territoriale. È perciò necessario dimostrare che - a condizioni esatte, ossia in presenza di opere che non comportino interventi di trasformazione dell'aspetto esteriore, e di volumi e superfici - il cambio della

destinazione presenti il requisito dell'omogeneità nel senso che il mutamento sia intervenuto tra categorie urbanistiche omogenee perché il cambio, allorché investe categorie urbanistiche disomogenee di utilizzazione, determina, di regola, un aggravamento del carico urbanistico esistente. Nel caso di specie, i giudici avevano accertato che il sottotetto di proprietà degli imputati era stato trasformato abusivamente in un'unità abitativa attraverso l'esecuzione di lavori edili (tramezzature e impianti), ricavandone un appartamento composto da cucina, salone, due camere da letto e due bagni. Da qui, dunque, la correttezza della condanna inflitta (In precedenza, in senso conforme, con riferimento alla trasformazione di sottotetti: sez. III, 24 marzo 2011, n. 11956, in *CED Cass.*, n. 249774).

NECESSITÀ DELL'AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA PER L'ESECUZIONE DI INTERVENTI EDILIZI SUI "TRATTURI"

Cassazione penale, sez. III, 16 maggio 2014, n. 20443

I tratturi, a prescindere dalla loro attuale utilizzabilità come strade, quali espressioni di vestigia e tracce di remote civiltà passate ed in considerazione del rilievo costituzionale dei beni culturali come ribadito nella legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, art. 2, costituiscono una zona d'interesse archeologico per il loro valore intrinseco, ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. m), D.Lgs. n. 42/2004.

La Corte Suprema si sofferma, con la sentenza in esame, su una questione di non frequente esame da parte della giurisprudenza di legittimità, in particolare vertente sulla edificabilità nelle zone di interesse archeologico. La vicenda processuale trae origine dall'ordinanza con cui il tribunale rigettava l'istanza di riesame avverso il provvedimento del GIP con cui è stato disposto il sequestro preventivo del lotto C, costituito da n. 6 manufatti abusivi (bungalow) sul presupposto che gli stessi sarebbero stati realizzati su terreno ricadente nel piano regio trattura in catasto al fgl. 2 ex p.lla 76, all'interno di un villaggio turistico, in assenza di permesso di costruire e di n.o. paesaggistico (D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, lett. c), e D.Lgs. n. 42/2004, art. 181, comma 1). Contro l'ordinanza proponeva ricorso per cassazione sostenendo l'insussistenza del fatto sotto il profilo oggettivo per inosservanza ed erronea applicazione della L.R. Abruzzo n. 35 del 1986 modificata dalla L.R. n. 134/1988, inosservanza ed erronea applicazione del D.P.R. n. 380 del 2001, e della L.R. n. 18 del 1983, modificata dalla L.R. n. 70 del 1995.

Ai fini di una completa intelligibilità della vicenda in esame, è opportuno precisare i termini fattuali della fattispecie. Il legale rappresentante della s.r.l. "V.R.", è aggiudicatario dell'affidamento della gestione del Centro Turistico Integrato di S.S.M., e, in tale veste, aveva provveduto a predisporre i progetti di potenziamento e di miglioramento della struttura allo scopo di renderla efficiente e fruibile; il medesimo aveva provveduto a presentare il progetto, relativamente al lotto sequestrato per l'installazione dei *bungalows*, come da offerta di gara e da PRG; il Comune di S.S. non aveva comunicato alcunché, sicché il ricorrente si era ritenuto legittimato alla realizzazione delle nuove opere; ad opere ultimate il Comune condizionava però l'inizio dei lavori all'acquisizione *ex post* dei pareri e dei n.o. necessari. Gli interventi edilizi e l'area in sequestro erano stati realizzati sul terreno ricadente nel piano regio trattura, in catasto al fg. 2 ex pc 76, sito all'interno

del villaggio turistico denominato "P.b." di S.S.M. Il GIP presso il Tribunale, in accoglimento della richiesta del PM, ravvisando nella condotta del titolare della s.r.l., relativa alla realizzazione dei predetti *bungalows*, i reati di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 44, lett. c) e D.Lgs. n. 42 del 2004, art. 181, comma 1, aveva disposto il sequestro preventivo dell'area e dei *bungalows* ivi realizzati. Il Tribunale del Riesame, a seguito di gravame proposto dall'interessato, con l'ordinanza in esame, respingeva l'istanza contro il sequestro preventivo disposto dal GIP presso il Tribunale.

La Cassazione ha, per quanto qui di interesse condiviso le argomentazioni per le quali giudici del riesame hanno chiarito il perché non ritennero possibile accogliere le richieste difensive fondate, quanto alla mancanza del n.o. archeologico, sull'inesistenza del "tratturo" essendo una previsione cartolare e nemmeno indicata nel PRG, con conseguente asserita liceità della realizzazione degli interventi edilizi (*bungalows*). In particolare, nell'affermare il principio di cui in massima, i giudici di Piazza Cavour hanno chiarito che i cosiddetti "Tratturi", secondo quanto ribadito nel D.M. 15 giugno 1976, costituiscono la diretta sopravvivenza di strade formatesi in epoca protostorica in relazione a forme di produzione fondata sulla pastorizia; tali strade sono perdurate nell'uso ininterrotto, attraverso ogni successivo svolgimento storico, come risultante dalle testimonianze archeologiche di insediamenti preromani, di centri urbani di epoca romana, di abitati longobardi e normanni ed infine dalla presenza di centri tuttora esistenti, i quali fino ad epoca recentissima hanno tratto le fondamentali risorse economiche dalla transumanza. I "tratturi", pertanto, hanno una duplice valenza, ossia quali strade destinate al passaggio del bestiame (L. 20 dicembre 1908, n. 746 e successive integrazioni) e quale vestigia e tracce di passate civiltà. La rilevanza in chiave paesaggistica dei tratturi è stata poi ribadita, anzitutto, dal D.M. 20 marzo 1980 nonché, con specifico riferimento alla regione Abruzzo, dal D.M. 22 dicembre 1983. Non vi è dubbio, dunque, che i tratturi in esame, ricadenti nelle aree sequestrate (a prescindere dalla loro attuale utilizzabilità come strade) - quali espressioni di vestigia e tracce di remote civiltà passate ed in considerazione del rilievo costituzionale dei beni culturali come ribadito nella legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, art. 2 - costituiscono una zona d'interesse archeologico per il loro valore intrinseco, ai sensi del D.Lgs. n. 42 del 2004, art. 142, comma 1, lett. m). La citata disciplina, sotto la rubrica "Aree tutelate per legge", dispone che sono comunque di interesse paesaggistico e sono sottoposti alle disposizioni del Titolo 1 (Tutela e valorizzazione), PARTE 3 (Beni paesaggistici) del D.Lgs. n. 42 del 2004 "m) le zone di interesse archeologico". All'uopo va precisato - secondo un indirizzo giurisprudenziale condiviso dalla Cassazione - che l'individuazione di una zona d'interesse archeologico, ai sensi del D.Lgs. n. 42 del 2004, art. 142, comma 1, lett. m), non presuppone necessariamente l'avvenuto accertamento dell'interesse archeologico. Le zone di interesse archeologico, come indicate dal citato art. 142, lett. m), possono essere individuate per il valore intrinseco, sia da una norma di carattere generale (statale o regionale), sia da strumenti urbanistici previsti dalla legge regionale (v., sul punto: sez. III, 12 maggio 1999, n. 1066, non massimata; in senso conforme: sez. III, 6 agosto 2002, n. 29099, in *CED Cass.*, n. 222109). La individuazione dell'area in sequestro, quale zona di interesse archeologico, comportava dunque anche la sussistenza del vincolo paesaggistico *ex lege*, in base al D.Lgs. n. 42 del 2004, art. 142, comma 1, lett. m).

REATI EDILIZI

NATURA GIURIDICA DI REATO PROGRESSIVO NELL'EVENTO DEL REATO DI LOTTIZZAZIONE ABUSIVA

Cassazione penale, sez. III, 13 giugno 2014, n. 25182

Il reato di lottizzazione è inquadrabile nel cd. reato progressivo nell'evento (che è cosa ben diversa dal ritenere che la lottizzazione rientri nello schema del reato progressivo) in cui possono concorrere, nell'unicità della fattispecie incriminatrice, il momento negoziale, quello programmatico mediante l'esecuzione di opere di urbanizzazione e quello attuativo con la costruzione degli edifici.

La Corte di Cassazione torna ad occuparsi, nella sentenza qui esaminata, della questione della natura giuridica del reato di lottizzazione abusiva. La vicenda processuale che ha fornito l'occasione alla Corte per occuparsi della questione segue alla conferma da parte del Tribunale della libertà del provvedimento cautelare emesso dal GIP con il quale era stato disposto il sequestro preventivo di un complesso turistico di proprietà dell'indagato, sottoposto ad indagini in ordine al reato di cui al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44, lett. c) e D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 181. Contro l'ordinanza, presentava ricorso per cassazione l'interessato, sostenendo, per quanto qui di interesse, l'intervenuta prescrizione del reato; in sintesi, il Tribunale del riesame ha respinto l'eccezione di prescrizione, sollevata nel corso dell'incidente cautelare, sul presupposto che, sebbene gli ultimi ampliamenti (del teatro-bar e della *reception*) risalissero ad un'epoca antecedente all'anno 2006, sarebbero state recentemente eseguite nuove opere con lo scopo di consentire l'utilizzo abitativo di alcune strutture del villaggio, laddove, invece, l'assetto dei luoghi era rimasto inalterato negli ultimi otto anni, circostanza che, avendo comportato che maturasse la prescrizione, avrebbe dovuto precludere *ab origine* l'espletamento di qualsiasi attività investigativa inidonea, in costanza di una causa estintiva del reato, a sostenere un utile esercizio dell'azione penale rendendo, in ogni caso, illegittimo il disposto sequestro preventivo.

La Cassazione ha, però, respinto il ricorso e, nell'affermare il principio di cui in massima, ha osservato che l'illecito lottizzatorio si realizza (in altri termini, la consumazione ha inizio) allorquando sia al completo dei requisiti necessari e sufficienti per l'integrazione della fattispecie incriminatrice ed il momento consumativo perdura nel tempo sino a quando l'offesa tipica raggiunge, attraverso un passaggio graduale da uno stadio determinato ad un altro ad esso successivo, una sempre maggiore gravità, ed in ciò la lottizzazione, quale reato progressivo nell'evento, partecipa alla medesima disciplina del reato permanente, anche mutandone ricadute giuridiche, e del quale ha in comune la struttura unitaria, l'instaurazione di uno stato antigiusdittico ed il suo mantenimento ma ha in aggiunta un progressivo approfondimento dell'illecito attraverso condotte successive dirette ad aggravare l'evento del reato, atteso che gli interventi susseguenti incidono sull'assetto urbanistico, compromettendo ulteriormente le scelte di destinazione e di uso del territorio riservate alla competenza pubblica (in precedenza, nel senso che la contravvenzione di lottizzazione abusiva è reato progressivo nell'evento, che sussiste anche

quando l'attività posta in essere sia successiva agli atti di frazionamento o alle opere già eseguite, non esaurendo tali iniziali attività il percorso criminoso e protrandosi quest'ultimo attraverso gli interventi successivi incidenti sull'assetto urbanistico: sez. III, 4 aprile 2012, n. 12772, in *CED Cass.*, n. 252236).

POSSIBILE SOTTOPORRE A SEQUESTRO PREVENTIVO UN IMMOBILE ABUSIVO GIÀ SOTTOPOSTO A SEQUESTRO PROBATORIO

Cassazione penale, sez. III, 12 giugno 2014, n. 24876

È legittima l'adozione da parte del GIP del sequestro preventivo di un manufatto abusivo in sede di trattazione dell'opposizione al rigetto dell'istanza di revoca del sequestro probatorio, atteso che per l'adozione della misura cautelare reale non è richiesta la cessazione del sequestro probatorio e l'avvenuta restituzione delle cose non più necessarie a fini di prova.

Di particolare interesse la questione oggetto di esame da parte della Corte di Cassazione vertente sulla possibilità di sottoporre a sequestro preventivo un immobile abusivamente realizzato, già in precedenza sottoposto a sequestro probatorio. La vicenda processuale segue al provvedimento con cui il tribunale del riesame aveva confermato il provvedimento del GIP di conversione del sequestro probatorio in sequestro preventivo di un cantiere relativo ad opere realizzate al quarto piano di un fabbricato adibito a casa di cura privata, in relazione ai reati di cui al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44, lett. c), D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 181, artt. 349 e 734 c.p., e L. 6 dicembre 1991, n. 394, artt. 6 e 30, per avere eseguito incrementi di volume e di superficie, locali tecnici e magazzini, sbancamento di terreno per la realizzazione di un tracciato stradale e realizzazione di un piazzale per la sosta, senza permesso di costruire e senza nulla osta dell'ente preposto alla tutela del vincolo. Il tribunale aveva rilevato, per quanto qui di interesse, che per l'adozione del sequestro preventivo non è richiesta la cessazione del sequestro probatorio.

Contro l'ordinanza proponeva ricorso per cassazione l'interessato, sostenendo la carenza assoluta dei presupposti di cui all'art. 321 c.p.p.; in sintesi, il tribunale non avrebbe dato alcuna motivazione sulla libera disponibilità al momento del sequestro della cosa, che era soggetta a sequestro probatorio; non vi era quindi libera disponibilità né pericolo di protrazione o di aggravamento del reato in corso o agevolazione alla commissione di altri reati.

La Cassazione ha, sul punto, respinto il ricorso e, nell'affermare il principio di cui in massima, ha chiarito che ai fini del sequestro preventivo è irrilevante che l'indagato non abbia la disponibilità della cosa per essere stata la stessa già sottoposta a sequestro probatorio (in precedenza, in senso conforme: sez. III, 16 dicembre 2005, n. 45629, in *CED Cass.*, n. 232643).

CONCORSO TRA AMMINISTRATORE DI DIRITTO ED AMMINISTRATORE DI FATTO PER ILLECITI EDILIZI IMPUTABILI AD UNA SOCIETÀ

Cassazione penale, sez. III, 5 giugno 2014, n. 23483

In tema di reati edilizi, l'amministratore di diritto di una società di capitali risponde a titolo di concorso dell'illecito commesso dall'amministratore di fatto se, per dolo o per negligenza, non ha impedito il verificarsi dell'evento; detta regola vale logicamente anche in caso di legali rappresentanti di associazioni.

La Corte Suprema si sofferma, con la sentenza in esame, sul tema, di particolare interesse anche perché non adeguatamente approfondito nella giurisprudenza di legittimità, della ipotizzabilità di un concorso tra amministratore di diritto ed amministratore di fatto in illeciti edilizi "societari". La vicenda processuale trae origine dalla sentenza con cui la Corte di appello ha confermato il giudizio di colpevolezza di un imputato per contravvenzione edilizia e paesaggistica (D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, lett. c) consistente nella realizzazione - nella qualità di legale rappresentante di un'Associazione che aveva in gestione un impianto sportivo di proprietà comunale - di una struttura adibita a ristorante di mq 173,85 oltre a cucina di mq. 26,80 in assenza di permesso di costruire ed in zona sottoposta a vincolo paesaggistico. I giudici di merito hanno ritenuto che i manufatti erano stati realizzati quando l'imputato era il legale rappresentante della associazione che gestiva l'impianto e che, come tale, egli aveva il dovere di impedire l'evento anche qualora vi fosse stato un amministratore di fatto. Ricorrendo in cassazione, l'imputato sosteneva che i giudici di merito lo avevano ritenuto colpevole senza considerare che i manufatti erano stati realizzati da altri ben prima della sua nomina a legale rappresentante, ribadendo il suo ruolo di mero amministrare di diritto.

La Cassazione, nell'affermare il principio di cui in massima, ha dichiarato inammissibile il ricorso, richiamandosi, in particolare, a quella giurisprudenza secondo cui la fonte normativa dell'obbligo giuridico di impedire l'evento è costituita dall'art. 2392 c.c. (sez. III, 26 gennaio 2009, n. 3475, in *CED Cass.*, n. 242285).

PERICULUM IN MORA CONFIGURABILE ANCHE IN CASO DI ACCERTAMENTO DI COMPATIBILITÀ PAESAGGISTICA

Cassazione penale, sez. III, 3 giugno 2014, n. 22911

Nella perdurante esistenza, allo stato, del *fumus* dei reati urbanistici in zona paesaggisticamente vincolata, le esigenze cautelari sulle quali deve fondare il sequestro preventivo possono essere integrate, pur in presenza di un accertamento di compatibilità paesaggistica, anche sulla sola base della sussistenza di un aggravamento del carico urbanistico.

Singolare la questione decisa dalla Corte di Cassazione con la sentenza in esame, in cui i giudici di merito affrontano il

tema della sussistenza del cd. *periculum in mora* nel caso di sequestro preventivo di strutture alloggiative semoventi (cc.dd. case mobili) insistenti su area vincolata paesaggisticamente. La vicenda processuale trae origine dal provvedimento con cui il tribunale ha ripristinato il vincolo cautelare su 46 bungalow (case mobili) e sull'area sulla quale essi erano stati collocati; agli indagati si contesta in via cautelare il reato di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, n. 181, art. 44, comma 1, lett. e), del D.Lgs. n. 42 del 2004, in relazione all'esecuzione di interventi edilizi in area adibita a campeggio, in assenza del permesso di costruire e in zona sottoposta a vincolo paesaggistico; sequestro avente ad oggetto case mobili allacciate alle reti idriche, elettriche e fognarie, ritenute essere strutture ricettive con caratteristiche di sostanziale stabilità e destinate in modo permanente e a tempo indeterminato all'accoglienza con pernottamento di ospiti del campeggio sprovvisti di tende o altri mezzi propri. Contro l'ordinanza del tribunale veniva proposto ricorso per cassazione, lamentandosi la violazione dell'art. 321 c.p.p., sotto il profilo dell'insussistenza delle esigenze cautelari in conseguenza delle intervenute sanatorie ed i conseguenti accertamenti di conformità e di compatibilità urbanistica e paesaggistica delle opere.

La Cassazione ha però respinto i motivi di ricorso, osservando che la natura del pericolo non è esclusa dalla sopravvenuta compatibilità paesaggistica sia perché, in tema di tutela del paesaggio, l'autorizzazione postuma non incide sulla disciplina urbanistica, in quanto l'interesse paesaggistico è funzionalmente differenziato da quello urbanistico, e sia perché, nel caso di specie, il conseguito accertamento di compatibilità paesaggistica rende comunque applicabili le sanzioni penali previste dalla fattispecie incriminatrice, in concreto ravvisata, di cui del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 181, comma 1-*bis*, e comunque non produce, successivamente all'esecuzione dei lavori abusivi in zona vincolata, alcun effetto estintivo delle corrispondenti contravvenzioni, salvo il ricorso delle condizioni di cui all'art. 181, comma 1-*quinquies*, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. (v., sull'argomento: sez. III, 22 marzo 2013, n. 13736, in *CED Cass.*, n. 254762; sez. III, 7 maggio 2010, n. 17535, in *CED Cass.*, n. 247166).

Ne consegue come - in un contesto, quale quello di specie, dove il concreto pericolo di aggravamento e protrazione delle conseguenze dei reati, negativo per l'assetto edilizio e paesaggistico del territorio, è stato già affermato in dipendenza dell'ulteriore utilizzazione a fini abitativi delle case mobili realizzate - debba ritenersi, per la Corte, che, nella perdurante esistenza, allo stato, del *fumus* dei reati urbanistici in zona paesaggisticamente vincolata, le esigenze cautelari sulle quali deve fondare il sequestro preventivo possono essere integrate, pur in presenza di un accertamento di compatibilità paesaggistica, anche sulla sola base della sussistenza di un aggravamento del carico urbanistico.

INDICE DEGLI AUTORI

Boscolo Emanuele

Motivazione dell'autorizzazione paesaggistica e attuazione del giudicato **930**

De Nictolis Rosanna

La riforma del Codice appalti **873**

Ferrari Giulia

Osservatorio amministrativo **981**

Figuera Giovanni Carlo

Avvalimento delle certificazioni di qualità: *non liquet* **942**

Gaffuri Federico

Brevi note sull'applicabilità dell'art. 21-*octies* della legge 241/1990 ai provvedimenti di autotutela amministrativa **885**

Invernizzi Roberto

Inquinamenti risalenti, ordini di bonifica e principio di legalità CEDU: tutto per l'"ambiente"? **967**

Pagani Ignazio

Osservatorio civile **904**

Patrito Paolo

Osservatorio del processo amministrativo **985**

Sulla dichiarazione ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 fatta "collettivamente ed impersonalmente" **917**

Ponte Davide

La prescrizione del danno da occupazione illegittima della pubblica amministrazione **897**

Proto Mariano

Osservatorio del processo amministrativo **985**

Salvati Federica

I riflessi della rinnovata veste dell'azienda speciale sulla selezione del personale **957**

Scarcella Alessio

Osservatorio penale **993**

Sempreviva Maria Teresa

Osservatorio costituzionale **890**

Tarantino Luigi

Osservatorio amministrativo **981**

INDICE CRONOLOGICO

Giurisprudenza**Corte costituzionale**

11 giugno 2014, n. 166 **891**

11 giugno 2014, n. 167 **890**

2 luglio 2014, n. 187 **890**

Consiglio di Stato

23 dicembre 2013, sez. VI, n. 3614 **929**

20 febbraio 2014, sez. V, n. 820 **955**

25 febbraio 2014, sez. III, n. 887 **939**

17 marzo 2014, sez. VI, n. 1318 **989**

18 marzo 2014, sez. VI, n. 1335 **990**

19 marzo 2014, sez. III, n. 1361 **986**

26 marzo 2014, sez. VI, n. 1472 **929**

2 aprile 2014, sez. V, n. 1570 **988**

29 aprile 2014, sez. III, ord. n. 2214 **914**

14 maggio 2014, sez. IV, n. 2484 **985**

16 maggio 2014, sez. V, n. 2518 **988**

27 maggio 2014, sez. V, n. 2742 **986**

20 giugno 2014, Ad. Plen., n. 14 **981**

25 giugno 2014, Ad. Plen., n. 15 **984, 989**

30 giugno 2014, sez. V, n. 3271 **983**

Consiglio di Giustizia amministrativa Regione Sicilia

18 giugno 2014, n. 330 **990**

Tribunali amministrativi regionali

11 marzo 2014, Valle d'Aosta, Sez. Unica, n. 13 **987**

21 marzo 2014, Piemonte, sez. I, ord. coll. n. 484 **986**

30 aprile 2014, Pescara, sez. I, n. 204 **964**

13 maggio 2014, Lazio, sez. III, n. 4940 **983**

14 maggio 2014, Veneto, sez. I, n. 633 **982**

22 maggio 2014, L'Aquila, n. 484 **981**

22 maggio 2014, Veneto, sez. II, n. 706 **987**

13 giugno 2014, Piemonte, n. 1041 **985**

Corte di Cassazione civile

17 aprile 2014, sez. I, n. 8965 **893**

16 maggio 2014, sez. I, n. 10781 **909**

16 maggio 2014, sez. I, n. 10784 **912**

22 maggio 2014, sez. I, n. 11410 **911**

22 maggio 2014, sez. I, n. 11411 **909**

28 maggio 2014, sez. I, n. 11890 **908**

28 maggio 2014, sez. I, n. 11905 **907**

29 maggio 2014, Sez. Un., n. 12063 **905**

30 maggio 2014, sez. I, n. 12179 **904**

5 giugno 2014, sez. I, n. 12700 **910**

Corte di Cassazione penale

16 maggio 2014, sez. III, n. 20443 **994**

22 maggio 2014, sez. III, n. 20773 **993**

3 giugno 2014, sez. III, n. 22911 **996**

5 giugno 2014, sez. III, n. 23483 **996**

5 giugno 2014, sez. III, n. 23505 **993**

12 giugno 2014, sez. III, n. 24876 **995**

13 giugno 2014, sez. III, n. 25182 **995**

INDICE ANALITICO

Ambiente e beni culturali**Autorizzazione paesaggistica**

Motivazione dell'autorizzazione paesaggistica e attuazione del giudicato (Cons. Stato, sez. VI, 23 dicembre 2013, n. 3614; Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2014, n. 1472) *il commento di E. Boscolo* **929**

Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2014, n. 20443 (Oss. pen.) **994**

EnergiaCorte cost., 11 giugno 2014, n. 166 (*Oss. cost.*) 891**Inquinamento**Inquinamenti risalenti, ordini di bonifica e principio di legalità CEDU: tutto per l'“ambiente”? (T.A.R. Pescara, sez. I, 30 aprile 2014, n. 204) *il commento di R. Invernizzi* 964**Appalti e lavori pubblici****Aggiudicazione**Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14 (*Oss. amm.*) 981**Avvalimento**Avvalimento delle certificazioni di qualità: *non liquet* (Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887) *il commento di G. C. Figuera* 939**Bando di gara**T.A.R. Veneto, sez. I, 14 maggio 2014, n. 633 (*Oss. amm.*) 982**Concessioni**Cass. civ., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 12063 (*Oss. civ.*) 905Cass. civ., sez. I, 30 maggio 2014, n. 12179 (*Oss. civ.*) 904**Forma del contratto**Cass. civ., sez. I, 28 maggio 2014, n. 11890 (*Oss. civ.*) 908**Gara**Sulla dichiarazione ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 fatta “collettivamente ed impersonalmente” (Cons. Stato, sez. III, ord. 29 aprile 2014, n. 2214) *il commento di P. Patrito* 914T.A.R. Lazio, sez. III, 13 maggio 2014, n. 4940 (*Oss. amm.*) 983T.A.R. L'Aquila, 22 maggio 2014, n. 484 (*Oss. amm.*) 981**Giurisdizione**I riflessi della rinnovata veste dell'azienda speciale sulla selezione del personale (Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2014, n. 820) *il commento di F. Salvati* 955**Obbligazioni pecuniarie della p.a.**Cass. civ., sez. I, 28 maggio 2014, n. 11905 (*Oss. civ.*) 907**Risarcimento danni**Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2014, n. 10781 (*Oss. civ.*) 909Cass. civ., sez. I, 22 maggio 2014, n. 11411 (*Oss. civ.*) 909**Edilizia e urbanistica****Normativa antisismica**Corte cost., 11 giugno 2014, n. 167 (*Oss. cost.*) 890**Occupazione di spazio demaniale**Cass. pen., sez. III, 5 giugno 2014, n. 23505 (*Oss. pen.*) 993**Titoli abilitativi**Cass. pen., sez. III, 22 maggio 2014, n. 20773 (*Oss. pen.*) 993**Espropriazione per p.i.****Decreto di espropriazione**Cass. civ., sez. I, 5 giugno 2014, n. 12700 (*Oss. civ.*) 910**Indennità di espropriazione**Corte cost., 2 luglio 2014, n. 187 (*Oss. cost.*) 890Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2014, n. 10784 (*Oss. civ.*) 912Cass. civ., sez. I, 22 maggio 2014, n. 11410 (*Oss. civ.*) 911**Occupazione illegittima**La prescrizione del danno da occupazione illegittima della pubblica amministrazione (Cass. civ., sez. I, 17 aprile 2014, n. 8965) *il commento di D. Ponte* 893**Procedimento amministrativo****Autotutela**

Brevi note sull'applicabilità dell'art. 21-octies della legge 241/1990 ai provvedimenti di autotutela amministrativa di F. Gaffuri 885

Processo amministrativo**Astreinte**Cons. Stato, Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15 (*Oss. amm.*) 984**Reati edilizi****Illeciti edilizi societari**Cass. pen., sez. III, 5 giugno 2014, n. 23483 (*Oss. pen.*) 995**Lottizzazione abusiva**Cass. pen., sez. III, 13 giugno 2014, n. 25182 (*Oss. pen.*) 995**Sequestro preventivo**Cass. pen., sez. III, 3 giugno 2014, n. 22911 (*Oss. pen.*) 996Cass. pen., sez. III, 12 giugno 2014, n. 24876 (*Oss. pen.*) 995

IMMOBILI

itinerà
GUIDE GIURIDICHE

COMPRAVENDITA CONDOMINIO LOCAZIONI

a cura di A. Cirila e M. Monegat



Il volume, aggiornato con la L. 23 maggio 2014, n. 80, di conversione del d.l. n. 47/2014 (Emergenza abitativa) e alla Legge di Stabilità 2014, tratta con **approccio sistematico** e multidisciplinare tutti gli aspetti relativi a: **compravendita immobiliare, condominio, locazione**.

Partendo dalle trattative precontrattuali, dal contratto di compravendita e dal diritto di prelazione fino ad arrivare all'analisi del condominio negli edifici, delle spese condominiali, della figura dell'amministratore e di tutti gli aspetti del contratto di locazione, l'opera fornisce risposte e soluzioni immediate, sotto il **profilo sostanziale, processuale e fiscale** a tutte le problematiche inerenti questi istituti.

Arricchiscono e completano l'opera: **"Case history"**, citazioni giurisprudenziali e un dettagliato **indice analitico**.



 **Wolters Kluwer**



Acquista su www.shop.wki.it



Contatta un agente di zona
www.shop.wki.it/agenzie



Rivolgiti alle migliori librerie professionali



Contattaci 02.82476.794
info.commerciali@wki.it

Prezzo copertina: 298 euro

Codice prodotto: 148846

NO VITÀ

I CODICI COMMENTATI

CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI

a cura di A. Cancrini – C. Franchini e S. Vinti

UTET®
GIURIDICA

Trattazione approfondita di tutti gli istituti previsti dall'ordinamento per i **contratti degli appalti pubblici**, attraverso l'analisi sulla ricostruzione del regime giuridico e delle fattispecie espressamente delineate **dal codice e dalla legislazione speciale**.

In particolare, dopo avere esaminato il dato normativo, viene riservato ampio spazio allo studio della **prassi contrattuale** attraverso gli apporti offerti dall'elaborazione della dottrina più accreditata e dall'interpretazione derivante dall'attività degli organi giurisprudenziali.



Wolters Kluwer



Acquista su www.shop.wki.it



Contatta un agente di zona
www.shop.wki.it/agenzie



Rivolgiti alle migliori librerie professionali



Contattaci 02.82476.794
info.commerciali@wki.it

Prezzo copertina: 130 euro

Codice prodotto: 147516