

Un anno di sentenze
2023

Diritto Amministrativo

a cura di

Rossella Bartiromo, Davide Gambetta, Aniello Iervolino



Giappichelli

Un anno di sentenze
2023

Diritto Amministrativo



Un anno di sentenze
2023

Diritto Amministrativo

a cura di

Rossella Bartiromo, Davide Gambetta, Aniello Iervolino



Giappichelli

© Copyright 2024 – G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-6102-1

Coordinamento scientifico del progetto editoriale a cura di
Fabio Coppola, Ricercatore e Docente di Diritto penale e intelligenza artificiale – Università degli Studi di Salerno.

Publicato nel mese di dicembre 2024.

Indice

Prefazione	XII
------------	-----

ADUNANZA PLENARIA

I requisiti delle mandatarie per l'incremento del quinto nei RTI misti Argomento: Contratti pubblici (Cons. di Stato, Ad. Plen., 13 gennaio 2023, n. 2) – Stralcio a cura di <i>Aniello Iervolino</i>	2
Vincoli culturali di destinazione d'uso: possibili con adeguata motivazione per beni materiali e testimonianze immateriali Argomento: Beni culturali (Cons. di Stato, Ad. Plen., 13 febbraio 2023, n. 5) – Stralcio a cura di <i>Davide Gambetta</i>	7
Nota a sentenza di Alessandra Coppola	11
La pendenza del controllo giudiziario non è causa di sospensione del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva Argomento: Interdittiva antimafia (Cons. di Stato, Ad. Plen., 13 febbraio 2023, n. 7) – Stralcio a cura di <i>Rossella Bartiromo</i>	14
Nota a sentenza di Maria Strino	16
La pendenza del controllo giudiziario non può costituire causa di sospensione del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva Argomento: Interdittiva antimafia (Cons. di Stato, Ad. Plen., 13 febbraio 2023, n. 8) – Stralcio a cura di <i>Aniello Iervolino</i>	20
Appello avverso sentenza del TAR Sicilia proposto innanzi al Consiglio di Stato: la causa non può essere decisa e va rimessa al CGARS Argomento: Processo amministrativo (Cons. di Stato, Ad. Plen., 14 marzo 2023, n. 10) – Stralcio a cura di <i>Davide Gambetta</i>	23
Remissione alla Plenaria <i>ex art. 99 c.p.a.</i> : è necessario che vi sia contrasto interpretativo o questione di massima Argomento: Processo amministrativo (Cons. di Stato, Ad. Plen., 22 marzo 2023, n. 11) – Stralcio a cura di <i>Davide Gambetta</i>	25
Nota a sentenza di Alessandra Coppola	27
L'inidoneità attitudinale sopravvenuta del dipendente della Polizia di Stato è causa di cessazione del rapporto di lavoro senza transito ad altri ruoli Argomento: Pubblico impiego (Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 marzo 2023, n. 12) – Stralcio a cura di <i>Davide Gambetta</i>	28
Nota a sentenza di Ginevra Gelsomini	31

L'Adunanza Plenaria può svolgere la sua funzione nomofilattica solamente se l'ordinanza di rimessione effettua una esaustiva ricostruzione della fattispecie controversa e solleva una questione rilevante rispetto alla res controversa	
Argomento: Processo amministrativo	
(Cons. di Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2023, n. 14) – Stralcio a cura di <i>Rossella Bartiromo</i>	34
Nota a sentenza di Serena Cosentino	35

La natura dell'ordinanza di demolizione, gli effetti – in termini procedurali e di responsabilità – della sua mancata osservanza ed il grado di retroattività della sanzione pecuniaria per inottemperanza	
Argomento: Edilizia e urbanistica	
(Cons. di Stato, Ad. Plen., 11 ottobre 2023, n. 16) – Stralcio a cura di <i>Aniello Iervolino</i>	38

CONSIGLIO DI STATO

Le cause di esclusione disciplinate dal codice dei contratti pubblici sono applicabili alle procedure di affidamento dei contratti attivi	
Argomento: Contratti pubblici	
(Cons. di Stato, sez. VII, 17 gennaio 2023, n. 579) – Stralcio a cura di <i>Rossella Bartiromo</i>	45
Nota a sentenza di Martina Marchitelli	47

L'obbligo dell'ente di notificare il verbale di accertamento di inottemperanza	
Argomento: Edilizia e urbanistica	
(Cons. di Stato, sez. II, 23 gennaio 2023, n. 714) – Stralcio a cura di <i>Aniello Iervolino</i>	49

Accesso civico e accesso documentale: la posizione di ITA	
Argomento: Accesso agli atti	
(Cons. di Stato, sez. VII, 25 gennaio 2023, n. 860) – Stralcio a cura di <i>Rossella Bartiromo</i>	54
Nota a sentenza di Ambrogio Ietto	56

Opere strategiche: la correlazione tra progetto preliminare e quello definitivo approvato dopo un lungo lasso di tempo	
Argomento: Contratti pubblici	
(Cons. di Stato, sez. IV, 14 febbraio 2023, n. 1555) – Stralcio a cura di <i>Aniello Iervolino</i>	61

Interdittiva antimafia: non può riguardare liberi professionisti non organizzati in forma d'impresa	
Argomento: Interdittiva antimafia	
(Cons. di Stato, sez. III, 2 marzo 2023, n. 2212) – Stralcio a cura di <i>Davide Gambetta</i>	65

Se si sceglie di partecipare alla gara per il rinnovo di una concessione, non si può chiedere l'accertamento della proroga legale della stessa	
Argomento: Concessioni	
(Cons. di Stato, sez. VI, 14 marzo 2023, n. 2644) – Stralcio a cura di <i>Rossella Bartiromo</i>	67
Nota a sentenza di Mariarita Cupersito	68

Non può essere negata la partecipazione ad una procedura di affidamento ad un operatore economico che è abilitato dal diritto nazionale a svolgere il servizio messo a gara senza vincoli di forma giuridica	
Argomento: Contratti pubblici	
(Cons. di Stato, sez. V, 15 marzo 2023, n. 2734) – Stralcio a cura di <i>Rossella Bartiromo</i>	70
Nota a sentenza di Danilo Marchese	71

Principi in materia di autorizzazione paesaggistica in caso di bilanciamento complesso tra interessi contrapposti Argomento: Paesaggio (Cons. di Stato, sez. IV, 21 marzo 2023, n. 2836) – Stralcio a cura di <i>Davide Gambetta</i>	74
Nota a sentenza di Chiara Mattei	75
La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste Argomento: Processo amministrativo (Cons. di Stato, sez. IV, 11 aprile 2023, n. 3639) – Stralcio a cura di <i>Aniello Iervolino</i>	78
Nota a sentenza di Pierandrea Fulgenzi	79
Il “punto di equilibrio” tra trasparenza ed esigenze di riservatezza nelle procedure a evidenza pubblica: l’istanza di accesso deve essere congruamente motivata Argomento: Accesso agli atti (Cons. di Stato, sez. IV, 8 maggio 2023, n. 4599) – Stralcio a cura di <i>Davide Gambetta</i>	82
Per i provvedimenti in materia di beni culturali è sufficiente una motivazione plausibile e non illogica, essendo irrilevante la opinabilità nel merito delle valutazioni compiute Argomento: Beni culturali (Cons. di Stato, sez. VI, 9 maggio 2023, n. 4686) – Stralcio a cura di <i>Davide Gambetta</i>	87
Nota a sentenza di Luca Del Prete	88
Il diritto al buono pasto sussiste anche quando raggiungere la mensa richiederebbe un sacrificio sproporzionato Argomento: Pubblico impiego (Cons. di Stato, sez. II, 19 maggio 2023, n. 5007) – Stralcio a cura di <i>Rossella Bartiromo</i>	92
Nota a sentenza di Ilaria Renzo	93
Il meccanismo del silenzio assenso nell’inottemperanza al giudicato Argomento: Processo amministrativo (Cons. di Stato, sez. II, 22 maggio 2023, n. 5072) – Stralcio a cura di <i>Aniello Iervolino</i>	95
Nota a sentenza di Alessandra Mozzi	97
L’Università può bandire un nuovo concorso da ricercatore invece di scorrere una graduatoria vigente quando la nuova procedura sia finanziata con fondi diversi e preveda specifici obiettivi didattici e di ricerca Argomento: Pubblico impiego (Cons. di Stato, sez. VII, 13 giugno 2023, n. 5805) – Stralcio a cura di <i>Davide Gambetta</i>	100
È illegittimo il giudizio di non idoneità alle prove scritte del concorso in magistratura quando, da un confronto con altri elaborati di candidati idonei, risulti essere stato determinato dalla mancata trattazione di argomenti non specificamente richiesti dalla traccia Argomento: Concorsi pubblici (Cons. di Stato, sez. VII, 23 giugno 2023, n. 6216) – Stralcio a cura di <i>Davide Gambetta</i>	103
I rapporti tra un’azienda leader nel settore energetico e un’istituzione accademica rientrano nella nozione di informazione ambientale accessibile, di cui all’art. 2, comma 1, del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195 Argomento: Accesso agli atti (Cons. di Stato, sez. VII, 6 luglio 2023, n. 6611) – Stralcio a cura di <i>Davide Gambetta</i>	106

L'onerosità del contratto di avvalimento Argomento: Contratti pubblici (Cons. di Stato, sez. V, 12 luglio 2023, n. 6826) – Stralcio a cura di <i>Aniello Iervolino</i>	108
Nota a sentenza di Alisia Mercurio	110
L'amministrazione può bandire un nuovo concorso invece di scorrere una graduatoria vigente quando i profili professionali siano diversi o quando la graduatoria vigente sia riferita a un concorso interno Argomento: Concorsi pubblici (Cons. di Stato, sez. IV, 17 luglio 2023, n. 6953) – Stralcio a cura di <i>Davide Gambetta</i>	113
Soccorso istruttorio: non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica) Argomento: Contratti pubblici (Cons. di Stato, sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870) – Stralcio a cura di <i>Rossella Bartiromo</i>	116
Nota a sentenza di Alisia Mercurio	118
È legittima la richiesta di cambiare il cognome da quello paterno a quello materno quando è motivata dalla volontà di recidere il legame con un padre assente ed anaffettivo Argomento: Provvedimento amministrativo (Cons. di Stato, sez. III, 19 settembre 2023, n. 8422) – Stralcio a cura di <i>Davide Gambetta</i>	121
Nota a sentenza di Alfonso Renzi	124
La volontà dell'appaltatore di avvalersi del subappalto c.d. necessario deve essere espressamente indicata in sede di partecipazione Argomento: Contratti pubblici (Cons. di Stato, sez. V, 9 ottobre 2023, n. 8761) – Stralcio a cura di <i>Aniello Iervolino</i>	126
Nota a sentenza di Luca Del Prete	128
Ammissibilità del ricorso in modo generalizzato al cumulo alla rinfusa ai fini dell'affidamento di servizi e forniture Argomento: Contratti pubblici (Cons. di Stato, sez. III, 9 ottobre 2023, n. 8767) – Stralcio a cura di <i>Rossella Bartiromo</i>	132
Società mista: il socio privato deve essere operativo e non un mero socio di capitale Argomento: Contratti pubblici (Cons. di Stato, sez. V, 17 ottobre 2023, n. 9034) – Stralcio a cura di <i>Rossella Bartiromo</i>	136
In un'area vincolata già in parte compromessa la Soprintendenza non può esprimere parere negativo all'installazione di una stazione radio base adducendo l'impatto cumulativo rispetto a una analoga struttura preesistente, dovendo invece spiegare le specifiche ragioni concrete che rendano la nuova opera non assentibile Argomento: Paesaggio (Cons. di Stato, sez. VI, 25 ottobre 2023, n. 9217) – Stralcio a cura di <i>Davide Gambetta</i>	138
I requisiti di esecuzione possono essere considerati nella <i>lex specialis</i> o come elementi essenziali dell'offerta o come elementi idonei all'attribuzione di un punteggio premiale: dunque, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente, l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio Argomento: Contratti pubblici (Cons. di Stato, sez. III, 26 ottobre 2023, n. 9255) – Stralcio a cura di <i>Rossella Bartiromo</i>	140
Nota a sentenza di Martina Scaffidi	141

La valutazione della conformità ai CAM in sede di gara – effettuata dalla Commissione al fine verificare che l’offerta sia rispettosa della *lex specialis* e dei criteri ambientali – va distinta dal controllo successivo da effettuarsi in sede esecutiva, atteso che in tale ultima fase il rapporto tra stazione appaltante e impresa offerente si attegga con una modalità prettamente privatistica e l’offerta assume a tutti gli effetti i caratteri tipici di una proposta di contratto irrevocabile

Argomento: Contratti pubblici
 (Cons. di Stato, sez. III, 2 novembre 2023, n. 9398) – Stralcio a cura di *Rossella Bartiromo* 143
Nota a sentenza di Roberto Germani 147

Ove l’amministrazione dichiara di non detenere un documento non è possibile l’esercizio dell’accesso agli atti per inesistenza del suo oggetto, gravando semmai sull’istante l’onere di provare – anche con presunzioni, ma mai mere supposizioni – l’esistenza dei documenti richiesti

Argomento: Accesso agli atti
 (Cons. di Stato, sez. V, 8 novembre 2023, n. 9622) – Stralcio a cura di *Davide Gambetta* 150

L’accesso civico generalizzato, elevato oggi a diritto democratico fondamentale, pur non richiedendo la dimostrazione di un interesse diretto, concreto e attuale, incontra un limite nelle cause ostative di cui all’articolo 5-bis, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

Argomento: Accesso agli atti
 (Cons. di Stato, sez. IV, 16 novembre 2023, n. 9849) – Stralcio a cura di *Davide Gambetta* 152
Nota a sentenza di Ginevra Gelsomini 155

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

In caso di *traslatio iudicii* conseguente a declaratoria di difetto di giurisdizione, i giudicati impliciti formati innanzi al giudice ordinario che ha declinato la giurisdizione non vincolano il giudice amministrativo innanzi al quale la domanda sia poi riproposta

Argomento: Processo amministrativo
 (C.G.A.R.S., sez. giurisdizionale, 27 luglio 2023, n. 468) – Stralcio a cura di *Davide Gambetta* 160

È illegittima l’ordinanza regionale che durante la pandemia da COVID-19 vietava ai minori di svolgere attività motorie e sportive all’aperto e, pertanto, spetta il risarcimento dei danni morali patiti per la relativa permanenza domiciliare forzata

Argomento: Provvedimento amministrativo
 (C.G.A.R.S., sez. giurisdizionale, 24 ottobre 2023, n. 713) – Stralcio a cura di *Davide Gambetta* 163
Nota a sentenza di Ilaria Renzo 166

CORTE COSTITUZIONALE

L’illegittimità costituzionale dell’art. 4, co. 3, T.U. Immigrazione, nella parte in cui prescrive l’automatica preclusione del rinnovo del permesso di soggiorno a seguito di condanna, anche non definitiva, per il reato di spaccio lieve e di condanna definitiva per il reato di commercio di prodotti con segni contraffatti

Argomento: Immigrazione
 (Corte Cost., 8 maggio 2023, n. 88) – Stralcio a cura di *Aniello Iervolino* 170
Nota a sentenza di Matteo Milanese 174

Prefazione

Il giudice è soggetto soltanto alla legge. Ce lo rammenta il secondo comma dell'art. 101 della Costituzione, come monito irrinunciabile rivolto, prima di tutto, agli operatori del diritto.

Tuttavia, non possiamo sottovalutare il peso che negli anni il “precedente giurisprudenziale” ha assunto nel sistema giudiziario italiano.

Il nostro ordinamento, infatti, pur ispirandosi ai più consolidati principi di *civil law*, per i quali la sentenza non può mai assurgere a fonte normativa, vive una fase particolarmente convulsa, in cui il diritto legislativo sembra essere vittima di una “scalata ostile” da parte del diritto giurisprudenziale.

In questo quadro, si assiste ad un ruolo sempre più incisivo delle corti, chiamate ad assumere decisioni di vasta portata, che di fatto reinterpretano (o meglio riscrivono) ambiti molto ampi del diritto. Ciò con evidenti conseguenze sul funzionamento interno alla macchina giudiziaria, ma anche esterne ad essa, andando ad incidere sullo stesso equilibrio tra i poteri che i Padri Costituenti avevano sapientemente disegnato.

Le ragioni di questo cambiamento si rinvengono in molteplici fattori, ma qui ci limiteremo a evidenziarne due in particolare.

In primo luogo, si assiste a una chiara difficoltà del Legislatore nazionale (e talvolta europeo) di rispondere in modo efficace e completo alle esigenze e alle istanze che si evolvono rapidamente nella società moderna, la quale si presenta più composita e complessa che in passato.

In secondo luogo (e conseguentemente), la giurisdizione si trova sempre più di frequente a confrontarsi con un *asset* legislativo frastagliato dalle numerose riforme che ciclicamente ridisegnano intere aree giuridiche, creando disallineamenti e, non di rado, veri e propri vuoti normativi. Partendo da queste premesse, il potere giudiziario, nel tentativo di fornire risposte immediate e reattive agli impulsi della società, cerca nuovi approdi normativi al suo interno mediante una vera e propria supplenza legislativa, il ricorso ad interpretazioni creative e dotando le proprie decisioni di una sempre maggiore forza vincolante, che va ben oltre i confini del caso concreto che le stesse sarebbero chiamate a regolare.

In tale scenario in continuo divenire, recentemente si è fatto strada in modo prepotente il dibattito sul ricorso all'intelligenza artificiale nella ricerca, nell'applicazione e nell'interpretazione del diritto, mescolando nuovamente le carte nel già delicato rapporto tra legislazione e giurisdizione.

Di fronte a queste sfide dall'esito incerto, arricchite dalla presenza ingombrante dell'IA, la Raccolta 2023 di “*Un anno di sentenze*” si presenta, ancora più che in passato, come un valido strumento di consultazione e di approfondimento, in grado di fare da bussola tra gli orientamenti che “hanno fatto giurisprudenza” nell'ultimo anno.

L'opera, che si compone di quattro volumi nelle rispettive aree giuridiche di competenza (civile, penale, amministrativo, 231 e *compliance*) propone come di consueto un'accorta e ragionata selezione di sentenze di grado superiore, delle quali viene “consegnato” al lettore il ragionamento giuridico che sottende al principio di diritto espresso dalla singola pronuncia giurisprudenziale.

Sin dalla sua prima edizione del 2018, infatti, la *Raccolta* ambisce ad offrire all'operatore un testo più ampio, anche concettualmente, della massima di giurisprudenza, ma significati-

vamente più breve del provvedimento nella sua estensione originale, consentendo una più rapida lettura senza rinunciare all'esame accurato della motivazione alla base della decisione. A tale contributo si affianca, per alcune delle pronunce più significative, una nota a commento.

In un momento storico in cui, come si è detto, si fa strada un uso crescente di “sistemi intelligenti” anche nello studio del *c.d.* diritto vivente, mediante una ricerca affannosa della sintesi artificiale del pensiero giuridico, ci appare ancor più utile fornire una lettura diversa dei provvedimenti giurisdizionali, che fa dell'estratto giurisprudenziale un momento di esaltazione della motivazione e non una rinuncia all'esame approfondito di essa.

Questo lavoro è stato possibile grazie al contributo essenziale di giuristi in carne e ossa: gli Autori, che hanno risposto numerosi alla *call for papers* indetta, anche per questa edizione 2023, da Scuola Giuridica Salernitana, i Curatori che hanno coordinato i singoli volumi e, in modo particolare, l'ideatore e Curatore dell'intero progetto editoriale, il Prof. Fabio Coppola. A ciascuno va il mio personale e profondo ringraziamento per il pregevole lavoro svolto.

Allo stesso modo ringrazio Giappichelli, lo storico Editore di *Un anno di sentenze*, che ha voluto e saputo trovare un ruolo di primo piano per la nostra *Raccolta* con la pagina *web* dedicata www.unannodisentenze.it, che si arricchisce di anno in anno di nuovi contenuti e che vi invitiamo a visitare per consultarne gli aggiornamenti periodici.

Questa Raccolta è e resta la punta di diamante dell'attività scientifica e divulgativa della Scuola Giuridica Salernitana che ho l'onore di presiedere, per la sua capacità di costituire un punto fermo nel tempo, ma sempre nuovo e innovativo, nel panorama dell'editoria giuridica dedicata alla giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

ANTONIO PICARELLA

Avvocato Cassazionista

Presidente della Scuola Giuridica Salernitana

ADUNANZA PLENARIA

I requisiti delle mandatarie per l'incremento del quinto nei RTI misti

Argomento: Contratti pubblici

(Cons. di Stato, Ad. Plen., 13 gennaio 2023, n. 2)

Stralcio a cura di *Aniello Iervolino*

“6. L’Adunanza plenaria ritiene che al quesito posto dalla Sezione rimettente con riferimento all’interpretazione dell’art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, debba risponderci che, in caso di raggruppamento c.d. misto, tale importo a base di gara debba riferirsi ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili della gara.

6.1. L’art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 prevede che *«la qualificazione in una categoria abilita l’impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziate, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell’importo dei lavori a base di gara; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all’articolo 92, comma 2»*.

6.2. Si tratta dell’istituto del c.d. incremento del quinto [...].

6.3. L’art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 tuttora vigente, nel cristallizzare un lungo percorso normativo e giurisprudenziale, ha inteso codificare nella stessa disposizione le due distinte regole, relative, la prima, all’impresa singola e, la seconda, al raggruppamento di imprese.

6.4. La funzione della prima regola – secondo cui la qualificazione in una categoria abilita l’impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto – è quella di evitare che l’apertura al mercato degli appalti comunitari alle piccole e medie imprese possa attuarsi con pregiudizio delle condizioni basilari di affidabilità tecnica e finanziaria di ciascuna struttura aziendale e si traduce nell’apposizione di un limite alle capacità e dimensioni della singola impresa.

6.5. La funzione della seconda regola – secondo cui, in caso di imprese raggruppate o consorziate, il beneficio dell’aumento del quinto si applica a condizione che l’impresa si qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell’importo dei lavori a base di gara – è, invece, quella di garantire l’amministrazione che la pur necessaria suddivisione dei compiti, congeniale allo strumento del raggruppamento di imprese, non comprometta l’efficienza ed adeguatezza della più vasta aggregazione imprenditoriale aggiudicataria dell’appalto, la quale deve offrire, nel sistema di qualifica affidato all’iscrizione all’albo costruttori, una classifica totale almeno pari a quella dell’importo dei lavori affidati» (Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2000, n. 801, cit.).

7. Orbene, quanto alla seconda regola di cui al § 6.5., l’art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, come è reso evidente anche dal riferimento finale della disposizione all’art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 per il requisito minimo della mandataria, prende in con-

siderazione la prima e preminente ipotesi del c.d. raggruppamento orizzontale, costituito da imprese riunite per realizzare un appalto unitario, caratterizzato da un'unica lavorazione (e, quindi, da un'unica categoria richiesta: cfr. art. 48, comma 1, seconda parte, del d. lgs. n. 50 del 2016), essendo esse portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto. [...]

Nell'ipotesi di raggruppamento verticale c.d. puro, ciascuna mandante, come prevede l'art. 92, comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010, è chiamata ad eseguire i lavori della categoria scorporata e deve avere la classifica «*nella misura indicata per l'impresa singola*» e potrà giovare dell'incremento premiale del quinto, in base alla prima regola di cui si è detto (v., *supra*, § 6.4), nella misura indicata dalla prima parte dell'art. 61, comma 2, e cioè «*nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto*».

11. L'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 non si è riferito espressamente, invece, ai raggruppamenti cc.dd. “*misti*”, prevista in ordine di tempo, come ricorda la sezione rimettente, solo dall'art. 7, comma 1, lett. f), della l. n. 166 del 2002, che consiste in una forma di associazione verticale al cui interno sono presenti – in ragione della eterogeneità dei lavori oggetto dell'affidamento, in cui vengono in rilievo una pluralità di diverse categorie di lavorazioni oltre alla prevalente – sub-raggruppamenti orizzontali (art. 48, comma 6, *ad finem* del d. lgs. n. 50 del 2016).

11.1. Questa ipotesi, ad una prima lettura, sembra essere estranea alla diretta applicazione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 non solo perché la disposizione fa riferimento ad imprese che eseguono lo stesso tipo di lavorazione e, dunque, ad un raggruppamento tipicamente e interamente orizzontale (c.d. totalitario), ma perché lo stesso meccanismo del beneficio del c.d. incremento del quinto, evidentemente, presuppone, nel fare riferimento ad una impresa raggruppata e consorziata che «*sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara*» (c.d. condizione del quinto), che i lavori a base di gara siano gli stessi per tutte le imprese che possono, o vorrebbero, giovare del beneficio, non essendo possibile giovare di questo incremento premiale, evidentemente, per le imprese che non appartengano alla medesima categoria di lavori, proprio per il modo con il quale è congegnato, dallo stesso art. 61, commi 3 e 4, e dall'Allegato A al d.P.R. n. 207 del 2010, il meccanismo delle qualifiche e delle classifiche per le opere generali e specializzate.

11.2. Ne discende che entrambi gli orientamenti interpretativi richiamati dall'ordinanza di rimessione – e, cioè, quello “restrittivo” esemplificativamente rappresentato da Cons. St., sez. III, 13 aprile 2021, n. 3040 e, dall'altro lato, quello “ampliativo” o correttivo sempre esemplificativamente rappresentato da C.G.A.R.S., sez. giurisd., 11 aprile 2022, n. 450 – non possono essere condivisi nella misura in cui, seppure con esiti interpretativi del tutto divergenti, muovono entrambi dal presupposto – non previsto da alcuna disposizione di legge – secondo cui, al cospetto di un raggruppamento misto, bisognerebbe aver riguardo alla base d'asta comprensiva di tutti i lavori, anche appartenenti a categorie eterogenee, al fine di determinare se l'impresa appartenente al sub-raggruppamento orizzontale possa ritenersi qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei “*lavori a base d'asta*” e porre al denominatore il complesso di tutti i lavori posti a base d'asta.

11.3. Che questi lavori non possano essere intesi, nella loro totalità, come comprensivi di lavorazioni del tutto eterogenee, per i raggruppamenti misti, è infatti reso evidente non solo dal fatto che l'art. 61, comma 2, ha inteso disciplinare la sola o, comunque, prevalente ipotesi del c.d. raggruppamento orizzontale (con esclusione di ogni forma di raggruppamento verticale c.d. puro, con suddivisione di singoli lavori per singole imprese in base alle diverse categorie, ipotesi, questa, regolata – come detto – dall'art. 92, comma 3), ma anche dal fatto che il beneficio del c.d. aumento del quinto, evidentemente, si riferisce sempre e comunque ad imprese che siano in grado di svolgere un quinto dei lavori a base d'asta per cui siano già abilita-

te e, dunque, per quella sola tipologia di lavori rientranti nella categoria di lavori per la quale abbiano già l'attestazione SOA.

11.4. Questo punto, come ricorda anche l'ordinanza di rimessione, è stato chiarito dall'Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC – nella delibera n. 45 del 22 gennaio 2020, su istanza singola di parere precontenzioso ai sensi dell'art. 211, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, laddove l'Autorità ha precisato che la condizione posta dall'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 per accedere al beneficio dell'incremento del quinto dei lavori a base di gara è da intendersi «*nel senso che la categoria nella quale è necessario avere una classifica parti almeno a un quinto dei lavori è la stessa categoria per la quale si invoca l'estensione della portata abilitante dell'attestazione SOA*».

11.5. Si tratta, dunque, di capire se e in che termini la disciplina dettata dall'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 possa trovare applicazione anche al raggruppamento misto per via del rilievo che, nei singoli sub-raggruppamenti, a livello “orizzontale” si viene a creare, con riferimento alla specifica categoria di lavorazione, prevalente o scorporata, la medesima situazione di fatto, e di diritto, che in via generale contraddistingue il raggruppamento orizzontale.

12. L'art. 48, comma 6, *ad finem* del d. lgs. n. 50 del 2016 prevede, infatti, che i lavori riconducibili alla categoria prevalente o alle categorie scorporate «*possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale*».

12.1. Sul piano testuale, all'applicazione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 267 del 2010 anche al sub-raggruppamento orizzontale, in ipotesi di c.d. raggruppamento misto, non osta invero il tenore letterale dello stesso art. 61, comma 2, quando fa riferimento all'«*importo dei lavori a base di gara*» perché la disposizione – dettata per l'ordinaria ipotesi di raggruppamento orizzontale c.d. totalitario, ove base d'asta e complesso di lavori omogenei alla stessa categoria coincidono – nella sua generica formulazione lascia invero un sufficiente margine interpretativo per ritenere, come suggerisce l'ordinanza di rimessione secondo un criterio di logicità e ragionevolezza, che questo importo vada commisurato alla tipologia di lavori che lo specifico sub-raggruppamento orizzontale deve realizzare.

12.2. Se è vero che la disposizione si riferisce all'ipotesi di raggruppamento orizzontale e non a quello di raggruppamento verticale (e, dunque, anche al raggruppamento c.d. misto, quale *species* del *genus* raggruppamento verticale), occorre tuttavia considerare che, nell'ambito del raggruppamento misto, per la categoria prevalente o scorporata, i cui lavori sono stati assunti da plurime imprese, si viene a creare, con riferimento al singolo sub-raggruppamento orizzontale, una ripartizione di compiti e competenze, non dissimile da quella del raggruppamento orizzontale c.d. totalitario, e questa situazione è del tutto assimilabile a quella del raggruppamento orizzontale, laddove la *lex specialis* consenta il ricorso al raggruppamento verticale con sub-raggruppamenti per singole lavorazioni scorporabili specificamente indicate.

12.3. Sul piano teleologico e sistematico, poi, è evidente che negare l'interpretazione – quantomeno estensiva, se non, addirittura, il ricorso all'applicazione analogica – dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 anche al sub-raggruppamento, con ovvio riferimento e con specifica limitazione – per le ragioni dette – alla singola categoria di lavorazione prevalente o scorporata, significherebbe frapporre un ostacolo ingiustificato all'esistenza stessa del c.d. raggruppamento misto, pur ammesso dal legislatore (art. 48, comma 6, del codice dei contratti pubblici), e quindi disincentivare o addirittura impedire le aggregazioni imprenditoriali che possono concorrere alle gare anche nella forma del c.d. raggruppamento misto, benché espressamente riconosciute dalla legge e dalla stessa stazione appaltante nella *lex specialis*.

12.4. Ciò verrebbe a creare una ingiustificata disparità di trattamento del sub-raggruppamento orizzontale rispetto alla disciplina stessa del raggruppamento orizzontale totalitario, nel quale – in via generale – il beneficio dell'incremento del quinto è ammesso proprio per con-

sentire, entro certi limiti (la c.d. condizione del quinto), una più vasta partecipazione alle gare.

12.5. Non giova invero opporre che, a differenza del raggruppamento orizzontale c.c. totalitario, nel sub-raggruppamento orizzontale viene a crearsi una sub-associazione di imprese che svolgono una specifica categoria di lavori, spesso di gran lunga inferiori alla base d'asta, con conseguente frammentazione delle competenze e minor garanzia di affidabilità, rispetto a quanto richiesto dalla stazione appaltante. [...]

14. D'altro canto sul piano sistematico, come pure rammenta l'ordinanza di rimessione, rileva anche la prassi applicativa dell'art. 92, comma 2, dello d.P.R. n. 207 del 2010 in tema di requisiti minimi per la composizione dei raggruppamenti orizzontali.

14.1. Benché la disposizione – che, come si è detto, viene espressamente richiamata dall'art. 61, comma 2 – faccia riferimento, nello scolpire la misura minima dei requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi che l'impresa mandataria deve assumere nell'ambito di un raggruppamento di tipo orizzontale, ai “*requisiti richiesti nel bando di gara*” (esattamente come per l'art. 61 del d.P.R. n. 207 del 2010), essa è coerentemente interpretata, per consolidato intendimento, nel senso che «*la verifica della situazione 'maggioritaria', in caso di raggruppamento misto, [debba] avvenire avendo riferimento alle singole categorie scorporabili (della specifica gara), e non all'intero raggruppamento*» (Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2020, n. 7751; Cons. St., sez. VI, 15 ottobre 2018, n. 5919 e, nel vigore del d. lgs. n. 163 del 2006 ora abrogato, già C.G.A.R.S., Sez. I, 11 aprile 2008, n. 306).

14.2. Come nel caso esaminato dalla pronuncia della sezione V, appena citata, l'interpretazione qui preferita è quella maggiormente rispondente ai principi europei, che prevedono ampia partecipazione alle procedure di gara dei raggruppamenti temporanei ed al principio europeo di massima libertà di autoorganizzazione delle imprese (cfr. l'art. 19, par. 2, della direttiva 2014/24/UE e il considerando n. 15, su cui, di recente, Cons. St., sez. V, 4 maggio 2020, n. 2785).

14.3. Nella medesima prospettiva sistematica, come rilevato dalla sezione rimettente, l'art. 48, comma 5, del d. lgs. n. 50 del 2016 è chiaro nel limitare la responsabilità per le imprese mandanti alle sole prestazioni effettivamente assunte, sicché, in sostanza, il parametro per la perimetrazione degli obblighi delle mandanti, sia nei confronti della stazione appaltante che nei confronti dei terzi, è costituito dalla singola tipologia di prestazione assunta, ricada nella “*categoria prevalente*” o in una diversa “*categoria scorporata*”.

14.4. Sulle esposte premesse, si giustifica allora, nella prospettiva, auspicata dall'ordinanza di rimessione, di una lettura orientata alla necessaria coerenza sistematica del regime di qualificazione dei concorrenti plurisoggettivi, una interpretazione orientata (od adeguatrice) dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, nel senso che, nei raggruppamenti di tipo misto, i componenti di ciascuno dei sub-raggruppamenti di tipo orizzontale siano abilitati a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori «*nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto*», purché siano qualificati per una classifica pari ad almeno un quinto «*dell'importo della categoria di lavori cui lo stesso componente partecipa*».

14.5. In tal senso si è, come già accennato, da tempo espressa anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione, la quale ha ritenuto (nel previgente, ma identico contesto normativo) che «*la disposizione di cui all'art. 3, comma 2, del d.P.R. 34/2000 che permette alle imprese raggruppate o consorziate di considerare la propria classifica incrementata di un quinto, qualora qualificate per almeno un quinto dell'importo a base di gara*» dovesse, in quanto applicata «*anche alle ATI verticali o miste*», essere interpretata nel senso (ritenuto addirittura “*evidente*”) che «*la suddetta condizione va[da] riferita ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili*» (cfr. la deliberazione n. 377 del 5 novembre 2001, nonché, più di recente, la già richiamata deliberazione n. 45 del 22 gennaio 2020).

15. Questo Consiglio di Stato ha condiviso tale interpretazione di ordine sistematico, allor-

ché ha statuito, ad esempio, che – in difetto di una disposizione speciale derogatoria e in assenza di qualsivoglia distinzione operata dall’art. 48, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016 tra raggruppamenti orizzontali relativi alla categoria prevalente e raggruppamenti orizzontali relativi alle categorie scorporabili – nei raggruppamenti misti ogni sub-raggruppamento debba essere esaminato autonomamente, con la conseguenza che la verifica del possesso della qualificazione della mandataria nella misura minima del 40% (stabilita dall’art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 per i raggruppamenti orizzontali negli appalti di lavori), con riferimento alla singola categoria scorporabile della cui realizzazione la stessa è partecipe unitamente a una o più mandanti, deve essere effettuata in capo all’impresa capogruppo del sub-raggruppamento (Cons. St., sez. VI, 15 ottobre 2018, n. 5919).

16. E del resto, a tutela dell’interesse pubblico sotteso all’apertura della gara a r.t.i. di tipo verticale o misto, la partecipazione alle gare pubbliche mediante raggruppamento temporaneo di tipo verticale – peraltro nella ulteriore e più articolata forma del c.d. raggruppamento c.d. misto – non può ritenersi libera e rimessa all’esclusiva volontà dei concorrenti, poiché, per la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, in tanto il raggruppamento di tipo verticale è ammesso alla gara in quanto ciò sia previsto dalla *lex specialis*, attraverso la distinzione fra prestazioni prevalenti o principali e prestazioni scorporabili o secondarie, ai sensi dell’art. 48, comma 1 e 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 [...].

17. Conclusivamente, alla luce di quanto sin qui si è chiarito, si deve rispondere al quesito formulato dalla V sezione affermando il seguente principio di diritto:

«la disposizione dell’art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, laddove prevede, per il raggruppamento c.d. orizzontale, che l’incremento premiale del quinto si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell’importo dei lavori a base di gara, si applica anche, per il raggruppamento c.d. misto, alle imprese del singolo sub-raggruppamento orizzontale per l’importo dei lavori della categoria prevalente o della categoria scorporata a base di gara»”.

Vincoli culturali di destinazione d'uso: possibili con adeguata motivazione per beni materiali e testimonianze immateriali

Argomento: Beni culturali

(Cons. di Stato, Ad. Plen., 13 febbraio 2023, n. 5)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“2.1. La società appellante è titolare del ristorante [...] in uno dei locali posti al piano terra del complesso immobiliare denominato [...].

Tale edificio – in origine di proprietà di un ente pubblico – è stato dichiarato di interesse storico artistico, ai sensi dell’art. 10, comma 1, D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (*Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell’articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137*), con D.M. del 22 agosto 2006 [...]

3.1. [...] il decreto ministeriale [...] oltre a dichiarare l’interesse particolarmente importante dell’immobile (ristorante) con le opere e gli elementi di arredo ivi conservati, ha pure richiamato, quale parte integrante della dichiarazione di interesse culturale, la relazione storico-critica predisposta durante l’istruttoria, che riveste particolare importanza sulla perimetrazione della portata, oggettiva e soggettiva, del vincolo di tutela. [...]

DIRITTO [...] 1.2. È qui dunque controversa la legittimità di un decreto, con cui il Ministero della Cultura, pur dichiarando ai sensi dell’art. 10, comma 3, lett. d), l’interesse particolarmente importante di cose materiali, individuate tanto in un’unità immobiliare all’interno di un edificio (già dichiarato di interesse culturale) quanto nelle opere e negli elementi di arredo conservati al suo interno:

- ha tutelato l’immobile quale “ristorante”, valorizzando, dunque, l’attività commerciale in esso esercitata;

- ha evidenziato un interesse culturale per “riferimento” a specifici fatti ed eventi riguardanti la storia, artistica e culturale, della comunità nazionale e locale di cui la cosa tutelata ha costituito la sede o reca testimonianza;

- ha applicato anche i principi enunciati dall’art. 7 *bis* del D. Lgs. n. 42/04 in materia di ‘espressione di identità culturale collettiva’, a sua volta recante un rinvio alle Convenzioni Unesco in materia di ‘patrimonio culturale immateriale’;

- ha integralmente recepito le prescrizioni recate nella richiamata relazione storico critica, ivi compresa l’esigenza di garantire la conservazione, oltre che degli aspetti architettonici e decorativi, anche della ‘continuità d’uso’ esplicitata negli aspetti legati alla tradizione culturale di convivialità del locale. [...]

II. L’ammissibilità di un vincolo culturale di destinazione d’uso: gli orientamenti della giurisprudenza e il contrasto esegetico. [...]

2.4. In sintesi, tre sono le soluzioni prospettabili rispetto alla prima questione di diritto deferita dalla Sezione:

- quella che nega l’ammissibilità del vincolo culturale di destinazione d’uso;

– quella che l’ammette in circostanze eccezionali e circoscritte, correlate alla particolare trasformazione del bene con una sua specifica destinazione e al suo stretto collegamento per un’iniziativa storico-culturale di rilevante importanza;

– quella che ammette l’imposizione di un vincolo culturale di destinazione d’uso, previa adeguata esposizione delle ragioni che ne sono alla base.

III) *La posizione dell’Adunanza Plenaria sul primo quesito.*

3. L’Adunanza Plenaria ritiene di aderire al terzo orientamento ora sintetizzato, in quanto è basato sulla legislazione vigente ed è anche maggiormente conforme agli obiettivi di interesse generale sottesi alla tutela dei beni culturali, oltre che coerente con il quadro costituzionale di riferimento.

3.1. Il potere di imporre limiti all’uso del bene culturale discende dal combinato disposto degli articoli 18, comma 1, 20, comma 1, e 21, comma 4, del Codice approvato con il decreto legislativo n. 42/04 [...].

L’art. 20 del d.Lgs. 42 del 2004 ha inoltre previsto che «*i beni culturali non possono essere distrutti, deteriorati, danneggiati o adibiti ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione*».

Ne deriva che la disciplina positiva valorizza l’uso del bene culturale quale strumento per consentirne la conservazione materiale. [...]

3.3. Tale interpretazione non produce poi neanche un’irragionevole o sproporzionata limitazione del diritto di proprietà o della libertà di iniziativa economica. [...]

Dai sopra riportati principi, si ricava, dunque, che la tutela del bene culturale non può che estendersi anche al suo uso, ogni qualvolta anche quest’ultimo contribuisca alla sua rilevanza culturale. [...]

In particolare, il provvedimento di imposizione di un ‘vincolo di destinazione come modalità di uso’ si deve basare su adeguata motivazione sulla sussistenza di valori culturali, estetici e storici tutelabili, avendo riguardo al riferimento della *res* alla storia della cultura e alla rilevanza artistica degli arredi ivi conservati [...]

3.8. In definitiva, quel che può essere imposto è un divieto di usi diversi da quello attuale, a tutela tanto del bene culturale quanto dei valori in esso incorporati.

Tale tipologia di vincolo, a carattere e contenuto “misto” (di tipo “*intrinseco*” e di tipo “*relazionale esterno*” o “*testimoniale*”) ai sensi dell’art. 10, comma 3, lett. d) del Codice, è funzionale sia alla conservazione della *res* che alla prosecuzione dell’attività ivi svolta, se inscindibile e compenetrata negli elementi materiali considerati di interesse storico-culturale.

A tal fine la motivazione del provvedimento di vincolo del bene, che vi imprima altresì una destinazione d’uso, potrà valorizzare, anche nell’ambito delle relazioni specialistiche allegate che ne costituiscano parte integrante, il collegamento tra gli elementi culturali materiali e quelli immateriali, invero nello svolgimento di un’attività, strumentale alla conservazione della *res* e del valore culturale che essa esprime, in ragione della sussistenza sia dell’immedesimazione dei valori storico culturali con le strutture materiali (l’immobile e gli arredi in esso contenuti) che del collegamento dei beni e della loro utilizzazione con determinati eventi della storia e della cultura (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2009; sez. VI, 17 febbraio 1999, n. 170).

Pertanto, l’Amministrazione, nel dichiarare l’interesse culturale del bene, può sia (in negativo) precludere ogni uso incompatibile con la conservazione materiale della *res*, sia (in positivo) disporre la continuità dell’uso attuale cui la cosa è stata, storicamente e fin dalla sua realizzazione, destinata: e ciò anche in assenza di un processo di trasformazione della *res* e a prescindere dal suo riferimento a una specifica iniziativa storico culturale di rilevante importanza. [...]

Anche sulla base del vigente quadro normativo, l’Amministrazione può porre alla base del provvedimento di vincolo ai fini del riconoscimento dell’interesse culturale ex art. 10, comma

3, lett. d) cit. il collegamento del bene con specifici fatti e accadimenti relativi alla storia sociale, politica, artistica e culturale, se essi, apprezzati unitariamente dalla stessa Amministrazione, consentano di riconoscere, all'esito di un'approfondita istruttoria, l'interesse culturale di cui il bene costituisce e reca testimonianza.

3.9. La motivazione del provvedimento dovrà essere adeguata e sorretta dalla rappresentazione delle ragioni per le quali il valore culturale espresso dalla *res* non possa essere salvaguardato e trasmesso se non attraverso la conservazione del suo pregresso uso che, compenetratosi nelle cose che ne costituiscono il supporto materiale, è divenuto ad esso 'consustanziale'. [...]

IV. Le espressioni di identità culturale collettiva.

4.1. La soluzione condivisa con riguardo ai beni culturali ex art. 10 D. Lgs. n. 42/04 va seguita anche con riguardo alle 'espressioni di identità culturale collettiva' ex art. 7 bis D. Lgs. n. 42/04, in relazione alle quali, come rilevato dal giudice remittente, si ravvisa l'esigenza di salvaguardare non soltanto la conservazione della *res*, ma pure la continuità della condivisione, della riproduzione e della trasmissione delle manifestazioni immateriali a cui la cosa sia collegata. [...]

4.6. Ciò posto, mentre in ambito convenzionale la rilevanza degli elementi materiali (strumenti, oggetti, manufatti e spazi culturali) associati alle espressioni di identità culturale è soltanto eventuale, ben potendo tutelarsi in via immediata e diretta l'immaterialità della manifestazione culturale in sé, la disciplina nazionale richiede un collegamento qualificato con un elemento materiale. [...]

4.7. Ciò posto, nell'attuale quadro ordinamentale e alla luce del collegamento tra la *res* e l'espressione culturale identitaria stabilito dalla disciplina vigente, deve ritenersi che gli strumenti di tutela del patrimonio culturale nazionale non possono essere evidentemente circoscritti, stante la portata innovativa e la *ratio* della norma, entro i tradizionali limiti della conservazione della *res*, propri delle manifestazioni culturali meramente materiali.

Infatti, le manifestazioni culturali immateriali, destinate per loro natura ad essere costantemente ricreate e condivise a beneficio della comunità di riferimento, necessitano ancor più di strumenti di tutela che ne permettano una continua riproduzione, indispensabile per evitare la dispersione.

In particolare, ferme rimanendo le misure promozionali delle attività culturali, suscettibili di essere previste anche in ambito regionale (cfr. Corte cost., 28 marzo 2003, n. 94), il potere di tutela è funzionale, in siffatte ipotesi, a garantire non soltanto l'integrità fisica della *res*, ma anche la continuità dell'espressione culturale di cui la cosa costituisce "testimonianza vivente".

4.8. Ai fini di un tale rafforzamento degli ordinari strumenti di tutela, è valorizzabile il vincolo di destinazione d'uso, che, come per i beni meramente materiali, ponga la *res* a servizio dell'espressione culturale di cui essa costituisce la testimonianza, in relazione al messaggio che il bene culturale, come un vero e proprio documento, è in grado di perpetuare per le generazioni future (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 4 settembre 2020, n. 5357). [...]

Non sussiste, dunque, una diversità degli strumenti di tutela, ben potendo le misure previste dal legislatore per conservare le "cose" essere adeguatamente utilizzate per salvaguardare le "attività culturali" che per esse e in esse si svolgono, al ricorrere delle condizioni indicate dalla norma. [...]

Ne consegue che possono essere tutelati, mediante un vincolo di destinazione d'uso, anche i beni che sono espressione di una identità collettiva (perché in quel bene o per suo tramite sono accaduti eventi di rilevanza storica e culturale ovvero perché personaggi storici e illustri vi hanno trovato, in un dato momento, la loro collocazione), per i quali si riconosca l'impossibilità di scindere le dimensioni materiali da quelle immateriali, stante la loro immedesimazione.

Il potere conformativo dell'Amministrazione che a tal fine sacrifichi, ragionevolmente e in modo proporzionato, altri interessi e diritti soggettivi realizza, pertanto, un interesse pubblico primario e sovraordinato. [...]

In tal caso, il provvedimento dichiarativo dell'interesse culturale del bene – che si esplica come atto unitario rispetto all'immobile, alle opere d'arte e agli arredi in esso contenuti (art. 10, comma 3, lett. d), nonché agli aspetti immateriali (art. 7 *bis*) – dovrà dare evidenza dell'esistenza di un'indissolubile connessione fra beni materiali e beni immateriali che attribuisca ad un tempo rilevanza storico-artistica ai beni e valore storico e sociale all'attività svolta. [...]

VI. Conclusioni.

6. La nozione di bene culturale, in una visione dinamica e moderna, deve essere intesa in senso ampio: essa, pur presupponendo *res quae tangi possunt*, può anche ricomprendervi un *quid pluris* di carattere immateriale.

6.1. A fronte di tale ampiezza di significato deve corrispondere la maggior estensione possibile, a legislazione vigente, delle forme di tutela previste dall'ordinamento, che consentano una protezione 'elastica' ed efficace al bene culturale, senza limitarsi alla sua consistenza materiale, ma considerandolo globalmente, per i valori culturali che esso esprime e reca in sé.

6.2. Il bene culturale viene così integralmente salvaguardato nell'insieme unitario e inscindibile dei suoi specifici aspetti: il valore culturale 'estrinseco', correlato a fatti della storia e della cultura, ma anche quello 'intrinseco', che, immedesimatosi con la cosa stessa, rende necessario tutelare non soltanto il 'contenente' ma anche il 'contenuto' del bene culturale, materiale o immateriale che esso sia.

6.3. [...] Qualora un bene abbia il valore che gli è proprio anche per il collegamento con una determinata attività, la sola conservazione del bene materiale mediante il provvedimento di vincolo è condizione necessaria, ma non sufficiente per la sua adeguata protezione, in quanto la destinazione a un uso incompatibile o diverso da quello cui esso è stato nel tempo stabilmente destinato finirebbe per obliterare proprio il valore storico-culturale che è alla base del provvedimento di vincolo, vanificando gli interessi pubblici che ne sono alla base. [...]

6.5. Un tale vincolo di destinazione può operare soltanto sul piano oggettivo, regolando l'uso della *res*, senza disporre alcun obbligo di prosecuzione dell'attività svolta né la riserva di una tale attività, a prescindere dagli accordi conclusi tra le parti, in favore dell'attuale gestore. [...]

6.8. Nel ponderato temperamento degli interessi coinvolti, la tutela dei beni culturali può comportare delle limitazioni alla libertà di impresa e alla proprietà privata [...].

Tuttavia, ciò non comporta una violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, quando il provvedimento di vincolo non sia finalizzato a garantire in modo sviato la continuità d'uso a favore di un determinato gestore o volto a favorire una specifica attività imprenditoriale o commerciale [...]

All'esito di una adeguata istruttoria, il provvedimento di tutela deve, dunque, farsi carico di individuare le narrazioni, la memoria collettiva e le pratiche culturali che si sono incentrate storicamente intorno al bene culturale, materializzandosi nelle testimonianze costituite dagli oggetti ivi raccolti e conservati, che assumono particolari significati e valori identitari per la comunità; sicché la documentazione degli aspetti, materiali e immateriali, diventa funzionale alla più completa e olistica valutazione dell'interesse culturale del bene da tutelare, considerato nella sua globalità".

Nota a sentenza di Alessandra Coppola

Con sentenza n. 5 del 13 febbraio 2023, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata in ordine alla ammissibilità dell'imposizione di un vincolo di destinazione d'uso del bene culturale, funzionale alla conservazione della integrità materiale della cosa o dei suoi caratteri storico-artistici.

In particolare, la Sesta Sezione del Supremo Consesso di Giustizia Amministrativa si è interrogata in ordine alla legittimità di un decreto ministeriale con il quale il Ministero dei Beni Culturali aveva dichiarato, ai sensi dell'art. 10, co. 3, lett. d) del d.lgs. n. 42/2004, l'interesse culturale particolarmente importante di un immobile, tenuto conto non soltanto delle opere e degli elementi di arredo ivi conservati, ma altresì del patrimonio immateriale del ristorante "OMISSIS", costituito dall'insieme de *"le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale"*. Siffatto patrimonio culturale immateriale, trasmesso di generazione in generazione e costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia, sarebbe stato, secondo l'Amministrazione, adeguatamente conservato soltanto garantendo *"la continuità d'uso esplicita negli aspetti legati alla tradizione culturale di convivialità del locale"*.

Deferendo la questione all'Adunanza Plenaria, la predetta Sezione ha subito rilevato come la giurisprudenza del Consiglio di Stato non abbia mai in maniera univoca risolto la questione di diritto relativa all'ammissibilità di un vincolo culturale di destinazione d'uso.

Per un primo indirizzo (ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 25 marzo 2019, n. 1933), il vincolo culturale *de quo* non potrebbe imporsi, attesa la sua incompatibilità con il dato positivo e in quanto contrastante con la tutela costituzionale e convenzionale del diritto di proprietà e della libertà di iniziativa economica. In altri termini, *"il ritenere che l'Amministrazione possa vincolare un immobile non nella sua identità strutturale (intesa come specifica conformazione costruttiva), ma con riferimento alla sua specifica destinazione (e, quindi, a una determinata attività), si baserebbe su una visione autoritaria e svalutativa del diritto di proprietà e fortemente restrittiva del principio di legalità che caratterizza i poteri ablatori in senso lato dell'Amministrazione pubblica"*. A supporto di tale conclusione, è stato richiamato l'art. 51, comma 1, D. Lgs. n. 42/2004 che prevede uno speciale tipo di vincolo a bene culturale per gli *"studi d'artista"*: il legislatore avrebbe quindi eccezionalmente imposto solo per tali beni, in deroga alla regola generale, il divieto di *"modificare la destinazione d'uso (...) nonché rimuovere il contenuto (...), qualora esso, considerato nel suo insieme ed in relazione al contesto in cui è inserito, sia dichiarato di interesse particolarmente importante per il suo valore storico..."* (sul punto Consiglio di Stato, sez. VI, 12 luglio 2011, n. 4198).

Si è anche osservato che l'effetto della limitazione in oggetto violerebbe i principi di proporzionalità e ragionevolezza, generando un'insostenibilità economica del bene, in contrasto con le stesse finalità cui è invece orientata la tutela normativa dei beni culturali.

Un diverso orientamento (si veda Consiglio di Stato, sez. IV, 12 giugno 2013, n. 3255), pur affermando il tendenziale divieto di vincoli culturali di destinazione d'uso, ha ritenuto ammissibile derogare alla regola *de qua* allorché sia necessario tutelare, in via immediata e diretta, il bene culturale e non, invece, l'attività in esso esercitata. In tale eventualità non potrebbe neppure ravvisarsi una irragionevole o sproporzionata compressione del diritto di proprietà o della libertà di iniziativa economica: *"si farebbe, infatti, questione non di un vincolo comportante l'obbligo di continuazione sine die dell'attività culturale, ma della sola individuazione*

dell'uso compatibile della res dichiarata di interesse culturale, a prescindere dall'identità della persona legittimata ad esercitare l'attività".

Peraltro, la limitazione della proprietà privata sarebbe comunque legittima, rientrando nel potere conformativo attribuito all'Amministrazione con riferimento a particolari tipologie di beni, tenuto conto di quanto disposto dall'art. 42 Cost.

Ancora, altra impostazione – cui aderisce l'ordinanza di remissione – sostiene che la legittimità del vincolo di destinazione d'uso su beni culturali andrebbe valutata avuto riguardo all'adeguatezza della motivazione alla base della decisione amministrativa concretamente assunta. Una siffatta conclusione si imporrebbe con riguardo ai beni culturali di cui all'art. 10 del D.lgs. n. 42/2004 a fronte di espressioni di identità culturale collettiva. E invero, in relazione ai beni *de quibus*, sussisterebbe la necessità di garantire non solo la conservazione della *res*, ma pure la continuità del processo di condivisione, riproduzione e trasmissione delle manifestazioni immateriali a cui la cosa sia collegata.

Ciò posto, l'Adunanza Plenaria ritiene di aderire all'orientamento da ultimo sintetizzato, affermando che il potere di imposizione di limiti all'uso del bene culturale discenderebbe dal combinato disposto degli articoli 18, co. 1, 20, co. 1 e 21, co. 4 del Codice dei Beni Culturali. Gli articoli anzidetti, infatti, attribuiscono anzitutto al Ministero il potere di vigilanza sui beni culturali, al fine di garantire il rispetto dei divieti posti dalla disciplina di riferimento, compreso quello di usi incompatibili con il carattere storico-artistico del bene culturale o comunque idonei a recare nocumento alla sua conservazione ed impongono, poi, di comunicare alla Soprintendenza il mutamento di destinazione d'uso del bene medesimo, onde permetterle di verificare la compatibilità del nuovo uso con le caratteristiche storiche o artistiche del bene o con la sua materiale conservazione.

Solo una tale interpretazione del quadro normativo di riferimento consentirebbe di raggiungere gli obiettivi di interesse generale sottesi alla disciplina in commento, ovverosia quelli di conservazione del patrimonio culturale quale elemento di formazione, promozione e trasmissione della memoria della comunità nazionale (art. 1, co. 2, D.lgs. n. 42/2004).

Essa, peraltro, non produrrebbe neppure un'irragionevole o sproporzionata limitazione del diritto di proprietà o della libertà di iniziativa economica, come da taluni sostenuto.

Anzitutto, i vincoli culturali hanno natura conformativa e non espropriativa; inoltre, ai sensi dell'art. 9 Cost., l'interesse culturale prevale su qualsiasi altro interesse – compresi quelli economici – nelle valutazioni concernenti i reciproci rapporti (Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151).

Resta fermo che il vincolo non può comunque riguardare l'attività esercitata, considerata separatamente dal bene: *“la tutela del bene culturale non può che estendersi al suo uso ogni qualvolta anche quest'ultimo contribuisca alla sua rilevanza culturale”*.

Si aggiunga che tale interpretazione risulterebbe pure coerente con l'attribuzione del potere di pianificazione territoriale attribuito alle Amministrazioni pubbliche, il cui esercizio ben può tener conto di tutte quelle esigenze legate alla tutela degli interessi costituzionalmente primari, in funzione quindi dello sviluppo complessivo ed armonico del territorio su cui tale potere viene esercitato.

A contrario, non può ricavarsi l'inammissibilità di tali vincoli dal dettato dell'art. 51, D.lgs. n. 42/2004 in materia di studi d'artista: la circostanza che il legislatore abbia per tale categoria di beni imposto un vincolo di destinazione d'uso per renderne imm modificabile l'ambiente ed i luoghi non determina comunque la non giustificabilità di siffatti vincoli per altre categorie di beni culturali a seguito di una valutazione amministrativa che dia conto delle ragioni per cui usi della *res* diversi da quelli attuali potrebbero comportare un nocumento per la conservazione dei suoi caratteri storico-artistici o per la sua integrità materiale.

Tale soluzione va seguita non soltanto per i beni culturali ex art. 10 D.lgs. n. 42/04 ma an-

che con riguardo alle *'espressioni di identità culturale collettiva'* ex art. 7 bis del medesimo testo normativo, in relazione alle quali si ravvisa l'esigenza di salvaguardare non soltanto la conservazione della *res*, ma pure la continuità della condivisione, della riproduzione e della trasmissione delle manifestazioni immateriali a cui la cosa sia collegata: *"il potere di tutela è funzionale, in siffatta ipotesi, a garantire non soltanto l'integrità fisica della res, ma anche la continuità dell'espressione culturale di cui la cosa costituisce "testimonianza vivente"*.

Sicché, nell'ambito delle misure di protezione dei beni culturali, a una visione che contrappone la *"tutela delle cose"* ex art. 10 (basata su un procedimento autoritativo di tipo verticale) alla *"tutela delle attività"* di cui all'art. 7 bis (che richiederebbe, invece, l'intervento delle comunità interessate e un procedimento di tipo partecipativo), deve preferirsi un approccio integrato e dinamico della tutela del bene culturale, considerato dunque nella sua interezza.

E ciò non comporta alcuna violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza atteso che il provvedimento di vincolo non risulta finalizzato a garantire la continuità d'uso a favore di un determinato gestore e non è neppure volto a favorire una specifica attività imprenditoriale o commerciale: *"oggetto di tutela è l'interesse pubblico primario correlato alla protezione del bene culturale, che giustifica l'apposizione del vincolo di destinazione in ragione della funzione sociale della proprietà privata e della preminenza del bene "cultura"*.

La pendenza del controllo giudiziario non è causa di sospensione del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva

Argomento: Interdittiva antimafia

(Cons. di Stato, Ad. Plen., 13 febbraio 2023, n. 7)

Stralcio a cura di *Rossella Bartiromo*

“Non può [...] essere condiviso il postulato [...] secondo cui il giudizio di impugnazione contro l'interdittiva antimafia deve essere ancora pendente non solo quando l'impresa domanda al tribunale della prevenzione penale di essere sottoposta al controllo giudiziario, come prevede testualmente [...] [l'] art. 34-*bis*, comma 6, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, ma per tutta la durata di quest'ultimo. [...]

10. Dall'esame della giurisprudenza della Cassazione, non emerge una ricostruzione del rapporto tra l'interdittiva e il controllo giudiziario volontario in termini di pregiudizialità-dipendenza di intensità maggiore rispetto alla connessione genetica ricavabile dal[l'][...] art. 34-*bis*, comma 6, del codice delle leggi antimafia e delle misure di sicurezza.

La connessione tra i due istituti è stata espressa nel senso che, a differenza dell'autonomia che contraddistingue l'accertamento del tribunale penale nel controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34-*bis*, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, in ordine al «*pericolo concreto di infiltrazioni mafiose*» idonee a condizionare l'attività delle imprese, nel caso di controllo c.d. volontario di cui al comma 6 della medesima disposizione lo stesso organo giurisdizionale «*deve tener conto dell'accertamento di quello stesso prerequisite effettuato dall'organo amministrativo con l'informazione antimafia interdittiva, che rappresenta, pertanto, il substrato della decisione del giudice ordinario*» (così Cass. pen., VI, 16 luglio 2021, n. 27704).

11. Come ulteriormente precisato dalle Sezioni unite penali nella [...] sentenza 19 novembre 2019, n. 46898, la connessione tra i due istituti si manifesta in relazione al «*grado di assoggettamento dell'attività economica alle descritte condizioni di intimidazione mafiosa e la attitudini di esse alla agevolazione di persone pericolose pure indicate nelle fattispecie*». Ciò nel senso che – a differenza di quanto avviene ai fini dell'informazione antimafia, ai sensi dell'art. 34-*bis* del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 – l'agevolazione mafiosa deve essere «*occasionale*», per cui in difetto di questo requisito l'impresa non dovrebbe essere ammessa al controllo giudiziario. [...]

13. Se dunque dalla giurisprudenza di legittimità non è possibile trarre una presa di posizione specifica ed espressa sulla necessità che il giudizio di impugnazione, pendente quando il controllo giudiziario viene chiesto, non venga definito prima che quest'ultimo non sia concluso, la tesi della sospensione necessaria del primo:

– innanzitutto non ha base testuale, posto che la disposizione [...] si limita a prevedere che – quando chiede di essere sottoposta al controllo giudiziario – l'impresa interessata abbia impugnato l'interdittiva, ma non anche che il giudizio di impugnazione penda per tutta la durata

del controllo (in questo senso si è espresso questo Consiglio di Stato, III, con sentenza 19 maggio 2022, n. 3973);

– non è nemmeno imposta da ragioni di ordine sistematico, dal momento che [...] l'interdittiva svolge la sua funzione preventiva rispetto alla penetrazione nell'economia delle organizzazioni di stampo mafioso di tipo "statico", e cioè sulla base di accertamenti di competenza dell'autorità prefettizia rivolti al passato;

– a quest'ultimo riguardo, [...] il controllo giudiziario persegue anche finalità di carattere "dinamico" di risanamento dell'impresa interessata dal fenomeno mafioso e quindi [...] richiede una prognosi favorevole del Tribunale della prevenzione penale sul superamento della situazione che ha in origine dato luogo all'interdittiva.

14. Nondimeno, quand'anche quest'ultima non sia annullata all'esito del giudizio di impugnazione devoluto al giudice amministrativo, e dunque si accerti in chiave retrospettiva l'esistenza di infiltrazioni mafiose nell'impresa, non per questo può ritenersi venuta meno l'esigenza di risanare la stessa.

Al contrario, questa esigenza si pone in massimo grado una volta accertata in via definitiva che l'impresa è permeabile al fenomeno mafioso.

15. Conferma di quanto ora considerato si trae proprio dall'art. 34-*bis*, comma 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

In primis, rileva la regola della sospensione degli effetti della incapacità a contrattare, derivanti dall'interdittiva antimafia.

Essa è strumentale al buon fine del controllo giudiziario, nel senso di consentire all'impresa ad esso (volontariamente) sottoposta di continuare ad operare, nella prospettiva finale del superamento della situazione sulla cui base è stata emessa l'interdittiva. [...]

16. Nessuno degli effetti previsti dall'art. 34-*bis*, comma 7, presuppone tuttavia che il giudizio sull'interdittiva non sia definito, o altrimenti detto rimanga pendente. [...]

17. Il controllo giudiziario sopravviene ad una situazione di condizionamento mafioso in funzione del suo superamento ed al fine di evitare la definitiva espulsione dal mercato dell'impresa permeata dalle organizzazioni malavitose.

A questo specifico riguardo, da un lato il rapporto di successione tra i due istituti si coglie con immediatezza laddove il condizionamento mafioso non possa ritenersi definitivamente accertato, pendente la contestazione mossa in sede giurisdizionale contro la ricostruzione dell'autorità prefettizia; dall'altro lato la medesima vicenda successoria di istituti non è comunque impedita quando il condizionamento possa invece ritenersi accertato con effetto di giudicato, con il rigetto dell'impugnazione contro l'interdittiva.

Depone in questo senso [...] proprio la funzione risanatrice del controllo giudiziario, la quale [...] si basa su un'autonoma valutazione prognostica del Tribunale della prevenzione penale che si propone di pervenire al suo superamento, quando il grado di condizionamento mafioso non sia considerato a ciò impeditivo, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità sopra richiamata. [...]

Nessun rapporto di pregiudizialità-dipendenza è invece ravvisabile tra il giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia e il controllo giudiziario, al di là di quello individuabile in sede di verifica dei presupposti di quest'ultimo. Ad esso segue tuttavia un'attività di carattere prescrittivo e gestorio orientata al risanamento dell'impresa indifferente all'esito del giudizio sulla legittimità dell'interdittiva in ragione degli effetti sospensivi previsti dal parimenti più volte richiamato art. 34-*bis*, comma 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. [...]

Non sussistono, dunque, i presupposti previsti dall'art. 295 del cod. proc. civ. [...]

[E]lementi contrari alla tesi della sospensione necessaria del processo possono essere tratti dal fatto che il sistema delle misure preventive di competenza prefettizia si sia di recente arricchito di strumenti di risanamento dell'impresa interessata dal fenomeno mafioso analoghi

al controllo giudiziario, in particolare con le «*misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale*» di cui all'art. 94-bis del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione. L'analogia del presupposto delle misure in questione con quello del controllo giudiziario, così descritto dal comma 1 della disposizione da ultimo richiamata «*quando (...) i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale*», denota l'identità di funzione rispetto all'istituto previsto dall'art. 34-bis del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Su questa base si giustifica la prevalenza legislativamente attribuita a quest'ultimo, espressa dal comma 3 del medesimo art. 94-bis con la cessazione delle misure amministrative nel caso in cui sia disposto il controllo giudiziario.

25. Nessuna disposizione è stata invece prevista per regolare i rapporti tra l'interdittiva antimafia e il controllo giudiziario. Con argomentazione *a contrario* è dunque evincibile l'assenza di condizionamenti reciproci tra i due istituti ulteriori rispetto alla connessione genetica prevista dal più volte richiamato comma 6 dell'art. 34-bis.

Al medesimo riguardo, nel sistema amministrativo di prevenzione penale, ora informato al principio di gradualità, l'occasionalità dell'agevolazione mafiosa originaria può in ipotesi costituire ragione di illegittimità dell'informativa a carattere interdittivo, in ragione dell'alternativa costituita dalle misure meno invasive introdotte con il medesimo art. 94-bis, e dunque giustificare l'interesse dell'impresa alla definizione del giudizio di impugnazione contro l'interdittiva.

26. Considerazioni analoghe a quelle finora svolte vanno infine estese al rapporto tra il controllo giudiziario e il commissariamento dell'impresa appaltatrice previsto dall'art. 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90.

L'assenza di disposizioni di coordinamento tra i due istituti, e la non ultrattività «*di una gestione separata "ad contractum"*» ipotizzata dall'ordinanza di rimessione in caso di sopravvenienza del controllo giudiziario, non costituisce ragione sufficiente per sospendere il giudizio di impugnazione delle misure previste dalla disposizione da ultimo richiamata, non solo – ed ovviamente – in caso di accoglimento del ricorso, ma anche di rigetto, per il quale l'ordinanza stessa suppone la prevalenza della misura, più favorevole per l'impresa, prevista dall'art. 34-bis del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione.

27. In conclusione, va affermato il seguente principio di diritto sui primi due quesiti dell'ordinanza di rimessione: «*la pendenza del controllo giudiziario a domanda ex art. 34-bis, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non è causa di sospensione né del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva, né delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese previste dall'art. 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, per il completamento dell'esecuzione dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione dall'impresa destinataria un'informazione antimafia interdittiva*».

Nota a sentenza di Maria Strino

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata, con la sentenza in commento, sui rapporti sussistenti tra il giudizio di impugnazione dell'informazione antimafia interdittiva e il c.d. controllo giudiziario volontario (art. 34-bis, comma 6, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo n. 159/2011).

In linea con una rinnovata concezione della prevenzione antimafia, quest'ultimo procedimento mira al risanamento dei soggetti imprenditoriali esposti al rischio di infiltrazioni criminali, preservando e valorizzando la continuità delle attività economiche. L'informazione interdittiva antimafia (art. 84, comma 3, del decreto legislativo n. 159/2011) realizza, invece, la massima anticipazione dell'azione di prevenzione, consentendo al Prefetto di inibire in certa misura la libertà di iniziativa economica, in presenza di un assetto indiziario da cui emerge la permeabilità mafiosa dell'impresa.

La coesistenza di siffatte misure preventive ha generato, nel tempo, un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, incentrato specialmente sulle reciproche interferenze, alimentate dalla previsione normativa di una specifica connessione genetica tra l'impugnazione dell'informazione interdittiva prefettizia e il controllo giudiziario volontario. In ipotesi di impugnazione dell'informazione antimafia, infatti, è prevista la possibilità, per l'impresa destinataria del citato provvedimento interdittivo, di chiedere l'applicazione del controllo giudiziario. Tale ultima misura comporta (art. 34-bis, comma 7, del codice delle leggi antimafia) la sospensione degli effetti inibitori delle informazioni prefettizie, avuto particolare riguardo all'incapacità legale di contrattare con la pubblica amministrazione.

Le evidenziate ricadute di natura sostanziale hanno indotto ad interrogarsi sulle possibili interconnessioni processuali, vale a dire sull'incidenza del procedimento di cui al menzionato art. 34-bis, comma 6, del decreto legislativo n. 159/2011 (c.d. controllo giudiziario volontario o a domanda) sul ricorso contro l'informazione antimafia interdittiva. L'ordinanza di rimessione n. 4578/2022, pertanto, ha sollecitato nel caso in esame l'intervento dei giudici di Palazzo Spada sull'applicabilità della sospensione necessaria (articoli 79, comma 1, c.p.a. e 295 c.p.c.) al giudizio amministrativo di impugnazione dell'informazione antimafia.

Sulla scorta del collegamento rinvenibile tra i due citati strumenti di contrasto alle infiltrazioni malavitose, la predetta ordinanza ha ritenuto di poter affermare *“che il carattere provvisorio della sospensione postulerebbe che il giudizio di impugnazione dell'informazione antimafia non venga definito. In caso contrario, ed in particolare di rigetto definitivo dell'impugnazione, l'interdittiva si consoliderebbe e con essa l'incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione, in conseguenza della quale sarebbe travolto l'effetto sospensivo derivante dall'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario”*.

Secondo l'ordinanza di rimessione, nello specifico, al fine di evitare l'espulsione dal mercato degli operatori economici, *“si dovrebbe comunque assicurare la definizione della procedura ex art. 34-bis del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, destinata a tradursi in caso positivo con il rilascio di un'informazione liberatoria, e dunque con il pieno ritorno dell'impresa alla libera concorrenza”*.

Alla luce della giurisprudenza di legittimità sviluppatasi in ambito penalistico, *“per l'ordinanza di rimessione il vincolo genetico della procedura di controllo giudiziario, consistente ai sensi del sopra richiamato art. 34-bis, comma 6, nella pendenza del ricorso contro l'interdittiva antimafia, assumerebbe quindi le caratteristiche di una condizione di procedibilità della procedura, che intanto può essere definita in quanto non sia definitivamente accertata la legittimità dell'atto prefettizio”*. Conseguentemente, la definizione del ricorso avverso l'interdittiva rivestirebbe carattere recessivo rispetto all'interesse sotteso al controllo giudiziario.

La sentenza dell'Adunanza plenaria in commento, tuttavia, non ha aderito alla tesi della sospensione necessaria, respingendo *“il postulato su cui essa si fonda, secondo cui il giudizio di impugnazione contro l'interdittiva antimafia deve essere ancora pendente non solo quando l'impresa domanda al tribunale della prevenzione penale di essere sottoposta al controllo giudiziario, come prevede testualmente il più volte citato art. 34-bis, comma 6, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, ma per tutta la durata di quest'ultimo”*.

Un'attenta analisi della linea interpretativa seguita dalla Corte di Cassazione penale, in

realtà, ha dato modo al Consiglio di Stato di escludere che sussista un vero e proprio rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra l'interdittiva e il controllo giudiziario volontario. In base alle riflessioni maturate ad opera della giurisprudenza di legittimità, invero, non emergono elementi specificamente rivolti ad affermare la necessità di una perdurante pendenza del giudizio impugnatorio fino alla conclusione della procedura di controllo giudiziario volontario.

I giudici di Palazzo Spada, dunque, hanno offerto una puntuale ricostruzione delle argomentazioni contrarie alla tesi della sospensione necessaria.

Sul piano testuale, si è evidenziato come la formulazione dell'art. 34-bis, comma 6, del codice delle leggi antimafia *“si limita a prevedere che – quando chiede di essere sottoposta al controllo giudiziario – l'impresa interessata abbia impugnato l'interdittiva, ma non anche che il giudizio di impugnazione penda per tutta la durata del controllo”* (in favore dell'autonomia dei procedimenti si era già espressa la III sezione del Consiglio di Stato, con sentenza 19 maggio 2022, n. 3973).

Sul versante sistematico, si è fatta rilevare la differenza tra l'interdittiva e il controllo giudiziario: nonostante entrambi si contraddistinguano per una comune funzione preventiva, infatti, la prima è destinata ad anticipare la soglia di difesa sociale attraverso un'indagine di tipo statico, mentre il secondo si connota, altresì, per il perseguimento di finalità dinamiche di recupero dell'impresa. Se, allora, l'interdittiva si basa su accertamenti prefettizi *“rivolti al passato”*, il controllo giudiziario *“oltre al presupposto dell'occasionalità dell'agevolazione mafiosa previsto dall'art. 34-bis, comma 6, (...), richiede una prognosi favorevole del Tribunale della prevenzione penale sul superamento della situazione che ha in origine dato luogo all'interdittiva”*.

L'esigenza di risanamento, quindi, non si ritiene possa venir meno, anche laddove l'informazione interdittiva *“non sia annullata all'esito del giudizio di impugnazione devoluto al giudice amministrativo, e dunque si accerti in chiave retrospettiva l'esistenza di infiltrazioni mafiose nell'impresa”*. A maggior ragione, anzi, sussisterebbe la predetta esigenza in ipotesi di rigetto dell'impugnazione e conseguente accertamento in via definitiva della contiguità dell'impresa al fenomeno mafioso.

La valorizzazione della suddetta funzione risanatrice ha consentito, pertanto, di aderire all'impostazione che postula l'indifferenza del controllo giudiziario rispetto *“all'esito del giudizio sulla legittimità dell'interdittiva in ragione degli effetti sospensivi previsti dal parimenti più volte richiamato art. 34-bis, comma 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159”*. Tali effetti, a ben vedere, non presuppongono che il giudizio sull'interdittiva resti pendente.

La sentenza in commento si è soffermata, inoltre, sull'istituto processuale della sospensione, rimarcandone il ruolo di prevenzione *“rispetto al rischio di contrasto di giudicati”*. L'art. 295 c.p.c. dispone, tassativamente, che il processo venga sospeso in ogni caso in cui si debba risolvere una controversia, dalla cui definizione dipenda la decisione della causa. Alla stregua di tale impostazione, ispirata ai principi di unitarietà e non contraddizione, non rileva alcun rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra il giudizio impugnatorio ed il controllo giudiziario.

Ulteriori argomentazioni sfavorevoli alla tesi della sospensione necessaria sono state ricavate, ancora, dalla disciplina recentemente introdotta in materia di misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale. L'articolo 94-bis del codice delle leggi antimafia regola espressamente i rapporti di connessione esistenti tra le misure in parola ed il controllo giudiziario, connotando quest'ultimo in termini di preminenza. Il comma 3 del richiamato articolo statuisce, invero, la cessazione delle misure amministrative, ove si disponga il controllo giudiziario. Ragionando *a contrario*, la mancanza di una specifica regolamentazione dei rapporti tra l'interdittiva antimafia e il controllo giudiziario farebbe propendere, piuttosto, per *“l'assenza di condizionamenti reciproci tra i due istituti ulteriori rispetto alla connessione genetica prevista dal più volte richiamato comma 6 dell'art. 34-bis”*.

Le considerazioni maturate in argomento sono state estese, infine, al rapporto che sussiste tra il controllo giudiziario e il commissariamento dell'impresa appaltatrice (articolo 32, comma 10, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90) per il completamento dell'esecuzione dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione dall'impresa destinataria di un'informazione antimafia interdittiva.

La pendenza del controllo giudiziario non può costituire causa di sospensione del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva

Argomento: Interdittiva antimafia

(Cons. di Stato, Ad. Plen., 13 febbraio 2023, n. 8)

Stralcio a cura di *Aniello Iervolino*

“[R]itiene l’Adunanza Plenaria che, sulla base delle disposizioni vigenti, vada affermata la tesi [...] che l’ammissione al controllo giudiziario – a domanda dell’impresa destinataria di un’interdittiva antimafia – non impedisce che vada definito senza ritardo il giudizio amministrativo di impugnazione contro quest’ultima.

6. Non possono all’opposto essere condivise né la tesi della «*pregiudizialità processuale*» tra il giudizio di impugnazione dell’interdittiva antimafia e il procedimento di controllo giudiziario, per cui «*gli effetti del controllo giudiziario presupporrebbero la pendenza del giudizio amministrativo*», né tanto meno la tesi dell’acquiescenza.

7. La prima tesi postula che il giudizio di impugnazione contro l’interdittiva antimafia dovrebbe essere ancora pendente non solo quando l’impresa domanda al Tribunale della prevenzione penale di essere sottoposta al controllo giudiziario, come prevede testualmente il più volte citato art. 34-*bis*, comma 6, del codice, ma per tutta la durata di quest’ultimo.

Sennonché, la tesi in questione:

– innanzitutto non ha base testuale [...] posto che la disposizione da ultimo richiamata si limita a prevedere che – quando chiede di essere sottoposta al controllo giudiziario – l’impresa interessata abbia impugnato l’interdittiva, ma non anche che il giudizio di impugnazione penda per tutta la durata del controllo;

– non è nemmeno imposta da ragioni di ordine sistematico, dal momento che, come ha ben rilevato l’ordinanza di rimessione, l’interdittiva svolge la sua funzione preventiva rispetto alla penetrazione nell’economia delle organizzazioni di stampo mafioso di tipo “statico”, e cioè sulla base di accertamenti di competenza dell’autorità prefettizia rivolti al passato;

– a quest’ultimo riguardo, nel condividere la funzione preventiva del sistema di informazione antimafia del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, il controllo giudiziario persegue anche finalità di carattere “dinamico” di risanamento dell’impresa interessata dal fenomeno mafioso e quindi, secondo l’orientamento della giurisprudenza di legittimità in materia, oltre al presupposto dell’occasionalità dell’agevolazione mafiosa previsto dall’art. 34-*bis*, comma 6, del medesimo codice, richiede una prognosi favorevole del Tribunale della prevenzione penale sul superamento della situazione che ha in origine dato luogo all’interdittiva.

8. Nondimeno, quand’anche quest’ultima non sia annullata all’esito del giudizio di impugnazione devoluto al giudice amministrativo, e dunque si accerti in chiave retrospettiva l’esi-

stenza di infiltrazioni mafiose nell'impresa, non per questo può ritenersi venuta meno l'esigenza di risanare la stessa.

Al contrario, questa esigenza si pone in massimo grado una volta accertata in via definitiva che l'impresa è permeabile al fenomeno mafioso.

9. Conferma di quanto ora considerato si trae proprio dall'art. 34-*bis*, comma 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

In primis, rileva la regola della sospensione degli effetti della incapacità a contrattare, derivanti dall'interdittiva antimafia.

Essa è strumentale al buon fine del controllo giudiziario, nel senso di consentire all'impresa ad esso (volontariamente) sottoposta di continuare ad operare, nella prospettiva finale del superamento della situazione sulla cui base è stata emessa l'interdittiva.

Nella medesima direzione si pone la sospensione del termine fissato dall'art. 92, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, per gli adempimenti prodromici al rilascio dell'informazione antimafia.

L'effetto in questione si giustifica per il venir meno dell'esigenza facente capo all'autorità prefettizia di verificare l'esistenza di tentativi di infiltrazione fintantoché pende il controllo giudiziario, a tale finalità preventiva ugualmente preposto.

10. Nessuno degli effetti previsti dall'art. 34-*bis*, comma 7, presuppone tuttavia che il giudizio sull'interdittiva rimanga pendente.

Come in precedenza accennato, tali effetti sono del tutto compatibili con la conseguita inoppugnabilità di quest'ultima all'esito del rigetto della relativa impugnazione.

Una volta accertata l'esistenza di infiltrazioni mafiose, quand'anche in via definitiva, si permette nondimeno all'impresa di risanarsi, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria penale.

11. Il controllo giudiziario sopravviene ad una situazione di condizionamento mafioso in funzione del suo superamento ed al fine di evitare la definitiva espulsione dal mercato dell'impresa permeata dalle organizzazioni malavitose.

A questo specifico riguardo, da un lato il rapporto di successione tra i due istituti si coglie con immediatezza laddove il condizionamento mafioso non possa ritenersi definitivamente accertato, pendente la contestazione mossa in sede giurisdizionale contro la ricostruzione dell'autorità prefettizia, dall'altro la medesima vicenda successoria di istituti non è comunque impedita quando il condizionamento possa invece ritenersi accertato con effetto di giudicato, con il rigetto dell'impugnazione contro l'interdittiva. [...]

15. Dalla ricognizione giurisprudenziale ora svolta, non è quindi possibile trarre conferma dell'esistenza di un rapporto di pregiudizialità processuale tra il giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia e il controllo giudiziario ulteriore a quello previsto al momento genetico dall'art. 34-*bis*, comma 6, del codice delle leggi antimafia e delle misure di sicurezza.

Come in precedenza esposto, la tesi estensiva prospettata da parte della giurisprudenza – secondo cui la pregiudizialità opererebbe fino alla definizione della procedura di cui alla disposizione da ultimo citata – innanzitutto non si basa su una disposizione di legge (rilevando il principio di legalità) e, in secondo luogo, non è imposta da ragioni di ordine logico-sistematico.

16. L'espedito della sospensione del giudizio di impugnazione contro l'interdittiva prefettizia giungerebbe inoltre a snaturare la funzione tipica del processo, da 'strumento di tutela' delle situazioni giuridiche soggettive ed attuazione della legge, a mero 'strumento per l'attivazione di ulteriori mezzi di tutela'.

Inoltre, verrebbe alterata la funzione della sospensione del processo.

Da strumento preventivo rispetto al rischio di contrasto di giudicati, secondo una logica interna all'ordinamento processuale basata sulla sua unitarietà e sul principio di non contraddizione, la sospensione del giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia per tutta la dura-

ta del controllo giudiziario porrebbe impropriamente a carico del processo [...] la realizzazione di obiettivi di politica legislativa, esorbitanti dai compiti del giudice, nella sua soggezione alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.). [...]

18. La condivisione della tesi della sospensione necessaria comporterebbe un'aporia sul piano logico, nella misura in cui essa si basa sull'esigenza di impedire non già decisioni contrastanti, ma una decisione di carattere eventualmente sfavorevole sull'impugnazione contro l'interdittiva, che si suppone – in assenza di un presupposto normativo – possa vanificare obiettivi di risanamento dell'impresa infiltrata dal fenomeno mafioso.

La sospensione viene dunque argomentata *secundum eventum litis*, posto che una decisione di accoglimento del ricorso contro l'interdittiva avrebbe in sé l'effetto di riportare l'impresa alla piena e libera concorrenza, sulla base dell'accertamento che essa non è stata mai interessata da fenomeni di inquinamento mafioso. [...]

19. A conferma delle considerazioni finora svolte, va sottolineato che l'interesse alla definizione del giudizio avverso l'interdittiva è talvolta dichiarato dalla parte ricorrente in primo grado, che ne chiede per di più la sospensione degli effetti in sede cautelare.

20. L'esigenza di correlare la durata del giudizio di impugnazione contro l'interdittiva alla durata del controllo giudiziario non assurge a presupposto dell'istituto previsto dalla disposizione da ultimo menzionata. Tuttavia, tutte le circostanze del caso potranno essere valutate dal giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 73, comma 1-*bis*, del cod. proc. amm.

21. Ribadita l'autonomia degli accertamenti di competenza del Tribunale della prevenzione penale rispetto a quelli svolti dall'autorità prefettizia in sede di rilascio delle informazioni antimafia, deve *a fortiori* escludersi la tesi dell'acquiescenza derivante dalla domanda ai sensi della disposizione ora richiamata da parte dell'impresa destinataria dell'interdittiva.

22. In conclusione, sul quesito posto dall'ordinanza di rimessione va affermato il seguente principio di diritto: “*la pendenza del controllo giudiziario a domanda ex art. 34-bis, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non è causa di sospensione del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva*”.

Appello avverso sentenza del TAR Sicilia proposto innanzi al Consiglio di Stato: la causa non può essere decisa e va rimessa al CGARS

Argomento: Processo amministrativo

(Cons. di Stato, Ad. Plen., 14 marzo 2023, n. 10)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“FATTO E DIRITTO 1) L’ordinanza di rimessione [...] ha formulato – ai sensi dell’art. 99 del c.p.a. – il seguente quesito di diritto: “*se l’appello proposto dinanzi al Consiglio di Stato avverso una sentenza del Tar Sicilia (sede di Palermo o Sezione staccata di Catania) configuri una ipotesi di inammissibilità dell’impugnazione e di conseguente passaggio in giudicato della impugnata sentenza, ovvero valga ad instaurare un valido rapporto processuale suscettibile di proseguire dinanzi al competente Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana attraverso il meccanismo della riassunzione a norma dell’art. 50 cod. proc. civ.*”.

2) Nella specie, l’appello è stato proposto al Consiglio di Stato, avverso una sentenza della Sezione staccata di Catania [...].

3) L’ordinanza di rimessione ha evidenziato che:

– l’art. 40 della legge n. 1034 del 1971 – a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 61 del 1075 – ha disposto che avverso qualsiasi sentenza del TAR per la Sicilia – Sede di Palermo o Sezione staccata di Catania – l’appello è proponibile al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (in tal senso, v. Cons. Stato, Ad. Plen., 15 maggio 1978, n. 21);

– l’art. 1, comma 2, del decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 654, sostituito dal decreto legislativo 24 dicembre 2003 n. 373 (recante “*Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l’esercizio nella Regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato*”), ha previsto che le due Sezioni del Consiglio di giustizia amministrativa “*costituiscono Sezioni staccate del Consiglio di Stato*”;

– l’art. 6, comma 6, del codice del processo amministrativo ha previsto che “*gli appelli avverso le pronunce del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia sono proposti al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, nel rispetto delle disposizioni dello statuto speciale e delle relative norme di attuazione*”;

– nel caso di proposizione al Consiglio di Stato dell’appello avverso una sentenza di un TAR per la Sicilia, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è pronunciata per l’inammissibilità del gravame (Ad. Plen., 19 novembre 2012, n. 34 (ord.); Ad. Plen. 22 aprile 2014, n. 12, Sez. III, 1° giugno 2018, n. 3304; Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1710; Sez. IV, 9 novembre 2015, n. 5088; Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3062);

– tale giurisprudenza però può essere oggetto di rieducazione, anche in considerazione del principio enunciato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 14 settembre 2016, n. 18121, per la quale non va dichiarato inammissibile – e può esservi la *translatio iudicii* – l’appello proposto ad una incompetente Corte d’appello civile.

4) Ritiene l'Adunanza Plenaria che:

a) vanno rilevati i corollari del fondamentale principio affermato dal sopra riportato art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 654 del 1948, come sostituito dal decreto legislativo n. 373 del 2003, per il quale le Sezioni del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana “*costituiscono Sezioni staccate del Consiglio di Stato*”;

b) la questione della ammissibilità o meno dell'appello – come ogni altra questione concernente il giudizio – può essere decisa esclusivamente dal Consiglio di giustizia amministrativa.

5) Circa la natura delle Sezioni del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana quali “*Sezioni staccate del Consiglio di Stato*”, l'Adunanza Plenaria ritiene di dover ribadire quanto già affermato con la sentenza n. 13 del 2022, per la quale “*i compilatori del codice del processo amministrativa hanno tenuto conto del principio fondamentale affermato dall'art. 1, comma 2, del dlgs n. 373 del 2003, per il quale “il Consiglio di giustizia amministrativa ... è composto da due Sezioni, con funzioni, rispettivamente, consultive e giurisdizionali, che costituiscono Sezioni staccate del Consiglio di Stato*”.

6) Si devono pertanto enunciare i corollari derivanti dall'applicazione di tale principio.

6.1.) Nel caso di proposizione al Consiglio di Stato con sede in Roma di un appello proponibile alla Sezione giurisdizionale staccata di Palermo, la Sezione del Consiglio di Stato non può decidere la causa, poiché la competenza funzionale della Sezione staccata di Palermo è inderogabile, in quanto prevista da una disposizione attuativa dello Statuto regionale, avente rango costituzionale, e non può dar luogo alla definizione del giudizio con una pronuncia del Consiglio di Stato con sede in Roma.

6.2.) Anche per evitare il differimento della definizione del giudizio, la Presidenza del Consiglio di Stato deve trasmettere alla Segreteria della Sezione staccata di Palermo l'appello proposto al Consiglio di Stato avente sede in Roma, proposto avverso una sentenza del TAR per la Sicilia.

Qualora l'appello sia stato però assegnato dalla Presidenza ad una delle Sezioni del Consiglio di Stato, rilevano i principi generali desumibili dall'art. 15, commi 2 e 4, del codice del processo amministrativo, sicché la Sezione avente sede in Roma non può decidere in sede cautelare e con ordinanza deve dichiarare la propria incompetenza, affinché il giudizio possa essere riassunto innanzi alla Sezione staccata.

7) L'Adunanza Plenaria ritiene pertanto di enunciare il seguente principio di diritto:

“l'appello proposto avverso una sentenza del Tar per la Sicilia (Sede di Palermo o Sezione staccata di Catania) può essere deciso unicamente dalla sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, la quale a tutti gli effetti è una sezione del Consiglio di Stato”.

Remissione alla Plenaria ex art. 99 c.p.a.: è necessario che vi sia contrasto interpretativo o questione di massima

Argomento: Processo amministrativo

(Cons. di Stato, Ad. Plen., 22 marzo 2023, n. 11)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

- “1. – I signori [...] hanno impugnato [...] la certificazione antimafia interdittiva [...]
2. – Con la sentenza [...] il TAR [...] ha ritenuto il ricorso inammissibile [...].
3. – I ricorrenti di primo grado hanno proposto appello innanzi al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana [...].

Nel merito, per la decisione [...] il Consiglio di Giustizia ha ritenuto che vi fossero due orientamenti interpretativi contrastanti [...]

4. – Dopo avere esposto le nozioni di interesse legittimo e di legittimazione ad agire, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 28 gennaio 2022, n. 3 [...] ha disposto «*la restituzione del giudizio al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, per ogni ulteriore decisione nel merito e sulle spese ed onorari del giudizio, ivi compresi quelli inerenti alla presente fase*».

5. – Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana [...] ha posto nuovamente alla Plenaria, nella fase del rinvio, i seguenti quesiti:

A. «*Venga chiarita la portata della decisione n.3 del 2022 ed in particolare se dalla stessa debba trarsi un vincolo di giudicato, residuando a questo Giudice unicamente l'obbligo di statuire sulle spese, ovvero se sia stato unicamente affermato il principio di diritto, chiarendo, in questo secondo caso, se questo Giudice debba valutare i profili di pregiudizialità sottoposti dalle parti in relazione al principio affermato nella richiamata decisione*»;

B. «*Come vada interpretato nell'art. 99 comma 4 cod. proc. amm. il rapporto tra decisione dell'intera controversia da parte della Plenaria o enunciazione del solo principio di diritto con restituzione per il resto al giudice a quo, e, in particolare, se si tratti di alternative paritetiche rimesse a una scelta discrezionale, ovvero di un rapporto tra regola ed eccezione, in cui l'eccezione sia ancorata ad esigenze oggettive che non consentono la concentrazione processuale*». [...]

8. – Ritiene l'Adunanza Plenaria che non sussistono i presupposti processuali per l'esame dei quesiti formulati dalla Sezione rimettente, per carenza dei presupposti previsti dall'art. 99 del codice del processo amministrativo.

9. – La questione posta all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato riguarda gli effetti giuridici da attribuire alla sua sentenza 28 gennaio 2022, n. 3. [...]

10. – L'art. 99 del codice del processo amministrativo prevede quanto segue:

i) «*la Sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'Adunanza plena-*

ria», con l'aggiunta che «l'Adunanza plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla Sezione» (comma 1);

ii) «prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'Adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali» (comma 2); iii) «se la Sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso» (comma 3); «l'Adunanza plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente» (comma 4).

Le possibilità di rimessione di una questione all'Adunanza Plenaria, come risulta da tali disposizioni, sono costituite dalla sussistenza di un contrasto interpretativo, dalla necessità di risolvere una questione di massima di particolare rilevanza ovvero dalla non condivisione da parte della Sezione del principio di diritto già espresso dall'Adunanza Plenaria in un altro giudizio.

Nella fattispecie in esame, l'ordinanza di rimessione del Consiglio di Giustizia è stata adottata a seguito del rinvio degli atti disposto con la citata sentenza n. 3 del 2022.

Rileva l'Adunanza Plenaria che:

a) l'art. 99 consente – in sede di rinvio – alla Sezione rimettente di decidere la controversia sotto tutti i profili non esaminati dall'Adunanza Plenaria, il cui principio di diritto non può però essere posto in contestazione nel corso del medesimo giudizio;

b) i quesiti sollevati con l'ulteriore ordinanza di rimessione non possono essere esaminati, in quanto non rientrano in nessuna delle ipotesi previste dall'art. 99 del codice del processo amministrativo.

In particolare, con il “primo quesito” è stato chiesto di stabilire se la statuizione relativa al difetto di legittimazione ad impugnare l'interdittiva antimafia da parte del presidente del consiglio di amministrazione e dei soci sia passata in giudicato ovvero si sia stata soltanto affermazione di un “principio di diritto”.

Il dubbio è sorto poiché:

– la sentenza n. 3 del 2022 – al punto 13 della motivazione – ha rilevato che «nel caso oggetto del presente giudizio, non può rinvenirsi carenza di legittimazione attiva in capo agli amministratori ed ai soci della persona giuridica colpita da interdittiva antimafia», mentre al successivo punto 15 ha disposto «la restituzione del giudizio al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, per ogni ulteriore decisione nel merito e sulle spese ed onorari del giudizio, ivi compresi quelli inerenti alla presente fase»;

– nel dispositivo essa ha enunciato «il principio di diritto di cui in motivazione» ed ha restituito «per il resto il giudizio al rimettente Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana».

L'Adunanza Plenaria ritiene che si sia in presenza di una “questione interpretativa”, che va risolta dallo stesso Consiglio di giustizia amministrativa.

Con riferimento al “secondo quesito”, si tratta di una questione di interpretazione dell'ambito di applicazione dell'art. 99 del codice del processo amministrativo connessa al “primo quesito” che, in quanto tale, non può neanche essa essere esaminata.

11. – Gli atti vanno pertanto restituiti alla Sezione rimettente, per la prosecuzione del giudizio [...].”

Nota a sentenza di Alessandra Coppola

Con la sentenza n. 11 del 22 marzo 2023, la Plenaria si è pronunciata in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 99, co. 4 c.p.a., che disciplina il potere di deferimento all'Adunanza Plenaria da parte di una sezione del Consiglio di Stato cui è assegnato il ricorso, qualora quest'ultima ritenga che la questione di diritto sottoposta al suo esame abbia dato luogo o possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali.

Più di preciso, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in seguito alla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 28 gennaio 2022 che aveva risposto al quesito ad essa sottoposto e restituito il giudizio alla Sezione remittente per ogni ulteriore decisione nel merito e sulle spese, ha adito nuovamente il Supremo Consesso di Giustizia amministrativa, nella sua più autorevole composizione, al fine di vederlo pronunciare sugli effetti giuridici da attribuire alla citata sentenza e in ordine alla corretta interpretazione, nell'art. 99, co. 4 c.p.a., del rapporto sussistente tra decisione dell'intera controversia e la enunciazione del solo principio di diritto con restituzione per il resto al giudice *a quo*, specificando se queste si trovino in una posizione di paritetica alternatività la cui scelta è puramente discrezionale, ovvero se sussista tra le medesime un rapporto di regola-eccezione, in cui l'eccezione è ancorata ad esigenze oggettive che non consentono la concentrazione processuale.

L'Adunanza Plenaria ha ritenuto insussistenti i presupposti processuali per l'esame dei quesiti formulati dalla Sezione remittente, stante il tenore dell'art. 99 del codice del processo amministrativo.

In particolare, l'articolo poc'anzi citato dispone che le possibilità di rimessione di una questione alla Plenaria *“sono costituite dalla sussistenza di un contrasto interpretativo, dalla necessità di risolvere una questione di massima di particolare rilevanza ovvero dalla non condivisione da parte della Sezione del principio di diritto già espresso dall'Adunanza Plenaria in un altro giudizio”*.

Non possono, *a contrario*, essere deferite alla sua cognizione mere questioni interpretative, che non necessitano di alcuna soluzione nomofilattica.

Pertanto, nel caso di specie, essendo stati formulati dall'ordinanza di remissione quesiti meramente interpretativi, non sussisterebbero i presupposti di cui all'art. 99 citato e la *“questione interpretativa”* deve essere risolta direttamente dallo stesso Consiglio di Giustizia Amministrativa.

L'inidoneità attitudinale sopravvenuta del dipendente della Polizia di Stato è causa di cessazione del rapporto di lavoro senza transito ad altri ruoli

Argomento: Pubblico impiego

(Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 marzo 2023, n. 12)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“1. Con ricorso [...] l'appellato, assistente capo della Polizia di Stato, impugnava i provvedimenti dell'amministrazione di pubblica sicurezza che disponevano la sua cessazione dal servizio per perdita del requisito attitudinale.

1.1. Il ricorrente è stato sospeso in via cautelare dal servizio [...] poiché sottoposto a misura di custodia cautelare in carcere, e poi è stato condannato [...] in quanto ritenuto colpevole dei reati di rapina, lesioni aggravate e sequestro di persona. [...]

1.2. Decorso il periodo quinquennale di sospensione cautelare dal servizio, egli è stato riammesso in servizio [...]; [...] la Questura [...] ha avviato il procedimento per la verifica dei requisiti psicofisici e attitudinali di cui all'art. 2 del d.m. 30 giugno 2003, n. 198.

Con verbale [...] la commissione per l'accertamento delle qualità attitudinali esprimeva la sua valutazione definitiva [...]

Con decreto [...] il Ministero dell'Interno, preso atto della valutazione di non idoneità espressa dalla commissione, ha disposto la cessazione dell'interessato dal servizio [...]

2. Col ricorso di primo grado, il ricorrente ha contestato tali provvedimenti [...].

2.1. In sintesi, egli ha lamentato di essere stato sottoposto a rivalutazione dell'idoneità al servizio per il solo fatto di essere stato “*assente*” per lungo periodo, e, comunque, illegittimamente (ri)valutato anche in relazione al profilo attitudinale, non solo per quello psicofisico, e per giunta sulla base di test utilizzati per la valutazione dei candidati all'accesso ai ruoli della Polizia. [...]

2.3. Il Tar [...] ha accolto il quinto motivo del ricorso, rilevando che l'Amministrazione – pur potendo sottoporre a rivalutazione di idoneità attitudinale al servizio il dipendente assente per un periodo non limitato – non potrebbe, però, disporre la cessazione dal servizio nel caso in cui l'accertamento dia esito negativo, dovendo, invece, essa rimettere alla commissione medica la valutazione di impiegabilità nei ruoli civili [...].

2.4. Con l'appello in esame, la sentenza è stata impugnata dal Ministero [...]

3. Con l'ordinanza [...] la Sezione seconda ha rimesso all'Adunanza plenaria i seguenti quesiti:

a) *se la inidoneità attitudinale sopravvenuta, in quanto modo di atteggiarsi della inidoneità psicologica, seppure soggetta ad autonomo accertamento, rientri nelle previsioni dell'art. 1 del d.P.R. n. 339 del 1982, che consente al lavoratore cui si riferisca l'accertamento di chiedere il transito nei ruoli civili dell'amministrazione di appartenenza o di altra;*

b) *in caso negativo, ovvero se a ciò venga ritenuta ostativa la formulazione letterale della norma, se il regime giuridico di favore riconosciuto alla più grave ipotesi di inidoneità psicologica, sfociata in una malattia, non si ponga in contrasto con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione, interpretato alla luce dell'obbligo di non discriminazione in ambito lavorativo di cui alla Direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, nonché se il non ottemperare al c.d. obbligo di repechage contrasti con i principi a tutela del lavoro, configurando nei fatti un'ipotesi di recesso per giustificato motivo oggettivo non previsto espressamente dal legislatore;*

c) *in caso affermativo, se la richiesta di transito sia espressione di un diritto soggettivo del dipendente, ovvero l'adesione alla stessa costituisca valutazione del tutto discrezionale dell'Amministrazione di appartenenza. [...]*

4. Rileva l'Adunanza Plenaria che la perdita della idoneità psicofisica incide sul rapporto di impiego del dipendente pubblico. [...]

4.4. In definitiva, vi è la regola generale per la quale la perdita totale dell'idoneità psicofisica comporta la cessazione del rapporto di lavoro, mentre la perdita parziale impone di adibire il lavoratore ad altre mansioni, compatibili con la sua (sopraggiunta) condizione di salute. [...]

6. Occorre ora soffermarsi sulle disposizioni che regolano il rapporto di lavoro del personale della Forza di Polizia di Stato [...]

6.2. La delega è stata attuata con il d.P.R. 24 aprile 1982, n. 339, che all'articolo 1 per il personale dei ruoli della Polizia di Stato, che espleta funzioni di polizia e che è stato valutato assolutamente inidoneo per motivi di salute all'assolvimento dei compiti di istituto, ha disposto il 'transito a domanda' in altri ruoli della Polizia di Stato o di altre amministrazioni dello Stato, "*sempreché l'infermità accertata ne consenta lo ulteriore impiego*".

Quest'ultimo inciso evidenzia che il legislatore si è riferito alla inidoneità psicofisica che non abbia comportato la perdita totale della capacità lavorativa. [...]

6.3. Per il caso di inidoneità assoluta alla prestazione lavorativa, è prevista, invece, la dispensa dal servizio ai sensi degli articoli 129 e 130 del testo unico approvato con il decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3 (articolo 9). [...]

7. Tutte le disposizioni sopra richiamate fanno esclusivo riferimento a vicende sopravvenute nel corso del rapporto di lavoro che abbiano inciso sullo stato di salute psicofisico del dipendente, rendendolo incapace in tutto o in parte di continuare a svolgere la prestazione lavorativa [...].

7.1. Nel caso degli appartenenti alle Forze armate, tuttavia, i requisiti per l'instaurazione del rapporto di impiego non attengono solamente alla sfera psicofisica, poiché sono richiesti anche requisiti attitudinali. [...]

7.2. I requisiti attitudinali sono ben diversi dai requisiti psichici e fisici.

L'attitudine è la propensione – per disposizione naturale o acquisita con metodo e istruzione – a svolgere una certa attività che richiede doti non comuni, cioè che non tutti posseggono per la sola ragione di essere capaci al lavoro: solo chi ne è in possesso può svolgerla in maniera corretta. [...]

7.3. Al pari dei requisiti psicofisici, anche i requisiti attitudinali possono essere incisi da vicende sopravvenute nel corso del rapporto di impiego.

Il Consiglio di Stato, nel parere del 29 ottobre 2010, n. 4787, ha osservato che l'amministrazione ben può rivalutare in costanza di rapporto non solo la permanenza dell'idoneità psicofisica, ma anche l'idoneità attitudinale al servizio del personale appartenente alla Polizia di Stato. [...]

8.1. È chiesto a questa Adunanza Plenaria di chiarire se – nel caso di accertamento della perdita del requisito attitudinale – il rapporto di lavoro possa continuare presso altri ruoli della stessa amministrazione di pubblica sicurezza o presso altre amministrazioni.

9. L'Adunanza Plenaria ritiene che a tale quesito debba darsi risposta negativa.

9.1. Tale conclusione è imposta dal testo delle disposizioni in precedenza citate. [...]

Le disposizioni regolamentari attuative hanno previsto il mutamento del rapporto di impiego in caso di “*inidoneità per motivi di salute*”, demandandone l'accertamento alle “*commissioni mediche*”.

Per il chiaro significato delle parole utilizzate, non può dubitarsi che tali disposizioni abbiano considerato le sole vicende di sopravvenuta menomazione dell'integrità psicofisica del lavoratore. [...]

9.4. Inoltre, anche l'interpretazione sistematica delle disposizioni in esame l'una a mezzo delle altre conduce alla medesima conclusione, di escludere la continuazione del rapporto in caso di sopravvenuta mancanza delle attitudini [...].

9.5. Nemmeno è possibile procedere ad un'applicazione analogica delle disposizioni [...].

Difetta qui il requisito della *eadem ratio*, rilevando la già descritta diversità tra i requisiti psicofisici e quelli attitudinali: ciò non consente di disciplinare identicamente le due situazioni di perdita sopravvenuta degli uni e degli altri nel corso del rapporto di impiego.

9.6. Le due situazioni sono differenti anche per un'altra ragione.

In caso di perdita dei requisiti attitudinali, non è possibile ipotizzare una graduazione della residuale capacità che consenta di distinguere tra perdita parziale e perdita totale, come accade, invece, per i requisiti psicofisici.

In linea di principio, il lavoratore o ha o non ha l'attitudine a svolgere una certa attività: non si può affermare che esso ne sia fornito ‘solo in parte’, perché ciò significherebbe non avere l'attitudine a compiere quell'attività. [...]

L'unica modalità di continuazione del rapporto di lavoro sarebbe, dunque, quella della nozione soggettiva, vale a dire presso ruoli di altre amministrazioni che non richiedano per l'accesso l'accertamento di (peculiari) requisiti attitudinali.

Tale possibilità, però, non è prevista dalla legge. [...]

La perdita del requisito attitudinale comporta la cessazione del rapporto di impiego [...].

10. Va ora affrontata l'ulteriore questione posta dall'ordinanza di rimessione e cioè se tale disciplina – così interpretata – contrasti con le disposizioni costituzionali e, segnatamente, con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

11. L'Adunanza Plenaria ritiene che la scelta del legislatore non sia irragionevole. [...]

11.2. La scelta del legislatore [...] non è irrazionale, perché [...] la perdita del requisito attitudinale all'attività lavorativa è necessariamente ‘integrale’ [...].

11.3. Non si può ravvisare, poi, alcuna ingiustificata disparità di trattamento: i requisiti attitudinali costituiscono doti individuali differenti dall'idoneità psicofisica allo svolgimento della prestazione lavorativa, per cui si è in presenza di situazioni non omogenee e, per questa ragione, non comparabili. [...]

11.5. Il legislatore potrebbe prevedere il transito dell'appartenente alla Forza di Polizia che perda il requisito attitudinale presso i ruoli di altre amministrazioni che non richiedono alcun requisito attitudinale per l'instaurazione del rapporto di lavoro.

Si tratterebbe, però, di una regola speciale [...].

Le relative scelte rientrano nelle prerogative proprie del legislatore [...].

11.6. Le considerazioni in precedenza svolte portano ad escludere la contrarietà della disciplina in esame con il diritto dell'Unione europea [...]

D'altronde, il requisito attitudinale, la cui perdita comporta la cessazione del rapporto di lavoro dell'appartenente alla Forza di Polizia, è caratteristica della persona ben diversa da quelle indicate dall'art. 1 della direttiva quali profili di possibile discriminazione del lavoratore, vale a dire la sua religione, le sue convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. [...]

11.7. Neppure la (carenza di) attitudine potrebbe essere assimilata ad un handicap [...].

12. In conclusione, al primo quesito posto dall'ordinanza di rimessione va data risposta nel senso che "l'inidoneità attitudinale sopravvenuta non rientra nelle previsioni di cui all'art. 1 d.P.R. n. 339 del 1982 e di conseguenza non dà luogo al passaggio del dipendente della Forza di Polizia ad altrui ruoli dell'Amministrazione della pubblica sicurezza o di altre amministrazioni dello Stato, ma è causa di cessazione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 129 T.u. impiegati civili dello Stato" ed al secondo quesito nel senso che "è manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità di tale disciplina come pure di eventuale contrarietà al diritto euro-unitario".

Nota a sentenza di Ginevra Gelsomini

Il caso esaminato dall'Adunanza Plenaria riguarda un ricorso promosso da un assistente capo della Polizia di Stato che, dopo essere stato sospeso dal servizio per un periodo di cinque anni in via cautelare (ai sensi dell'art. 9, primo comma, D.P.R. 25 ottobre 1981, n. 737, poiché sottoposto a misura di custodia cautelare in carcere), veniva sottoposto a rivalutazione ex art. 2 D.M. 30 giugno 2003 n. 198, giudicato "inidoneo" e per l'effetto dispensato in via definitiva dall'impiego pubblico per mancanza dei requisiti previsti dall'art. 25 comma 2, Legge 1° aprile del 1981, n. 121.

L'interessato sosteneva in giudizio che l'esito negativo di un giudizio di sopravvenuta inidoneità potesse al più determinare il passaggio ad altri ruoli ma non condurre alla cessazione dell'impiego pubblico, in quanto tale eventualità non era espressamente contemplata tra le cause di cessazione del servizio di cui all'art. 58 D.P.R. 335 del 1982 (che a sua volta rinvia a quelle previste al D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 e al D.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092).

Per tale ragione impugnava il provvedimento di interruzione del rapporto di lavoro.

In seguito all'accoglimento del ricorso in primo grado, la questione approdava in seno alla seconda sezione del Consiglio di Stato che rimetteva alla Plenaria di chiarire, anzitutto, se l'inidoneità attitudinale potesse considerarsi quale *species* della inidoneità psicologica con l'effetto di comportare non tanto la cessazione del rapporto di lavoro quanto un mero trasferimento nei ruoli all'interno della stessa o di una diversa PA; in caso di risposta affermativa, se la richiesta di transito fosse da riconoscersi al dipendente quale vero e proprio diritto soggettivo ovvero fosse rimessa a una valutazione discrezionale della PA di appartenenza; viceversa, in caso di risposta negativa, se il regime giuridico di favore previsto per la mancanza del più grave requisito della idoneità psicologica non si ponesse in contrasto con il principio di non discriminazione in ambito lavorativo di cui all'art. 3 della Costituzione nonché con i principi derivanti dal diritto comunitario (in particolare la direttiva 2000/78/CE che individua un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro).

Ebbene, l'Adunanza Plenaria statuisce che la mancanza dei requisiti attitudinali non può che determinare il venir meno del rapporto di impiego pubblico, a differenza del venire dei requisiti psico-fisici. Giunge a tale conclusione valorizzando sia la lettera della legge sia, da un punto di vista squisitamente teleologico, le differenze che caratterizzano i requisiti psicofisici, da un lato, e quelli attitudinali, dall'altro, anche in armonia ai dettami costituzionali.

Dal punto di vista letterale, l'Adunanza Plenaria evidenzia come l'art. 1 del D.P.R. 24 aprile del 1983 n. 339, attuativo dell'art. 36 della L. 1° aprile 1981 n. 121 (recante l'ordinamento del personale della amministrazione di pubblica sicurezza), dispone che il trasferimento del-

l'agente pubblico in altri ruoli è consentito solo in caso in caso di particolare infermità e che pertanto, tale norma, si riferisce espressamente ed esclusivamente alla inidoneità psicofisica del dipendente accertata da apposita commissione medica e non anche alla perdita dei requisiti attitudinali che, per i dipendenti della polizia di stato rappresentano *conditio sine qua non* per l'instaurazione e la prosecuzione del rapporto di lavoro, pena la violazione dell'art. 97 della Costituzione.

Viene osservato, in particolare, che di fronte al chiaro significato testuale delle parole utilizzate, è precluso all'interprete richiamare altri criteri interpretativi diverso da quello letterale.

In effetti, la norma richiama il concetto di "*invalidità*" e, dunque, si riferisce alla presenza di patologia che incide sulla capacità materiale di fare qualcosa; diversamente l'"*attitudine*" attiene alla idoneità soggettiva a svolgere bene ed in sicurezza una certa attività o funzione.

Da un punto di vista sistematico, si ribadisce la diversa funzione svolta dai requisiti psicofisici, da un lato, e attitudinali, dall'altro, circostanza che preclude una applicazione analogica delle disposizioni relative ai primi anche ai secondi. La *attitudine* è la propensione a svolgere una certa attività che richiede doti non comuni. È richiesta ad esempio per il particolare ruolo rivestito dai dipendenti pubblici cui lo Stato affida l'uso della forza. I requisiti psicofisici attingono a profili che incidono sulla salute del dipendente e afferisce al piano dei requisiti "*generali*", tanto che sono richiesti non solo ai dipendenti delle forze armate e di polizia, ma ad ogni dipendente pubblico.

Ciò è confermato anche dal differente modo con cui avviene l'accertamento dei requisiti di cui si discute. La verifica circa la capacità attitudinale al servizio è demandata dal legislatore a un organo tecnico composto da personale con specializzazione psicologica; diversamente, il requisito psico-fisico è accertato da commissioni di verifica composte esclusivamente da personale sanitario.

Ebbene alla luce delle caratteristiche peculiari che connotano la capacità attitudinale, la Adunanza Plenaria evidenzia come questa non possa essere graduata distinguendo tra perdita parziale o totale dei requisiti (come accade invece per i requisiti psicofisici). In sostanza, la capacità attitudinale può venir meno soltanto interamente, senza gradazioni. In tale ipotesi l'unico effetto possibile non può che essere la cessazione del rapporto di lavoro, essendo venuto meno un requisito necessario alla sua prosecuzione. In tal caso non è consentita la continuazione del rapporto di lavoro in altri ruoli poiché, per quell'ordinamento settoriale, il possesso dei requisiti attitudinali è richiesto per tutti i ruoli nei quali si articola la struttura.

L'unica possibilità potenzialmente valutabile potrebbe essere il transito del dipendente presso ruoli di altre amministrazioni che non richiedano il requisito attitudinale per l'instaurazione e la prosecuzione del rapporto pubblico, ma tale eventualità non è contemplata dal legislatore cui è rimessa la relativa insindacabile valutazione politica.

Infine, l'Adunanza Plenaria evidenzia la coerenza di tali conclusioni con il principio di ragionevolezza *ex art. 3* della Costituzione.

Si evidenzia come non sia irragionevole la scelta del legislatore di disporre la cessazione del rapporto di lavoro per il dipendente delle forze di polizia soltanto in caso di perdita del requisito attitudinale e non anche di perdita parziale del requisito psicofisico, per l'ovvia considerazione che, come sopra evidenziato, la prima non può che avvenire integralmente.

L'oggettiva differenza sopra evidenziata tra l'idoneità psicofisica e quella attitudinale esclude poi il contrasto con il principio di uguaglianza, non predicabile con riferimento a situazioni e condizioni oggettivamente difformi.

Tale ontologica differenza tra due situazioni inabilitanti porta, infine, ad escludere anche la contrarietà della disciplina in esame con il diritto dell'Unione europea e, in particolare, con la direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Riguardo a tale aspetto, l'Adunanza Plenaria precisa che i profili di possibile discriminazione dei lavoratori indicati nella direttiva (religione, convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali) individuano caratteristiche della persona ben diverse dal requisito attitudinale (la cui perdita, appunto, determina la cessazione del rapporto di lavoro dell'appartenente alla forza di polizia).

Conclude la sentenza in rassegna «*Se, infatti, si può ipotizzare pari idoneità lavorativa tra chi professi diverse religioni, abbia varie convinzioni personali, sia portatore di handicap, abbia diverse età o tendenza sessuali, a profili attitudinali diversi non possono che corrispondono differenti capacità di esecuzione di una prestazione lavorativa*».

L'Adunanza Plenaria può svolgere la sua funzione nomofilattica solamente se l'ordinanza di rimessione effettua una esaustiva ricostruzione della fattispecie controversa e solleva una questione rilevante rispetto alla res controversa

Argomento: Processo amministrativo

(Cons. di Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2023, n. 14)

Stralcio a cura di *Rossella Bartiromo*

“Affinché l'Adunanza Plenaria possa svolgere la sua funzione nomofilattica ed esaminare i quesiti sottoposti al suo esame, è necessario che l'ordinanza di rimessione:

a) effettui una esaustiva ricostruzione della fattispecie controversa in rapporto a tutti i suoi elementi identificativi di fatto e diritto (disposizioni e provvedimenti censurati, profili di illegittimità dedotti e argomentazioni svolte a sostegno dell'impugnazione);

b) sollevi una questione rilevante rispetto alla *res controversa*, nel senso che il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla sua risoluzione, dovendosi trattare di un «punto di diritto sottoposto» all'esame del collegio giudicante (art. 99, comma 1, del c.p.a.).

Pertanto, non possono essere poste all'esame dell'Adunanza Plenaria questioni meramente ipotetiche e ininfluenti sull'esito del giudizio.

L'Adunanza Plenaria ben può valutare sotto tutti i suoi profili la rilevanza delle questioni sollevate (e non nei limiti della 'non implausibilità', come accade per la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia, davanti alle quali si innestano giudizi autonomi e incidentali), in quanto è lo stesso processo, nelle ipotesi legalmente previste, che 'prosegue' davanti al medesimo Consiglio di Stato, in diversa composizione.

9. – Ciò premesso, osserva l'Adunanza Plenaria che nel caso in esame non sussistono i requisiti della esaustività dell'esposizione e della rilevanza della questione.

9.1. – Con il primo quesito, la Sezione Terza ha rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione se le disposizioni contenute nell'articolo 5, lettere a) e b), del decreto ministeriale 4 maggio 2012 «siano compatibili con i principi di proporzionalità e ragionevolezza, oltre che con la *ratio* della stessa istituzione normativa di uno speciale meccanismo transattivo per le controversie risarcitorie instaurate dai cc.dd. emotrasfusi».

Senonché, tale quesito di diritto sarebbe stato rilevante qualora la Sezione remittente avesse dovuto esaminare il secondo motivo del ricorso di primo grado: esso, invece, fuoriesce dal perimetro del *thema decidendum*, poiché è stato assorbito in primo grado e non è stato riproposto nel corso del secondo grado del giudizio.

Nel processo amministrativo d'appello – in ragione del carattere non automatico dell'effetto devolutivo, per il quale la cognizione del Consiglio di Stato ha lo stesso oggetto del giudizio di primo grado nei soli limiti delle statuizioni della sentenza impugnata che siano state impuginate – i motivi assorbiti dal TAR vanno riproposti incidentalmente dall'appellato vitto-

rioso in primo grado, con una memoria depositata entro il termine di costituzione in giudizio (di sessanta giorni, decorrente dal perfezionamento della notifica del gravame: cfr. artt. 101, comma 2, e 46, del c.p.a.).

Qualora ciò non avvenga, i motivi assorbiti e non esaminati in primo grado devono intendersi rinunciati, sicché è precluso al Consiglio di Stato il loro esame.

Nella specie, va rilevato che – con il primo quesito di diritto – l’ordinanza di rimessione ha dubitato della legittimità delle disposizioni contenute nel decreto ministeriale del 2012, questione che è stata proposta col secondo motivo del ricorso di primo grado, il quale è stato però assorbito dal TAR e non è stato riproposto in grado d’appello.”

Nota a sentenza di Serena Cosentino

L’art. 99 c.p.a., analogamente a quanto previsto dall’art. 374 c.p.c. per le Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione, definisce le ipotesi di deferimento di una questione all’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, individuandole nei casi in cui sussista un contrasto interpretativo (comma 1) oppure emerga la necessità di risolvere una questione di massima di particolare importanza (comma 2) e nei casi di non condivisione da parte della Sezione del principio di diritto già espresso dall’Adunanza Plenaria in altro giudizio (comma 3).

L’Adunanza Plenaria può esprimere principi di diritto nell’interesse della legge, qualora ritenga la questione di particolare importanza, anche quando dichiarati il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l’estinzione del giudizio (comma 5). La previsione consente, pur sempre in relazione a una fattispecie, l’esercizio del potere nomofilattico, anche nei casi in cui l’esito della controversia prescinda poi in concreto dalla soluzione delle questioni di diritto deferite, con la conseguenza che la facoltà di pronunciare comunque il principio di diritto sussiste sia nelle ipotesi in cui la pronuncia assuma contenuto meramente processuale, sia nelle eventualità in cui la decisione incida sul merito della controversia, ma si incentri su un tema logicamente pregiudiziale rispetto a quello oggetto del deferimento (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 28/07/2011, n. 14).

La norma citata in certa misura ricalca l’art. 363 c.p.c. (Consiglio di Stato, sez. VI, 03/12/2018, n. 6858) che attribuisce alla Corte di Cassazione il potere di pronunciare il principio di diritto anche d’ufficio, allorquando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa sia di particolare importanza. Inoltre, il procedimento per l’enunciazione del principio di diritto nell’interesse della legge, ex art. 363, comma 1, c.p.c., richiede la ricorrenza dei seguenti presupposti processuali: a) l’avvenuta pronuncia di uno specifico provvedimento giurisdizionale non impugnato o non impugnabile né ricorribile per cassazione; b) l’illegittimità del provvedimento stesso, quale indefettibile momento di collegamento ad una controversia concreta; c) un interesse della legge, quale interesse generale o trascendente quello delle parti, all’affermazione di un principio di diritto per l’importanza di una sua formulazione espressa (Cassazione Civile Sez. Un., 22/03/2023, n. 8268).

Ai sensi dell’art. 99, comma 4, c.p.a., l’Adunanza Plenaria, in omaggio al principio di economia processuale e per esigenze di celerità, investita di una questione oggetto di contrasto giurisprudenziale, di regola, decide la controversia anche nel merito, salva la necessità di ulteriori esigenze istruttorie (Consiglio di Stato Ad. Plen., 13/06/2012, n. 22).

La sentenza in commento si colloca in un percorso di definizione della funzione nomofilat-

tica del Consiglio di Stato e di tipizzazione delle ipotesi di restituzione del giudizio alla sezione deferente.

Il caso muove da una controversia risarcitoria instaurata nell'ambito dei danni cagionati da trasfusioni con sangue infetto. Parte ricorrente presentava nel gennaio 1996 domanda di indennizzo ai sensi della l. n. 210/1992 e nel luglio 2007 proponeva un intervento adesivo nel corso di un processo civile pendente dinanzi il Tribunale di Roma, promosso per ottenere la condanna generica del Ministero della Salute al risarcimento dei danni.

In pendenza del giudizio presso il Tribunale di Roma, il ricorrente manifestava la volontà di transigere la controversia ai sensi della l. n. 222/2007 e della l. n. 224/2007. Tuttavia, il Ministero rigettava tale richiesta ritenendo prescritto il diritto essendo trascorso il termine di cui all'art. 5 lettera a) del decreto ministeriale n. 61889 del 2012, di cinque anni, decorrente dalla data di richiesta dell'indennizzo ai sensi della l. n. 210/1992 (dunque nel caso specifico da gennaio 1996), fermo che la notifica della domanda giudiziale risarcitoria era avvenuta nel luglio 2007. La sentenza di annullamento di detto provvedimento veniva impugnata dal Ministero ed è in questo contesto che la III Sezione deferiva all'Adunanza Plenaria *«anche ai sensi del comma 3 dell'articolo 99 c.p.a., per una possibile rimediazione dell'indirizzo circa il carattere decadenziale e non prescrizione dei termini previsti dall'articolo 5 del decreto ministeriale 4 maggio 2012»*, i seguenti quesiti:

- *se, fermo restando quanto affermato nella sentenza n. 16 del 2021 in ordine alla natura non prescrizione ma decadenziale dei termini stabiliti dall'articolo 5, lettere a) e b), del d.m. 4 maggio 2012 per l'ammissibilità delle domande di adesione allo speciale modulo transattivo previsto dalle leggi nn. 222 e 244 del 2007 (e salva l'eventuale rimediazione di tale orientamento), le precitate disposizioni ministeriali siano compatibili con i principi di proporzionalità e ragionevolezza, oltre che con la ratio della stessa istituzione (...);*
- *se, in ogni caso, sia consentito all'Amministrazione, alla stregua del principio di buon andamento e dell'obbligo di buona fede cui deve informarsi l'azione amministrativa (oltre che dei medesimi canoni richiamati sub 1), motivare il diniego di accesso al modulo transattivo esclusivamente con il mancato rispetto dei termini in questione (...)*»

L'Adunanza Plenaria, tuttavia, ha ritenuto l'insussistenza dei presupposti per esaminare le questioni.

Affinché, infatti, possa essere esercitata la funzione nomofilattica di cui all'art. 99 c.p.a. non possono essere poste all'esame del Collegio questione meramente ipotetiche e ininfluenti sull'esito del giudizio ma è necessario che l'ordinanza di rimessione:

“a) effettui una esaustiva ricostruzione della fattispecie controversa in rapporto a tutti i suoi elementi identificativi di fatto e diritto (disposizioni e provvedimenti censurati, profili di illegittimità dedotti e argomentazioni svolte a sostegno dell'impugnazione);

b) sollevi una questione rilevante rispetto alla res controversa, nel senso che il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla sua risoluzione, dovendosi trattare di un “punto di diritto sottoposto” all'esame del collegio giudicante.”

Nel caso di specie, secondo il Supremo Consesso amministrativo, il primo quesito deferito fuoriesce dal *thema decidendum*, in quanto l'ordinanza mette in dubbio la legittimità delle disposizioni contenute nel decreto ministeriale del 2012, questione, tuttavia, ritenuta assorbita dalla sentenza di primo grado e non riproposta in appello. Nel processo amministrativo d'appello, infatti, i motivi assorbiti in primo grado devono essere riproposti incidentalmente dall'appellato vittorioso in prime cure e, qualora ciò non avvenga, tali motivi assorbiti devono intendersi rinunciati, sicché è preclusa una pronuncia in merito. La cognizione del Consiglio di Stato, infatti, ha lo stesso oggetto del giudizio di primo grado ma nei soli limiti delle statuizioni della sentenza che siano state impuginate.

Il secondo quesito, secondo l'Adunanza Plenaria, non ha rilevanza ai fini della definizione

della controversia, non avendo il Ministero, in sede di appello, messo in discussione la natura prescrizione del termine di cui all'art. 5 comma 1 lettera a) del d.m. del 2012.

La sentenza n. 14/2023, in commento, viene così a completamento del quadro interpretativo delineato da due recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria.

Con l'ordinanza n. 11 del 22/03/2023 è stato infatti chiarito che «a) l'art. 99 consente – in sede di rinvio – alla Sezione rimettente di decidere la controversia sotto tutti i profili non esaminati dall'Adunanza Plenaria, il cui principio di diritto non può però essere posto in contestazione nel corso del medesimo giudizio; b) i quesiti sollevati con l'ulteriore ordinanza di remissione non possono essere esaminati, in quanto non rientrano in nessuna delle ipotesi previste dall'art. 99 del codice del processo amministrativo».

Inoltre, con ordinanza n. 13 del 19/04/2023, sulla scorta dei principi generali di cui alla propria precedente sentenza 27 aprile 2015, n. 5, l'Adunanza Plenaria ha affermato il seguente principio di diritto: «Laddove l'ordinanza di remissione abbia proposto i quesiti all'Adunanza plenaria senza aver preventivamente vagliato i diversi motivi del ricorso per revocazione (motivi questi ultimi da cui, nel caso di specie, avrebbe dovuto cominciare l'esame del ricorso per revocazione, perché l'eventuale accoglimento di uno, o di entrambi, avrebbe reso superflua la pronuncia sul primo motivo di ricorso dal quale è scaturita la remissione all'Adunanza plenaria), si rende necessaria la restituzione degli atti alla sezione competente affinché esamini prioritariamente tali motivi».

Preme, infine, rilevare come la Riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149) abbia avviato un *iter* di modificazione del potere nomofilattico delle giurisdizioni superiori, introducendo una innovazione particolarmente significativa nel processo civile. L'art. 363 *bis* c.p.c. attribuisce, infatti, al giudice di merito il potere di disporre con ordinanza rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di Cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto, quando concorrano le seguenti condizioni: a) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di Cassazione; b) la questione presenta gravi difficoltà interpretative; c) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi.

La natura dell'ordinanza di demolizione, gli effetti – in termini procedurali e di responsabilità – della sua mancata osservanza ed il grado di retroattività della sanzione pecuniaria per inottemperanza

Argomento: Edilizia e urbanistica

(Cons. di Stato, Ad. Plen., 11 ottobre 2023, n. 16)

Stralcio a cura di *Aniello Iervolino*

“la Sezione formula all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

I) se, e in che limiti, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione adottata ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, abbia effetti traslativi automatici che si verificano alla scadenza del termine di novanta giorni assegnato al privato per la demolizione;

II) se l'art. 31, comma 4-*bis*, del d.P.R. n. 380 del 2001 sanziona l'illecito costituito dall'abuso edilizio o, invece, un illecito autonomo di natura omissiva, *id est*, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione;

III) se l'inottemperanza all'ordine di demolizione configuri un illecito permanente ovvero un illecito istantaneo ad effetti eventualmente permanenti;

IV) se la sanzione di cui all'art. 31, comma 4-*bis*, del d.P.R. n. 380 del 2001 possa essere irrogata nei confronti di soggetti che hanno ricevuto la notifica dell'ordinanza di demolizione prima dell'entrata in vigore della L. n. 164 dell'11 novembre 2014, quando il termine di novanta giorni, di cui all'art. 31, comma 3, risulti a tale data già scaduto e detti soggetti più non possano demolire un bene non più loro, sempre sul presupposto che a tale data la perdita della proprietà in favore del Comune costituisca un effetto del tutto automatico.

Ai sensi dell'articolo 31 (che contiene disposizioni in parte riprodotte dei commi dell'art. 7 della legge n. 47 del 1985), dunque, il Comune, qualora non abbia effettuato esso stesso la demolizione materiale delle opere abusive e la rimessione in pristino, deve ordinare al responsabile la loro demolizione.

Se il responsabile non ottempera all'ordine di demolizione entro il termine perentorio di 90 giorni, si verificano le conseguenze previste dai commi 2, 3 e 4 del testo originario dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 ed aventi per oggetto le opere abusive, nonché quelle previste dai commi 4-*bis*, 4-*ter* e 4-*quater*, introdotti nell'articolo 31 con la legge n. 164 del 2014, relative all'irrogazione delle sanzioni pecuniarie.

L'art. 31 struttura l'intervento repressivo del Comune in quattro distinte fasi.

Una prima fase è attivata dalla notizia dell'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'articolo 32, sfocia in un accertamento istruttorio e si conclude, in caso di verifica positiva dell'esistenza dell'illecito, con un'ordinanza che ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita

di diritto in caso di inottemperanza all'ordine. La mancata individuazione della detta area non comporta l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione, potendo la sua individuazione avvenire con il successivo atto di accertamento dell'inottemperanza (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 maggio 2023, n. 4563).

Entro il termine perentorio di 90 giorni, il destinatario dell'ordine di demolizione può formulare l'istanza di accertamento di conformità prevista dall'art. 36, comma 1, del testo unico n. 380 del 2001.

L'art. 36, comma 1, infatti, consente la presentazione di tale istanza “*fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative*” e dunque prima della scadenza del termine indicato per demolire o ridurre in pristino ovvero – nel caso in cui ciò non sia possibile – prima dell'irrogazione delle sanzioni previste in alternativa dagli articoli 33 e 34 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Va, altresì, precisato che l'art. 36 è entrato in vigore prima dell'introduzione del comma 4 bis dell'art. 31 e ovviamente non poteva far riferimento anche a quest'ultimo. Pertanto, la disposizione non può che essere interpretata nel senso che l'accertamento di conformità può essere richiesto prima della scadenza del termine indicato per demolire o ridurre in pristino ovvero – nel caso in cui ciò non sia possibile – prima dell'irrogazione delle sanzioni previste in alternativa dagli artt. 33 e 34 d.P.R. n. 380 del 2001.

Non può invece ritenersi che l'istanza *ex art. 36* comma 1, possa essere presentata fino all'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 4 bis dell'art. 31, facendo leva sul riferimento generico contenuto nell'art. 36 alla locuzione “*fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative*”. Infatti, la situazione del proprietario, che lascia trascorrere inutilmente il termine per demolire, è quella del soggetto non più legittimato a presentare l'istanza di accertamento di conformità, avendo perduto ogni titolo di legittimazione rispetto al bene.

Entro il termine di 90 giorni, il destinatario dell'ordinanza di demolizione può anche chiedere una sua proroga, qualora dimostri la sua concreta volontà di disporre la demolizione e sussistano ragioni oggettive che rendano impossibile il completamento della *restitutio in integrum* entro tale termine.

19. Una seconda fase si attiva decorso il termine di 90 giorni dalla notifica del provvedimento di demolizione agli interessati (o il diverso termine prorogato dall'Amministrazione su istanza di quest'ultimi) con un sopralluogo sull'immobile, che si conclude con l'accertamento positivo o negativo dell'esecuzione dell'ordinanza di ripristino.

19.1. Nel caso di accertamento positivo, l'autore dell'abuso mantiene la titolarità del suo diritto, non potendo l'Amministrazione emanare l'atto di acquisizione.

L'ordinamento, dunque, incentiva l'autore dell'illecito a rimuovere le sue conseguenze materiali, con la prospettiva del mantenimento del suo diritto reale nel caso di tempestiva esecuzione dell'ordinanza di demolizione.

19.2. Nel caso di accertamento negativo, l'Amministrazione rileva che vi è stata l'acquisizione *ex lege* al patrimonio comunale (salvi i casi previsti dal comma 6) del bene come descritto nell'ordinanza di demolizione (ovvero come descritto nello stesso atto di acquisizione con l'indicazione dell'ulteriore superficie nel limite del decuplo di quella abusivamente costruita).

19.3. Alla scadenza del termine di 90 giorni, l'Amministrazione è dunque *ipso iure* proprietaria del bene abusivo ed il responsabile non è più legittimato a proporre l'istanza di accertamento di conformità.

19.4. A seguito dell'entrata in vigore del comma 4-bis dell'art. 31, l'Amministrazione deve anche irrogare la sanzione amministrativa pecuniaria (anche con atto separato, qualora tale sanzione per una qualsiasi ragione non sia stata contestuale all'accertamento dell'inottemperanza).

19.5. Come ha evidenziato la Corte Costituzionale, l'ordine di demolizione e l'atto di acquisizione al patrimonio comunale costituiscono due distinte sanzioni, che rappresentano “*la reazione dell'ordinamento al duplice illecito posto in essere da chi dapprima esegue un'opera abusiva e, poi, non adempie all'obbligo di demolirla*” (sentenza n. 140 del 2018, § 3.5.1.1.; sentenza n. 427 del 1995; sentenza n. 345 del 1991).

La sanzione disposta con l'ordinanza di demolizione ha natura riparatoria ed ha per oggetto le opere abusive, per cui l'individuazione del suo destinatario comporta l'accertamento di chi sia obbligato *propter rem* a demolire e prescinde da qualsiasi valutazione sulla imputabilità e sullo stato soggettivo (dolo, colpa) del titolare del bene.

Invece, l'acquisizione gratuita, quale conseguenza dell'inottemperanza all'ordine di demolizione e della relativa omissione, ha natura afflittiva (così come la correlata sanzione pecuniaria). [...]

20. Una terza fase – già disciplinata dal testo originario dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 e poi disciplinata anche dalla legge n. 164 del 2014, che ha ivi aggiunto i commi 4-*bis*, 4-*ter* e 4-*quater* – si apre con la notifica dell'accertamento dell'inottemperanza all'interessato e concerne l'immissione nel possesso del bene e la trascrizione dell'acquisto nei registri immobiliari. Quest'ultimo adempimento, che deve essere compiuto con sollecitudine, rappresenta un atto indispensabile al fine di rendere pubblico nei rapporti con i terzi l'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà e consolidarne gli effetti, sicché ai sensi di quanto disposto dal comma 4 *bis* dell'art. 31 deve ritenersi che rappresenti un elemento di valutazione della *performance* individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente, al pari della tardiva o mancata adozione della stessa sanzione che con l'atto di accertamento viene irrogata.

20.1. Con tale notifica, il bene si intende acquisito a titolo originario al patrimonio pubblico – con decorrenza dalla scadenza del termine fissato dall'art. 31, salva la proroga eventualmente disposta – e di conseguenza eventuali ipoteche, pesi e vincoli preesistenti vengono caducati unitamente al precedente diritto dominicale, senza che rilevi l'eventuale anteriorità della relativa trascrizione o iscrizione (cfr. Cons. St., Sez. VII, 8 marzo 2023, n. 2459).

20.2. L'accertamento della inottemperanza certifica il passaggio di proprietà del bene al patrimonio pubblico e costituisce il titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente.

20.3. Ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 già nel suo testo originario, l'acquisto *ipso iure* del bene abusivo da parte dell'Amministrazione comporta la novazione oggettiva dell'obbligo ricadente *propter rem* sull'autore dell'abuso e sui suoi aventi causa. [...]

20.4. Con l'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014, l'art. 31 è stato integrato con i commi 4-*bis*, 4-*ter* e 4-*quater*.

L'art. 31, comma 4-*bis*, dispone che: “*L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria*”.

Esso ha dunque previsto una ulteriore sanzione di natura afflittiva, nel caso di inottemperanza all'ordinanza di demolizione: alla tradizionale previsione dell'acquisizione di diritto al patrimonio comunale del bene abusivo e della ‘area ulteriore’, la riforma del 2014 ha aggiunto la doverosa irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, che deve essere disposta senza indugio (col medesimo atto di accertamento dell'inottemperanza o con un atto integrativo autoritativo successivo).

La *ratio* di tale ulteriore previsione si basa anch'essa sull'esigenza di salvaguardare i valori tutelati dagli articoli 9, 41, 42 e 117 della Costituzione.

Poiché il responsabile dell'illecito ha cagionato un *vulnus* al paesaggio, all'ambiente ed all'ordinato assetto del territorio, in contraddizione con la funzione sociale della proprietà, il legislatore ha inteso sanzionarlo – oltre che con la perdita della proprietà – anche con una

sanzione pecuniaria, qualora non abbia ottemperato all'ordinanza di demolizione. [...]

21. La quarta (ed eventuale) fase riguarda il 'come' l'Amministrazione intenda gestire il bene ormai entrato nel patrimonio comunale.

21.1. A seguito della perdita *ipso iure* del bene, pur se accertata successivamente, chi lo possiede ormai senza idoneo titolo giuridico non può né demolirlo, né modificarlo, ed è tenuto a corrispondere un importo all'Amministrazione proprietaria per la sua disponibilità che avviene *sine titulo*.

21.2. In alternativa alla demolizione del bene il Consiglio comunale può, ai sensi del secondo periodo del comma 5 dell'art. 31, deliberare il mantenimento in essere dell'immobile abusivo, che secondo l'insegnamento della Corte costituzionale (Corte cost., n. 140 del 2018) è una via del tutto eccezionale, che può essere percorsa per la presenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico.

In assenza di tale motivata determinazione del Consiglio comunale, va senz'altro disposta, ai sensi del primo periodo del comma 5, la materiale demolizione del bene abusivo a spese del responsabile dell'abuso e dei suoi eventuali aventi causa [...]

La perdurante situazione *contra ius* – caratterizzata dalla novazione oggettiva dell'obbligo del responsabile, che dapprima è quello di demolire l'immobile abusivo ancora suo e poi diventa quello di rimborsare all'Amministrazione le spese sostenute per la demolizione d'ufficio – viene meno o quando è emesso un provvedimento con effetti sananti (l'accertamento di conformità previsto dall'art. 36 del testo unico n. 380 del 2001 o il condono in passato previsto dalle leggi speciali) o quando le opere abusive sono materialmente demolite.

Sotto il profilo amministrativo, dunque, l'abuso edilizio ha una peculiare natura di illecito con effetti permanenti, in quanto la lesione dei valori tutelati dagli articoli 9, 41, 42 e 117 della Costituzione si protrae nel tempo sino al ripristino della legittimità violata (col rilascio di un titolo abilitativo o con la materiale demolizione delle opere), mutando nel tempo l'obbligo del responsabile (poiché all'obbligo di demolire il proprio bene abusivo si sostituisce *ex lege* l'obbligo di rimborsare le spese sostenute dall'Amministrazione per la demolizione, salva la possibilità per l'Amministrazione di emanare nuovamente l'ordinanza di demolizione e di disporre una ulteriore sanzione pecuniaria nel caso di ottemperanza, qualora la competente Regione dia attuazione all'art. 31, comma 4-*quater*).

[...] quando l'usufruttuario, 'all'insaputa' del nudo proprietario, commetta abusi edilizi sul bene oggetto del proprio diritto reale *in re aliena* e dunque quando il bene – al momento della commissione dell'illecito – sia già nella contitolarità del nudo proprietario e dell'usufruttuario [...], il Comune deve emanare l'ordinanza di demolizione anche nei confronti del nudo proprietario, risultando condivisibili e dovendosi qui ribadire le argomentazioni poste da questo Consiglio a base della sentenza n. 2769 del 2023:

– “il nudo proprietario di un terreno non perde la disponibilità del bene, sebbene concesso in usufrutto a terzi” e “l'usufruttuario, ancorché possessore rispetto ai terzi, è, nel rapporto con il nudo proprietario, mero detentore del bene”;

– “la giurisprudenza riconosce la legittimazione del nudo proprietario ad agire in giudizio contro tutti coloro che mettono in atto ingerenze sulla cosa oggetto di usufrutto” (cfr. Cass. Civ., Sez. II, 21 febbraio 2019, n. 5147) [...].

29. Una volta rilevato che nel caso di abuso commesso dall'usufruttuario il Comune deve emanare l'ordinanza di demolizione anche nei confronti del nudo proprietario, si deve approfondire l'ulteriore questione se – nel caso di inottemperanza – l'atto di acquisizione vada anch'esso emanato nei confronti del nudo proprietario.

30. Tale questione va risolta senz'altro nel senso affermativo.

30.1. L'ordinanza di demolizione contiene non solo l'ordine di ripristino, ma anche l'avvi-

so che la sua mancata ottemperanza comporterà la perdita del diritto di proprietà secondo un meccanismo che comporta l'estinzione *ex lege* del diritto in capo al proprietario e la sua acquisizione al patrimonio pubblico.

La regola della acquisizione di diritto con la scadenza del termine di 90 giorni si applica nei confronti di tutti coloro che siano stati destinatari dell'ordinanza di demolizione e dunque anche nei confronti del nudo proprietario che abbia in precedenza avuto la notifica della medesima ordinanza. [...]

Peraltro, anche nei confronti del nudo proprietario si applica il principio sopra esposto al § 19.6., per il quale l'atto di acquisizione non può essere emesso quando risulti la non imputabilità della mancata ottemperanza da parte del destinatario dell'ordine di demolizione.

Anche il nudo proprietario, dunque, può dedurre e comprovare di essere stato impossibilitato ad effettuare la demolizione, in ragione di una malattia completamente invalidante, che non gli consente di compiere gli atti giuridici necessari all'uopo, né direttamente, né per interposta persona. [...]

1.1. L'appellante ha richiamato la sentenza CEDU del 20 gennaio 2009, resa sul ricorso n. 75909/2001, con cui è stata rilevata la violazione dell'art. 1 del protocollo 1 della Convenzione.

31.2. Tuttavia, i principi affermati da tale sentenza non supportano la tesi secondo cui l'atto di acquisizione non potrebbe essere emesso nei confronti del nudo proprietario.

Nel caso esaminato dalla Corte europea, una sentenza del giudice penale aveva disposto la confisca, senza indennizzo, per un abuso paesaggistico caratterizzante una lottizzazione abusiva effettivamente sussistente sul piano oggettivo, malgrado vi fosse stato il proscioglimento degli imputati per l'assenza dell'elemento soggettivo del reato.

Tale sentenza ha dunque riguardato l'ipotesi (poi analizzata anche dalla Corte europea con la sentenza 28 giugno 2018, resa sul ricorso n. 1828/2006) della '*confisca disposta in sede penale senza condanna*'.

Questa ipotesi risulta ben diversa dalla fattispecie in esame, che riguarda l'ordinaria applicazione in sede amministrativa delle regole concernenti la repressione degli abusi edilizi, tra le quali – come si è sopra evidenziato – vi è la regola per cui l'atto di accertamento dell'inottemperanza e quella dell'acquisizione *ipso iure* del bene abusivo al patrimonio comunale costituiscono le naturali conseguenze giuridiche dell'illecito edilizio (che presuppongono l'imputabilità dell'inottemperanza, che, nella specie, è fuori discussione).

[...] a) la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine da esso fissato comporta la perduranza di una situazione *contra ius* e costituisce un illecito amministrativo omissivo *propter rem*, distinto dal precedente 'primo' illecito – avente anche rilevanza penale – commesso con la realizzazione delle opere abusive;

b) la mancata ottemperanza – anche da parte del nudo proprietario – alla ordinanza di demolizione entro il termine previsto dall'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, impone l'emanazione dell'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, tranne il caso in cui sia stata formulata l'istanza prevista dall'art. 36 del medesimo d.P.R. o sia stata dedotta e comprovata la non imputabilità dell'inottemperanza;

c) l'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, emesso ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, ha natura dichiarativa e comporta – in base alle regole dell'obbligo *propter rem* – l'acquisto *ipso iure* del bene identificato nell'ordinanza di demolizione alla scadenza del termine di 90 giorni fissato con l'ordinanza di demolizione. Qualora per la prima volta sia con esso identificata l'area ulteriore acquisita, in aggiunta al manufatto abusivo, l'ordinanza ha natura parzialmente costitutiva in relazione solo a quest'ultima (comportando una fattispecie a formazione progressiva);

d) l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione comporta la novazione oggettiva dell'obbligo del responsabile o del suo avente causa di ripristinare la legalità violata, poiché, a segui-

to dell'acquisto del bene da parte dell'Amministrazione, egli non può più demolire il manufatto abusivo e deve rimborsare all'Amministrazione le spese da essa sostenute per effettuare la demolizione d'ufficio, salva la possibilità che essa consenta anche in seguito che la demolizione venga posta in essere dal privato.

Deve a questo punto passarsi all'esame del primo motivo di appello con il quale si contesta nella sostanza l'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 4-*bis* del citato art. 31 in capo all'appellante per violazione del principio di irretroattività, poiché il suo illecito – consistente nella mancata ottemperanza all'ordine di demolizione – è stato commesso prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014. [...]

Il comma 4 *bis* del citato art. 31 prevede che: “*L' autorità competente, constatata l' inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria*”.

La formulazione della disposizione non lascia adito a dubbi quanto al fatto che la sanzione pecuniaria è irrogata in ragione dell'inottemperanza all'ordine di demolizione: l'accertamento deve necessariamente precedere l'irrogazione della sanzione.

La condotta colpevolmente omissiva del destinatario dell'ordine di demolizione comporta, quindi, per il proprietario una duplice sanzione: a) la perdita della proprietà del bene; b) una sanzione pecuniaria variabile da 2.000 a 20.000 euro.

Si tratta di sanzioni che vengono irrogate a causa del mancato adempimento all'ordine di demolire, ossia in ragione di un illecito ad effetti permanenti, che si consuma con lo scadere del termine di 90 giorni assegnato dall'autorità amministrativa con l'ordine di demolizione: il loro presupposto è l'accertamento dell'inottemperanza dell'ordine di demolizione.

Deve, pertanto, concludersi nel senso che si è in presenza di un illecito ad effetti permanenti, in quanto la perdita del bene abusivo e dell'area di sedime consegue all'inerzia nel demolire protrattasi oltre il termine di 90 giorni assegnato dall'autorità.”

CONSIGLIO DI STATO

Le cause di esclusione disciplinate dal codice dei contratti pubblici sono applicabili alle procedure di affidamento dei contratti attivi

Argomento: Contratti pubblici

(Cons. di Stato, sez. VII, 17 gennaio 2023, n. 579)

Stralcio a cura di *Rossella Bartiromo*

“[Occorre] precisare che, secondo quanto chiarito dal Consiglio di Stato, la *ratio* dell’esclusione prevista dall’articolo 80, comma 5, lettera *m*) del Decreto legislativo n. 50 del 2016 e, prima ancora, dall’articolo 38, comma 1, lettera *m-quater*) del Decreto legislativo n. 163 e 2006, deve rinvenirsi nell’esigenza di scongiurare il rischio di compromettere i principi di segretezza, serietà delle offerte e *par condicio* tra i concorrenti (Consiglio di Stato sez. V, 08/03/2019, n.1605; Cons. Stato, VI, 17 gennaio 2017, n. 169; Cons. Stato, VI, 8 maggio 2012, n. 2657).

Ed invero, «*la norma contenuta nell’art. 38, comma 1, lett. m-quater) d.lgs. 163/2006, come si evince dal chiaro tenore letterale, estende le ipotesi di esclusione oltre il campo di applicazione dell’art. 2359 c.c. e delinea una fattispecie di collegamento sostanziale che la giurisprudenza ha accolto (già nel vigore del Codice dei contratti del 2006, confermandolo anche con riferimento al Codice dei contratti del 2016, per tale ultimo riferimento cfr., tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. V, 12 gennaio 2021 n. 393), sottolineando come tale estensione trovi una propria giustificazione nell’esigenza di evitare il rischio d’una “vanificazione dei principi generali in tema di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione. In tal modo si tende ad evitare che il corretto e trasparente svolgimento delle gare di appalto ed il libero gioco della concorrenza possano essere irrimediabilmente alterati dalla eventuale presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese, siano tuttavia riconducibili ad un unico centro di interesse: la ratio di tale previsione è quella di evitare il rischio di ammissione alla gara di offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da stretta comunanza di interesse caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti, proprio per tale situazione, capaci di formulare offerte caratterizzate dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità, coerentemente quindi ai principi di imparzialità e buon andamento cui deve ispirarsi l’attività della pubblica amministrazione ai sensi dell’art. 97 della Costituzione” (cfr., in termini, Cons. Stato, Sez. V, 18 luglio 2012 n. 4189)» (Consiglio di Stato, Sez. VI, 31/08/2021, n.6119).*

Come noto, i principi di segretezza, serietà delle offerte e *par condicio* tra i concorrenti operano in relazione alle procedure di affidamento tanto dei contratti passivi, quanto dei contratti attivi. L’attitudine, infatti, del contratto in affidamento di garantire all’Ente aggiudicatore un’entrata economica non può, di per sé, giustificare una deroga ai richiamati principi, in quanto parametri di riferimento propri di tutte le procedure selettive di tipo competitivo tendenti a salvaguardare anche l’imparzialità ed il buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Né, peraltro, può escludersi qualsivoglia effetto distorsivo sull'esito della gara in caso di più offerte al rialzo provenienti da società riconducibili ad un unico centro decisionale, poiché i possibili vantaggi di una strategia siffatta possono cogliersi, sul piano procedimentale, sotto diversi profili.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui una delle offerte del gruppo sia esclusa per qualsivoglia motivo, senza pregiudizio per le altre offerte delle società collegate, con conseguente persistente competitività del gruppo societario nell'ambito della procedura in ragione della dell'operato delle altre società non ancora escluse.

Si pensi, oppure, all'eventualità in cui il migliore offerente ritenga economicamente più conveniente ritirare la propria offerta o farsi escludere per qualsivoglia ragione (come, ad esempio, non rispondendo ad una richiesta di soccorso istruttorio), favorendo l'offerta (meno alta) delle altre società riconducibili al medesimo gruppo societario, con conseguente nocumento economico per l'Ente aggiudicatore che perderà l'offerta migliore in ragione di una dinamica societaria celata dalle società interessate partecipanti alla gara.

Si pensi, ancora, ai possibili riflessi sul computo della soglia di anomalia, potenzialmente rilevante anche nelle procedure di affidamento dei contratti attivi. Secondo quanto, infatti, chiarito dal Consiglio di Stato, *«La verifica di non anomalia, prevista nei contratti passivi (che comportano l'acquisto di una prestazione) ha la chiara finalità di garantire la qualità e la regolarità delle prestazioni oggetto di affidamento. Nei contratti attivi siffatta esigenza non sussiste, trattandosi di rapporti negoziali dai quali l'amministrazione ricava un'entrata senza chiedere al partner contrattuale specifiche prestazioni. Il richiamo dell'art. 97 del D. L.vo 50/2016 dev'essere dunque inteso, compatibilmente con la natura del contratto stipulando, come verifica della capacità solutoria del debitore rispetto alle obbligazioni pecuniarie assunte, avuto riguardo alla capacità del medesimo di produrre reddito d'impresa»* (Consiglio di Stato sez. III, 14/02/2022, n.1071).

Il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, infatti, è preordinato ad accertare la capacità dell'operatore economico di garantire l'esecuzione della prestazione offerta e, pertanto, l'esigenza di procedere a siffatto accertamento può prospettarsi per l'Ente aggiudicatore tanto in relazione ai contratti passivi, in cui le prestazioni promesse dall'aggiudicatario sono di dare o di fare, quanto in relazione ai contratti attivi, in cui l'aggiudicatario assume un'obbligazione pecuniaria che deve essere in grado di poter eseguire, in entrambi i casi sussistendo l'interesse pubblico a non stipulare alcun contratto con un contraente privo dei necessari requisiti tecnico-professionali ed economico-finanziari richiesti (nei contratti passivi) oppure insolvente, ossia privo di capacità economica (nei contratti attivi).

In quanto, dunque, preordinato ad accertare la serietà e sostenibilità economica dell'offerta, il sub-procedimento di anomalia di cui all'art. 97 D.Lgs. n. 50/2016 non costituisce, a dispetto del *nomen iuris* caratterizzante la relativa rubrica (*“Offerte anormalmente basse”*), una prerogativa esclusiva delle procedure di affidamento dei contratti passivi, proceduralizzando, infatti, una fase delle trattative contrattuali che, sul piano civilistico, richiama i doveri di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. e che rende esigibile una condotta collaborativa dell'offerente preordinata a comprovare all'Ente aggiudicatore la propria capacità di eseguire la prestazione promessa.

La partecipazione di più società collegate nell'ambito di una procedura di gara può, quindi, essere concertata in modo tale da determinare l'innalzamento della soglia di anomalia al punto da coinvolgere un cospicuo numero di operatori economici concorrenti e non anche l'offerta di una delle società del gruppo che, all'esito del sub-procedimento di cui all'art. 97 D.Lgs. n. 50/2016, potrebbe anche essere favorita dall'esclusione dei concorrenti che la precedono in graduatoria, pur non avendo formulato la migliore offerta al rialzo del canone a base d'asta previsto per l'affidamento del contratto attivo.”

Nota a sentenza di Martina Marchitelli

Il Consiglio di Stato con la sentenza 17 gennaio 2023, n. 579, in occasione dell'appello proposto avverso la sentenza del TAR Liguria n. 284/2022, è stato chiamato a pronunciarsi sull'applicabilità del codice dei contratti pubblici, ivi comprese le clausole di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. 50/2016, alle procedure di affidamento dei contratti attivi.

Innanzitutto, il giudice amministrativo ha condotto una disamina sull'oggetto della procedura di gara di cui è causa, al precipuo fine di qualificare l'affidamento, suddiviso in più lotti, di impianti pubblicitari di proprietà comunale e della relativa area di installazione. In proposito, il Consiglio di Stato, tenuto conto che la proprietà degli impianti pubblicitari è da individuarsi in capo al Comune banditore e considerato il fatto che gli impianti insistono sul suolo demaniale, è giunto a ritenere che la procedura in rilievo abbia ad oggetto l'affidamento di concessioni demaniali e non di servizi.

Dunque, ascrivendosi tale affidamento ai contratti attivi, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 4 D.Lgs. 50/2016, l'ambito oggettivo del codice appalti trova applicazione nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica. Ciò posto, quindi, anche le clausole di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. 50/2016 trovano piena operatività, attesa la *ratio* sottesa alle medesime, rinvenibile nel principio di *par condicio* e nell'individuazione del miglior operatore economico cui affidare l'appalto.

A seguito della ricostruzione poc'anzi descritta, il Consiglio di Stato, contrariamente al Giudice di Prime Cure, ha chiarito la compatibilità dell'art. 80, co. 5, lett. m), D.Lgs. 50/2016, con l'affidamento in esame, quale contratto attivo.

Più nello specifico, la sentenza in commento stabilisce che è da considerarsi corretto e legittimo il disciplinare di gara, laddove reca espresso richiamo a tutte le clausole di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. 50/2016, con conseguente obbligo della p.a. di conformarsi alle prescrizioni della *lex specialis* e di applicare, come avvenuto, la clausola escludente di cui al comma 5, lett. m) del predetto art. 80 nei confronti di talune società partecipanti alla gara che sono per l'appunto state escluse a fronte di elementi che abbiano fatto ritenere l'esistenza di un centro unico decisionale e che le medesime abbiano agito in modo coordinato, così da divenire aggiudicatarie della quasi totalità degli impianti equamente ripartiti.

Inoltre, il Consiglio di Stato è stato adito anche in merito all'applicabilità dell'art. 80, co. 5, lett. m), D.Lgs. 50/2016 in procedure di affidamento suddivise in una molteplicità di lotti.

In proposito, la decisione in rassegna, preliminarmente, precisa la finalità perseguita con la suddivisione dell'oggetto di gara in lotti *ex art.* 51 D.Lgs. 50/2021, individuabile nella esigenza di favorire la massima partecipazione possibile da parte delle piccole e medie imprese, come strumento pro-concorrenziale, al quale può combinarsi la possibilità di individuare una limitazione quantitativa del numero massimo di lotti che possono essere aggiudicati a ciascun offerente (art. 51, co. 3), sempre nell'ottica di arginare forme di concentrazione e acquisizione centralizzata degli appalti pubblici.

Successivamente, il Consiglio di Stato richiama l'orientamento costante secondo cui l'art. 80, co. 5, lett. m), D.Lgs. 50/2016 non trova applicazione nel caso in cui le offerte presentate da imprese riguardino lotti divergenti, essendoci per ciascun lotto un'autonoma procedura che si conclude con la relativa aggiudicazione. Tuttavia, precisa altresì che tale orientamento non può considerarsi riferibile al caso di specie in quanto la gara in esame, oltre ad avere una ripartizione in lotti, è caratterizzata dal limite quantitativo di lotti aggiudicabili da parte di un offerente. Pertanto, il Supremo Consesso Amministrativo chiarisce che, qualora più società im-

putabili ad un centro unico decisionale concorrano ad una gara ripartita in più lotti con l'intento di eludere, mediante la presentazione di più offerte "a scacchiera", l'eventuale limite imposto dall'Ente aggiudicatore al numero di lotti suscettibili di aggiudicazione ad un unico operatore ex art. 51 co.3 D.Lgs. n. 50/2016, l'esclusione dalla procedura di dette società rinvia il suo fondamento non nella violazione della disposizione pro-concorrenziale da ultimo citata, ma nell'art. 80 co.5 lett. c-bis) D.Lgs. n. 50/2016.

Infatti, nella sentenza in esame è espressamente motivato che *“se la presentazione di più offerte per l'aggiudicazione di un medesimo lotto da parte delle società avvinte da rapporti indicativi della sussistenza di un unitario centro decisionale è di per sé sufficiente a giustificare l'esclusione dalla gara, lo stesso non può dirsi allorché le società concorrano per l'aggiudicazione di lotti diversi, potendo rilevare la presentazione di offerte “a scacchiera” ai fini dell'esclusione nell'ottica elusiva del limite sancito dall'Ente aggiudicatore al numero di lotti suscettibili di aggiudicazione, in quanto condotta tendente ad influenzare indebitamente l'esito della procedura”*.

In conclusione, la decisione in commento offre un'importante disamina dei contratti attivi e un approdo fondamentale sull'applicabilità a dette tipologie di contratti delle cause di esclusione, alla luce della portata dell'art. 4 del D.Lgs. 50/2016. Del resto, le cause di esclusione fungono come regole delimitative della platea dei possibili operatori economici, assurgendo, a loro volta, a veri e propri requisiti di partecipazione in senso negativo, ossia non riscontrabili nei confronti dell'offerente che concorre legittimamente all'aggiudicazione della procedura di gara.

L'obbligo dell'ente di notificare il verbale di accertamento di inottemperanza

Argomento: Edilizia e urbanistica

(Cons. di Stato, sez. II, 23 gennaio 2023, n. 714)

Stralcio a cura di *Aniello Iervolino*

“Di particolare interesse al riguardo è il dialogo tra le Corti sviluppatosi a proposito dell'altra sanzione ablatoria prevista in ambito urbanistico-edilizio ovvero la confisca che accede al reato di lottizzazione abusiva (su cui v. da ultimo Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49). Alla stessa si ritiene si attaglino gli autonomi criteri che la Corte di Strasburgo ha elaborato al fine di stabilire la natura “penale” o meno di un illecito e della relativa sanzione, dando alla dizione un'accezione diversa da quella che la connota nell'ordinamento nazionale. È stato chiarito come ciò non implichi un'indebita ingerenza nella scelta di politica criminale tra qualificazione di un fatto illecito come amministrativo o penale, rimessa al legislatore nazionale, ma ne impone piuttosto una valutazione estensiva per non sottrarlo ad alcuni ineludibili requisiti sostanziali, prima ancora che a precise garanzie procedurali (al riguardo, v. Cons. Stato, sez. II, 4 giugno 2020, n. 3548).

9.1. Uno dei requisiti in presenza dei quali si può parlare di sanzione “sostanzialmente penale” è identificato nel suo grado di severità (v. sentenze 4 marzo 2014, r. n. 18640/10, resa nella causa Grande Stevens e altri c. Italia; 10 febbraio 2009, ric. n. 1439/03, resa nella causa Zolotoukhine c. Russia; v. anche Corte di giustizia UE, grande sezione, 5 giugno 2012, n. 489, nella causa C-489/10). È evidente, dunque, come l'ablazione della proprietà a titolo sanzionatorio si connoti sempre per il grado di afflittività massima nei confronti del titolare della stessa.

10. La giurisprudenza del Consiglio di Stato si è già occupata della sostanziale differenza che intercorre tra la confisca urbanistica ed il provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2021, n. 7380): ciò non toglie tuttavia che alla luce del quadro sopra sommariamente delineato sia ineludibile un'interpretazione anche delle norme relative a quest'ultimo che tenga conto dei principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Secondo la giurisprudenza amministrativa la sanzione acquisitiva al patrimonio dell'ente non può essere comminata nei confronti del proprietario del fondo incolpevole dell'abuso edilizio, cui è rimasto del tutto estraneo. Diversamente è a dire per la sanzione demolitoria, la cui natura “reale” e ripristinatoria dello stato dei luoghi per come preesistente all'illecito, la rende impermeabile al necessario previo accertamento di profili di responsabilità colpevole del proprietario, anche ove subentrato all'autore dell'abuso.

Ne consegue che per l'applicazione delle sanzioni amministrative privative della proprietà del bene, che non sono cioè meramente ripristinatorie dell'abuso perpetrato, è necessaria la sussistenza di un elemento soggettivo almeno di carattere colposo da parte del soggetto proprietario che le subisce.

11. Ritornando alla previsione del citato art. 31 del testo unico dell'edilizia, esso, come ac-

cennato, assomma in sé due autonome e distinte sanzioni, ablatoria e pecuniaria, quali conseguenze dell'accertata inottemperanza all'ingiunzione a demolire, essa pure sanzione (ma reale) per l'illecito (pregiudiziale) della realizzazione dell'intervento *sine titulo* ovvero con gravi difformità dallo stesso.

È allora da chiedersi se le regole che sovrintendono all'irrogazione dell'una si attaglino anche all'altra, nonché – a monte – quali siano le garanzie procedurali sottese ad entrambe, senza peraltro obliare che la prima consegue *ope legis* all'accertamento, mentre l'altra presuppone una scelta discrezionale motivata quanto meno in relazione all'individuazione dell'importo.

12. Le sanzioni amministrative pecuniarie godono di uno statuto che, sebbene meno pregnante rispetto a quello delle altre, “sostanzialmente” penali, è finalizzato a garantire il rispetto del principio generale di legalità e di proporzionalità, nonché ad assicurare le guarentigie del giusto procedimento.

13. È noto che la disciplina del cd. diritto punitivo amministrativo (ovvero, secondo altra denominazione, del diritto penale amministrativo, distinto dal diritto amministrativo della prevenzione e da quello disciplinare) ha trovato nella l. 24 novembre 1981, n. 689 una sua organica sistemazione, sia dal punto di vista sostanziale che dal punto di vista processuale.

L'art. 12, concernente l'ambito di applicazione, include nel proprio perimetro solo le sanzioni (e conseguentemente, gli illeciti puniti con le stesse) pecuniarie; per evitare che una simile limitazione potesse svuotare sensibilmente la portata della riforma è stata proposta un'articolata ricostruzione interpretativa della rilevanza *ratione obiecti* della l. n. 689/1981, individuando al suo interno tre nuclei fondamentali: a) i principi in materia di tutela giurisdizionale (originariamente contenuti negli artt. 22-25, oggi riconducibili all'art. 6 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, che si occupa in maniera esplicita delle sanzioni non pecuniarie; b) i principi sul procedimento (artt. 13-21); c) i principi sostanziali sull'illecito e la sanzione. Mentre le regole procedurali, con l'esclusione – secondo una certa lettura – dell'art. 13, invocato come modello generale per ogni caso di applicazione di una sanzione amministrativa, si attaglierebbero solo a quelle pecuniarie, le regole sostanziali, pur con talune eccezioni (si pensi alla previsione di cui all'art. 10 ovvero alle regole sulla prescrizione, collocate nella sez. II del capo I, all'art. 28), non potrebbero non trovare applicazione ad ogni sanzione amministrativa in senso stretto, ancorché non pecuniaria.

La l. n. 689/1981 finisce in tal modo per avere un ambito di applicazione elastico, in quanto investe un *genus* di sanzioni (principalmente, ma non esclusivamente pecuniarie) comprensivo di una pluralità di *species*. Fanno eccezione quelle oggetto di autonoma disciplina, quali tipicamente proprio la materia urbanistico-edilizia, che anche quando prevede sanzioni consistenti nel pagamento di una somma di danaro, declina modalità di accertamento tipiche dell'illecito edilizio comunque punito (cfr. art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001, riferito, per limitarsi all'esempio più frequente, alle violazioni in materia di s.c.i.a., di cui all'art. 37 del medesimo Testo unico, e che comportano, appunto, sanzioni pecuniarie).

Ciò nonostante alcune fattispecie continuano a sfuggire all'accennata sistematica, facendo riaffiorare le problematiche di ordine generale inerenti le modalità di coinvolgimento dell'autore dell'illecito nella fase di accertamento e i conseguenti regimi di tutela partecipativa al procedimento sanzionatorio. Tipico esempio di tale difficoltà di categorizzazione è proprio la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4 *bis*, del d.P.R. n. 380 del 2001, che si aggiunge all'acquisizione del bene, ma si concretizza nel mero pagamento di una somma di danaro compresa tra un minimo e un massimo, salvo l'importo fisso per i casi ritenuti più gravi. Con quanto ne consegue in termini di coerenza ricostruttiva anche dell'effettivo trasgressore, stante che la norma, come noto, ingiunge la demolizione al responsabile dell'abuso, sia o meno proprietario, ma imputa le conseguenze dell'inottemperanza all'“interessato” – *id est* il proprietario – cui non a caso essa va notificata – *recte*, contestata – previamente, seppure non

risultino poi chiare le possibilità di opporsi alle sue, in verità assai pesanti, conseguenze.

14. Una lettura sistematica e costituzionalmente orientata impone l'estensione applicativa dei principi fondamentali di cui agli artt. 1, 2, 3 e 4 della l. 689/1981 anche a tali tipologie di illecito [...].

In materia di sanzioni amministrative dunque il principio di legalità non solo impone la predeterminazione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere, della configurazione della norma di condotta la cui inosservanza è soggetta a sanzione, della tipologia e della misura della sanzione stessa e della struttura di eventuali cause esimenti, ma deve necessariamente modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento afflittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica dell'esercizio del potere.

Da qui anche le affermazioni inerenti l'importanza della fissazione di un termine per la conclusione del procedimento non particolarmente lontano dal momento dell'accertamento e della contestazione dell'illecito «*consentendo all'incolpato di opporsi efficacemente al provvedimento sanzionatorio, garantisce un esercizio effettivo del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost. ed è coerente con il principio di buon andamento ed imparzialità della PA di cui all'art. 97 Cost.*» (v. ancora Corte cost., n. 151/2021, cit. *supra*).

15. Un'analoga interpretazione orientata al rispetto dei principi ribaditi dalle Corti si impone anche per la dizione contenuta nel terzo comma del più volte citato articolo 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 ove si dispone che in caso di omessa demolizione il bene e l'area di sedime «*sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune*». L'acquisizione "di diritto" qualifica il provvedimento come obbligatorio e vincolato nel contenuto e la fa derivare dal mero mancato adempimento dell'ordine demolitorio, che peraltro potrebbe avere destinatari diversi (con la necessità di renderne comunque edotta la proprietà). Anche per tale ragione il Comune non è esonerato dall'accertamento dei presupposti che la rendono applicabile (elemento soggettivo). Il mancato adempimento infatti deve pur essere "accertato", così come deve essere accertata la sussistenza dell'elemento psicologico che giustifichi l'irrogazione della sanzione. Ancor più precisamente, cioè, deve pur sempre essere accertato che il mancato adempimento sia frutto della volontà del destinatario del provvedimento e non sia legato, per esempio, a cause di forza maggiore o altre ragioni ostative, che non si sia dato luogo ad un adempimento parziale e in specifici casi quale sia l'estensione dell'area acquisita che per espresso disposto normativo «*non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita*».

16. I procedimenti repressivi in materia edilizia, culminanti con l'atto di acquisizione della proprietà privata al patrimonio comunale, devono pertanto seguire una corretta scansione procedimentale, la quale è costituita dal provvedimento di demolizione, con cui viene assegnato il termine di novanta giorni per adempiere spontaneamente alla stessa ed evitare le ulteriori conseguenze pregiudizievoli; dall'accertamento dell'inottemperanza alla demolizione tramite un verbale; dall'atto di acquisizione al patrimonio che costituisce il titolo per l'immissione in possesso e per la trascrizione dell'acquisto della proprietà in capo al Comune o all'Amministrazione preposta alla tutela del vincolo: in particolare, tale atto deve individuare il bene oggetto di acquisizione e la relativa area di sedime, nonché l'eventuale area ulteriore, nei limiti del decuplo della superficie abusiva, la cui acquisizione deve essere specificamente motivata con riferimento alle norme urbanistiche vigenti (Cons. Stato, sez. VI, 1 settembre 2021, n. 6190). La necessità che il completo verificarsi dell'effetto traslativo debba formare oggetto di un atto amministrativo, di natura sia pur dichiarativa, risponde all'esigenza di garantire il principio eurounitario di stabilità e certezza delle posizioni giuridiche ed il principio di buona amministrazione.

16.1. L'art. 31 scandisce chiaramente tali fasi procedimentali che non sono surrogabili dal fatto noto che l'abuso non è stato demolito ovvero dalle indicazioni testimoniali in tal senso

dei controinteressati, in quanto inidonei a rendere partecipi dei – gravissimi – effetti del proprio o dell'altrui comportamento il proprietario del bene.

Il rafforzarsi del richiamato orientamento giurisprudenziale che ancora gli effetti compiuti dell'acquisizione gratuita al rispetto delle fasi procedurali che l'articolo 31 del testo unico sull'edilizia disciplina, è conforme ai principi nazionali e multilivello; per contro, non lo sarebbe una lettura dell'articolo che finisse per considerare legittima l'applicazione di una sanzione amministrativa particolarmente afflittiva prescindendo dal suo accertamento, oltre che dalla sua formale irrogazione.

16.1.2. La giurisprudenza amministrativa più recente ha precisato che il perfezionamento procedimentalizzato di tale fattispecie acquisitiva risulta subordinato all'apertura di una parentesi accertativa dell'eventuale spontanea ottemperanza all'ordine di demolizione da parte dell'ingiunto, i cui esiti devono essergli previamente comunicati. È stato affermato che «*L'effetto ablatorio in favore del Comune quindi si verifica ope legis in forza dell'inutile scadenza del termine fissato per ottemperare all'ingiunzione. Tuttavia, tale effetto, ancorché discendente automaticamente dall'inottemperanza, non esclude la necessità che il suo verificarsi debba formare oggetto di un atto amministrativo che, sia pure avente carattere dichiarativo, rappresenta l'accertamento ricognitivo della consistenza immobiliare oggetto di trasferimento e costituisce titolo necessario per l'immissione in possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari del trasferimento dell'immobile*» (Cons. St., sez. VI, 17 agosto 2021 n. 5901). Il completo perfezionamento della fattispecie acquisitiva è subordinato all'adozione di un atto avente valore provvedimento, ma per addivenire allo stesso vanno rispettati i passaggi procedurali a garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti e pure per esigenze di economia, stante che l'avvenuta demolizione spontanea soddisfa pienamente le esigenze di buon governo del territorio dell'Amministrazione vigilante.

16.1.3. Il rispetto di tali scansioni procedurali, lungi dal costituire baluardo meramente formale strumentalmente invocato per procrastinare, ovvero scongiurare, la demolizione dell'abuso, costituisce il giusto punto di incontro fra i contrapposti interessi tutelati dal legislatore, da un lato il rispetto dell'ordinato sviluppo del territorio, di cui il previo titolo edilizio costituisce garanzia primaria, dall'altro la tutela della proprietà, destinata comunque a recedere laddove il titolare non sacrifichi al suo mantenimento il doveroso ripristino spontaneo dello stato dei luoghi, sicuramente da preferire per intuibili ragioni di risparmio, anche economico.

Il che poi, sotto altro concorrente profilo, conduce a non svalutare il valore del verbale del sopralluogo, in genere demandato alla Polizia municipale, che constata l'omessa demolizione del manufatto abusivo. Per pacifica giurisprudenza esso costituisce un mero atto istruttorio endoprocedimentale che precede il provvedimento vero e proprio costituente titolo «*per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente*»; ma a detto verbale di sopralluogo deve essere attribuito il valore corrispondente, *mutatis mutandis*, al verbale di contestazione dell'illecito ex art. 14 della l. n. 689 del 1981, stante che è solo a far data dallo stesso che il proprietario, astrattamente finanche ignaro della vicenda fino a tale momento, viene messo in condizione di chiarire la propria posizione, scongiurando l'effetto acquisitivo (ma non, ovviamente, quello demolitorio). Solo così è possibile recuperare quel necessario elemento di raccordo tra i due snodi che tipicamente connotano ogni procedimento sanzionatorio, ovvero la fase affidata agli organi di vigilanza, deputata all'acquisizione di elementi istruttori, e la successiva, avente natura *lato sensu* contenziosa e decisoria, preordinata all'adozione, da parte dell'autorità titolare della potestà sanzionatoria, del provvedimento di irrogazione della stessa.

17. Per il caso di interventi abusivamente eseguiti su terreni sottoposti – in base a leggi statali o regionali – a vincolo di inedificabilità la norma prevede poi che l'acquisizione gratuita, nel caso di inottemperanza, si verifichi di diritto a favore delle amministrazioni cui compete la

vigilanza sull'osservanza del vincolo, cui spetta anche la successiva demolizione e ripristino dello stato dei luoghi (art. 31, comma 6). Circostanza questa che, seppure contestata dagli appellanti nel contenzioso conseguito al diniego *per silentium* di sanatoria, è espressamente richiamata nell'ingiunzione a demolire, ma del tutto pretermessa dal commissario *ad acta* nella determina conseguente al (ritenuto) accertamento di inottemperanza”.

Accesso civico e accesso documentale: la posizione di ITA

Argomento: Accesso agli atti

(Cons. di Stato, sez. VII, 25 gennaio 2023, n. 860)

Stralcio a cura di *Rossella Bartiromo*

“Occorre [...] verificare se la I.T.A. S.p.A. rientri o meno in una delle due tipologie societarie considerate dall’art. 2 *bis* co.2 lett. b) e co.3 D.Lgs. n. 33/2013, ed ossia tra le “*società in controllo pubblico*” o tra le “*società a partecipazione pubblica*”.

Il Consiglio di Stato ritiene che la I.T.A. S.p.A. rientri nell’ambito della prima tipologia societaria.

Ed invero, secondo quanto previsto dall’art. 2 co.1 lett. m) D.Lgs. n. 175/2016, richiamato dall’art. 2 *bis* co. 2 lett. b) D.Lgs. n. 33/2013, per “*società a controllo pubblico*” si intendono “*le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)*”, ossia allorché ricorrano le condizioni di cui all’art. 2359 c.c., potendo il controllo “*sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*”.

L’art. 2359 c.c. ritiene controllata la società allorché un’altra società disponga della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria (n.1) o di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria (n.2) o eserciti un’influenza dominante in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa (n.3).

Nel caso in esame ricorrono i presupposti di cui all’art. 2359 co.1 n. 1 c.c. poiché le quote societarie della I.T.A. S.p.A. sono attualmente detenute per intero dal Ministero dell’Economia e delle Finanze che, pertanto, esercita un controllo pieno al punto da giustificare la qualificazione della I.T.A. S.p.A. quale società a controllo pubblico.

Siffatta qualificazione deve essere, chiaramente, valutata allo stato, poiché in relazione alle società può avere incidenza il futuro ed eventuale mutamento della compagine sociale e dei conseguenti assetti societari tra i vari soci (non trattandosi di un ente pubblico contraddistinto da una struttura organizzativa-amministrativa rigidamente definitiva per legge). [...]

Pertanto, sino a quando l’attuale assetto societario non muterà in modo significativo, la I.T.A. S.p.A. dovrà considerarsi società controllata dal Ministero dell’Economia e delle Finanze e, dunque, sottoposta ad un controllo pubblico e, come tale, tenuta ai sensi dell’art. 2 *bis* co.2 lett. b) D.Lgs. n. 33/2013 agli obblighi di trasparenza [...]

Considerato, dunque, che la I.T.A. S.p.A. è tenuta, in quanto società a controllo pubblico, agli obblighi di trasparenza previsti dal D.Lgs. n. 33/2013, ed in particolare agli artt. 16, 17 e 19 concernenti il proprio personale, deve ritenersi fondata la pretesa dell’istante a titolo di accesso civico, con conseguente obbligo per la predetta società di ostensione della documentazione richiesta dall’appellante. [...]

Il Consiglio di Stato osserva [...] occorre [...] procedere all’esame dei profili strettamente attinenti all’accesso documentale non accolto dalla I.T.A. S.p.A. muovendo, anzitutto, dal da-

to normativo di riferimento costituito, nella circostanza, dall'art. 22 co. 1 lett. e) L. n. 241/1990 che sancisce una nozione di pubblica amministrazione rilevante ai fini del riconoscimento della legittimazione passiva a ricevere le istanze di accesso agli atti in questione comprendente *“tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario”*.

Deve, dunque, accertarsi se la I.T.A. S.p.A. possa considerarsi società esercente un'attività di pubblico interesse.

A favore della soluzione affermativa militano alcune peculiarità desumibili dalla norma primaria istitutiva della predetta società, ed ossia l'art. 79 D.L. n. 18/2020, quali: l'autorizzazione alla costituzione della società in virtù di una norma avente forza di legge (co.3); il controllo della società da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze o da una società a prevalente partecipazione pubblica anche indiretta (co.3); la nomina degli organi sociali, almeno per il primo periodo di durata in carica, con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, di concerto con il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, il Ministro dello Sviluppo Economico e con il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali (co.4); la stipula tra la società in questione ed il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze e con il Ministero dello Sviluppo Economico e con gli Enti pubblici territorialmente competenti, di appositi contratti di servizio preordinati a garantire l'erogazione delle prestazioni di servizi pubblici essenziali di rilevanza sociale (co.4 *ter*); il patrocinio facoltativo dell'Avvocatura dello Stato (co. 5 *bis*). [...]

L'accesso va [...] garantito nei casi in cui una norma comunitaria o di diritto interno imponga al gestore del pubblico servizio l'attivazione di procedimenti per la formazione delle proprie determinazioni, in specie per la scelta dei propri contraenti, nonché in relazione agli atti afferenti le scelte organizzative adottate in sede di gestione del servizio: scelte potenzialmente incidenti sulla qualità del servizio stesso, sul rispetto delle norme volte a proteggere gli utenti e sul soddisfacimento delle loro esigenze.

[...] l'Adunanza Plenaria ammette l'ostensibilità della residuale attività espletata dal gestore di un pubblico servizio sempre che, all'esito di un giudizio di bilanciamento degli interessi cui la stessa è preordinata, risulti prevalente l'interesse pubblico rispetto a quello squisitamente imprenditoriale. [...]

Sebbene [...] non sia possibile formalmente riconoscerle la qualità di concessionario di un servizio pubblico universale, la I.T.A. S.p.A. sembra essere stata creata dallo Stato Italiano anche (ma chiaramente non soltanto) per soddisfare, nei limiti del possibile e nel rispetto del diritto dell'Unione Europea, i servizi pubblici essenziali di rilevanza sociale connessi al trasporto aereo in zone del territorio nazionale non in grado di garantire un'appetibile remuneratività per il vettore che ivi decida di operare.

La compatibilità con il diritto dell'Unione Europea della scelta operata dall'Italia con la costituzione della I.T.A. S.p.A., come riconosciuto anche dalla Commissione dell'Unione Europea, appare evidente in ragione non del riconoscimento di diritti di esclusiva o di finanziamenti integranti aiuti di Stato, a fronte della costituzione di un capitale sociale preordinato ad assicurare l'avviamento di un'attività imprenditoriale da esercitare in condizioni di piena concorrenzialità, nella prospettiva di conseguire importanti utili di gestione che possano assicurare la crescita economica della compagnia anche in ragione dell'interesse pubblico dipendente dal soddisfacimento delle esigenze connesse alle rotte economicamente meno appetibili. [...]

Donde, la comprovata sussistenza di un interesse pubblico connesso all'attività della I.T.A. S.p.A. e che giustifica la costituzione della società stessa da parte dell'Italia, sebbene nella prospettiva di una progressiva dismissione dell'originaria partecipazione pubblica totalitaria ma pur sempre orientata ad assicurare (mediante appositi accordi di *governance*) tra l'altro la valorizzazione degli hub nazionali (D.P.C.M. 11 febbraio 2022), anche ai fini della prestazio-

ne di servizi pubblici essenziali di rilevanza sociale mediante la stipula di appositi contratti di servizio.

Al riguardo, assume peculiare rilevanza, [...], l'assunzione da parte della I.T.A. S.p.A. degli obblighi di servizio di cui al D.M. 25 novembre 2016 n. 466 in relazione a talune rotte tra la Sardegna e la penisola italiana, poiché l'imposizione di regole da parte dello Stato in relazione all'attività di trasporto aereo costituisce indice sintomatico di un rilevante interesse pubblico che pone l'operatore economico interessato in una posizione analoga (sebbene non identica) a quella del concessionario di un servizio pubblico, tanto più allorché si verificano le condizioni di cui all'art. 16 co. 9 del Regolamento 1008/2008 CE che consentono allo Stato di limitare il servizio pubblico sulla tratta di interesse ad un unico vettore.

Donde, l'interesse pubblico connesso all'attività imprenditoriale della I.T.A. S.p.A. che ne giustifica la parziale soggezione alla disciplina del diritto nazionale, ai sensi dell'art. 22 co.1 lett. e) L. n. 241/1990, con conseguente rivalutazione e giustificazione di tutti gli indici pubblicistici desumibili dall'art. 79 D.L. n. 18/2020 [...]

Elementi ai quali deve aggiungersi anche il controllo di gestione della Corte dei conti ai sensi dell'art. 12 della legge n.259/58, statuito con il DPCM del 3.2.2021

La I.T.A. S.p.A. può, pertanto, ritenersi ente di diritto privato esercente attività anche funzionale al soddisfacimento di pubblici interessi e, come tale, sottoposta agli obblighi di evidenza e trasparenza di cui l'accesso documentale costituisce disciplina applicativa.”

Nota a sentenza di Ambrogio Ietto

La sentenza in commento assume rilievo in quanto è l'ultima di una lunga serie incentrata sul diritto di accesso. Molteplici, infatti, sono stati negli ultimi anni gli interventi giurisprudenziali volti a delineare i limiti e le forme di esercizio di tale diritto (es. Cons. Stato, A.P., n. 19/2020 sull'accessibilità degli atti dell'anagrafe tributaria; Cons. Stato, A.P., n. 4/2022, sull'accessibilità delle cartelle esattoriali). Ciò dimostra l'enorme rilievo dell'istituto in questione (in tutte le sue forme).

La questione processuale in commento nasce a valle del rigetto di una istanza di accesso presentata da un privato nella sua duplice qualità di singolo e di presidente di un'associazione. Con tale richiesta, l'istante chiedeva l'ostensione degli atti relativi ai procedimenti indetti da una società a controllo pubblico per il reclutamento del proprio personale (tra i quali, in particolare, bandi, regolamenti societari e delibere indicanti gli specifici criteri seguiti e le modalità di assunzione adottate nella circostanza).

Ritenendo illegittimo detto rigetto, l'istante presentava ricorso prima dinanzi al T.A.R. e, poi, visto il mancato accoglimento dello stesso in primo grado, appello dinanzi al Consiglio di Stato.

Centrale, nel caso in rassegna, è la disquisizione sulla legittimazione passiva della società resistente.

Secondo la prospettiva dell'appellante, la appellata, in quanto società a controllo pubblico esercente attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario (ai sensi dell'art. 22 co. 1 lett. e) L. n. 241/1990) sarebbe tenuta al rispetto degli obblighi pubblicitari previsti per tali soggetti di diritto.

La società resistente è, infatti, controllata da un Ministero.

Viceversa, gli appellati (nonché l'adito T.A.R.) evidenziano come l'art. 79 co. 5 D.L. n.

18/2020 espressamente preveda la non applicazione alle società operanti “*nel settore del trasporto aereo di persone e merci*” delle “*disposizioni previste dal decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 75*”.

Da ciò ne deriverebbe la qualifica della resistente “*come soggetto imprenditoriale di natura esclusivamente privatistica*”, in quanto tale non tenuto ad alcun obbligo pubblicitario.

Il Consiglio di Stato, prima di pronunciarsi nel merito della questione, effettua una serie di precisazioni preliminari fondamentali.

In prima battuta, si sofferma sulla qualificazione giuridica del diniego opposto dalla resistente.

Il rigetto dell’istanza di accesso presentata dall’appellante era stato formalizzato, infatti, mediante una missiva del legale della società resistente (che non sarebbe stato legittimato a pronunciarsi sulla questione).

Al riguardo va precisato come, sulla base dello Statuto della società (approvato con il D.M. 9 ottobre 2020), l’organo societario deputato a manifestare all’esterno la volontà della società fosse il consiglio di amministrazione, il quale poteva agire tramite o l’amministratore delegato o un terzo appositamente delegato.

Senonché il Consiglio di Stato evidenzia come il soggetto convenuto non abbia prodotto in giudizio alcun atto dal quale sia deducibile il conferimento al legale procuratore dei necessari poteri di rappresentanza della società nei rapporti con i terzi.

Da ciò ne deriva, dunque, la “*non imputabilità alla società della predetta missiva di diniego in questa sede contestata, con conseguente qualificazione dell’azione proposta dall’appellante quale ricorso avverso il silenzio della*” società appellata.

Così ricostruita la questione, la contestata missiva diviene “*tamquam non esset*” ai fini dell’istanza di accesso e del presente giudizio, “*con conseguente configurabilità dell’iniziativa processuale dell’appellante non quale impugnazione di un formale atto di rigetto della propria richiesta, bensì quale domanda avverso il silenzio che, per quanto concerne l’accesso documentale, assume la valenza di rigetto ai sensi dell’art. 25 co.4 L. n. 241/1990 e, per quanto invece concerne l’accesso civico, si configura quale mera condotta omissiva inadempiente rispetto all’obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso e motivato nel termine di 30 giorni dalla presentazione dell’istanza ai sensi dell’art. 5 co.6 D.Lgs. n. 33/2013*”.

A fronte di tale riqualificazione giuridica dell’azione processuale, in astratto si sarebbe dunque posto il problema di individuare il rito applicabile (se quello *ex art. 116 c.p.a.*, ossia contro il silenzio-rigetto, o quello *ex art. 117 c.p.a.*, ossia avverso il silenzio-inadempimento).

Il problema, di enorme rilievo in astratto per via dei differenti termini di esperibilità (30 giorni o fino alla durata dell’inadempimento), nel caso di specie non assume rilievo “*poiché il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado è stato tempestivamente notificato (anche) ai sensi dell’art. 116 cod. proc. amm.*”.

In seconda battuta, il Consiglio di Stato si preoccupa di verificare la natura dell’istanza di accesso presentata “*ab origine*” dal privato (se documentale, civica o omnicomprensiva).

Sul punto, i giudici di Palazzo Spada, partendo dalla pacifica cumulabilità delle forme di accesso e valorizzando la generalità dell’istanza presentata, arrivano a ritenere che “*l’accesso agli atti, a dispetto di quanto indicato nell’instanza della richiesta, [ove si faceva riferimento solo all’accesso documentale] è stato domandato dall’appellante (...) non soltanto ai sensi degli artt. 22 e ss. L. n. 241/1990, ma anche ai sensi del combinato disposto costituito dall’art. 19 co.3 D.Lgs. n. 175/2016 e dagli artt. 22, 46 e 47 D.Lgs. n. 33/2013*”.

Per quanto riguarda l’istanza di accesso civico (semplice), presentata ai sensi dell’art. 5 co. 1 D.Lgs. n. 33/2013, si pone un primo quesito: se sussiste o meno un obbligo di pubblicazione degli atti di cui si richiedeva nella specie l’ostensione.

Come noto, infatti, due sono i presupposti di esperibilità di detta forma di accesso.

Anzitutto il destinatario dell'istanza deve rientrare tra quelli indicati dall'art. 2-bis del D.Lgs. n. 33/2013 e in secondo luogo l'atto di cui si chiede l'estensione deve essere oggetto di un obbligo legale di pubblicazione (c.d. "accesso proattivo").

Sul primo aspetto, nel caso di specie non sussistono grandi perplessità, essendo alquanto evidente l'appartenenza della resistente alla categoria delle "società in controllo pubblico" di cui all'art. 2 bis co. 2 lett. b) e co. 3 D.Lgs. n. 33/2013 (almeno fino a quando un Ministero sarà titolare dell'intero pacchetto azionario).

A nulla rileva, infatti, che detta società, anche secondo quanto dichiarato nel relativo decreto istitutivo, agisca in regime di diritto privato.

Le società a controllo pubblico (ed, in parte, anche quelle a mera partecipazione pubblica) sono soggette, a differenza delle società a capitale interamente privato, ad obblighi legali di trasparenza.

Maggiormente problematico, invece, risulta il secondo aspetto, relativo all'obbligatorietà (o meno) della pubblicazione degli atti richiesti.

Nell'ottica del giudice di prime cure, dirimente a tal proposito sarebbe il disposto dell'art. 79 co. 5 D.L. 17 marzo 2020 n. 18 (convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020 n. 27) mediante il quale il legislatore espressamente dispone la non applicazione del D.Lgs. n. 175/2016 a certe società.

Da questa disposizione ne deriverebbe che società come quella appellata nella sentenza in rassegna non sarebbero tenute al rispetto degli obblighi legali di trasparenza e pubblicazione.

Il Consiglio di Stato, sul punto, riforma quanto statuito dal T.A.R., sostenendo che "se l'art. 79 co.5 D.L. 17 marzo 2020 n. 18 esclude l'applicazione del D.Lgs. n. 175/2016 alla [società appellata] (...) non può, di per sé, concludersi che il D.Lgs. n. 33/2013 non sia applicabile alla" società appellata.

Ne deriva, dunque, che "l'esclusione (...) della disciplina di cui al D.Lgs. n. 175/2016 non implica automaticamente anche quella contemplata dal D.Lgs. n. 33/2013, mancando un'espressa previsione normativa primaria in tal senso nel richiamato art. 79 co.5 D.L. 17 marzo 2020 n. 18".

I due testi normativi richiamati (il D.Lgs. 175/2016 ed il D.Lgs. 33/2013), per quanto connessi, hanno valenza autonoma.

L'art. 2 bis co. 2 lett. b) D.Lgs. n. 33/2013 estende, infatti, la disciplina dell'accesso civico e degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni nei confronti delle società in controllo pubblico "come definite" dall'art. 2 co. 1 lett. m) D.Lgs. n. 175/2016. Il richiamo che il D.Lgs. n. 33/2013 opera nei confronti del D.Lgs. n. 175/2016 è chiaramente riferito alle sole "definizioni", non certo alla disciplina in sé. A nulla rileva, dunque, la non applicabilità del D.Lgs. n. 175/2016 stabilita dall'art. 79 co. 5 citato. È il D.Lgs. n. 33/2013 a prevedere gli obblighi di pubblicazione per taluni atti e nessuna norma ne preclude l'applicazione nella fattispecie in discorso.

D'altronde, chiarisce il Consiglio di Stato, "se il legislatore avesse voluto esonerare la [società appellata] agli obblighi di trasparenza di cui al D.Lgs. n. 33/2013 lo avrebbe espressamente previsto, al pari di quanto statuito in ordine alla non applicabilità del D.Lgs. n. 175/2016".

Chiarita, dunque, l'ammissibilità dell'istanza di accesso civico semplice, l'attenzione del Consiglio si sposta sull'accesso documentale.

Ebbene i giudici di Palazzo Spada ritengono che anche l'istanza di accesso documentale sia "fondata" e debba essere accolta.

Primo aspetto su cui detto plesso giurisdizionale si interroga è sul se la resistente possa

considerarsi “*società esercente un’attività di pubblico interesse*” ai sensi dell’art. 22 co. 1 lett. e) L. n. 241/1990.

A favore della risposta affermativa militano, per espressa statuizione del Consiglio di Stato, molteplici caratteristiche di detta società (quali, ad esempio, il controllo della società da parte di un Ministero, la stipula di appositi contratti di servizio con altro dicastero).

Ai fini del riconoscimento della legittimazione passiva ad essere destinataria della disciplina dell’accesso documentale, rileva, secondo quanto stabilito dall’art. 22 co. 1 lett. e) L. n. 241/1990, l’espletamento di un’attività di pubblico interesse che, nella fattispecie, si rinviene nell’erogazione del servizio di trasporto aereo reso dalla appellata.

Il Consiglio, sul punto, è fermo nel ritenere che “*sebbene (...) l’attività esercitata sia certamente di tipo commerciale e destinata ad operare nell’ambito di un settore di mercato contraddistinto da un’elevata concorrenza, la [società appellata] non sembra possa ritenersi assimilabile ad un qualsiasi operatore economico privato, essendo i predetti elementi pubblicistici particolarmente indicativi di una rilevanza anche sociale connessa ad un interesse generale*”.

Da una analisi congiunta della disciplina comunitaria (es. Regolamento CE n. 1008/2008) ed interna, il Consiglio di Stato rileva che “*sebbene (...) non sia possibile formalmente riconoscerle la qualità di concessionario di un servizio pubblico universale, la [società appellata] sembra essere stata creata dallo Stato Italiano anche (ma chiaramente non soltanto) per soddisfare, nei limiti del possibile e nel rispetto del diritto dell’Unione Europea, i servizi pubblici essenziali di rilevanza sociale connessi al trasporto aereo in zone del territorio nazionale non in grado di garantire un’appetibile remuneratività per il vettore che ivi decida di operare*”.

Ciò lo si ricava *in primis* dal fatto che lo Stato italiano ha disposto ingenti conferimenti di capitali per la costituzione di detta società ed, *in secundis*, dalla possibilità, per lo Stato, di imporre alla stessa oneri di servizio per garantire alla collettività talune rotte di particolare rilevanza sociale ma scarsamente remunerative per l’azienda.

L’imposizione di regole da parte dello Stato in relazione all’attività di trasporto aereo costituisce un evidente indice sintomatico di un rilevante interesse pubblico che pone l’operatore economico interessato in una “*posizione analoga (sebbene non identica) a quella del concessionario di un servizio pubblico*”.

D’altronde, rileva la Corte, “*già l’art. 4 del Regolamento CEE n. 2408/92, come in seguito anche l’articolo 16 del Regolamento CE n. 1008/2008, in deroga ai principi comunitari di divieto di aiuti di Stato, ha previsto, in capo ai singoli Stati ed al fine di garantire il servizio di trasporto nei territori geograficamente svantaggiati, la possibilità anche di corrispondere degli emolumenti economici nei confronti delle compagnie che accettino di entrare in un mercato ritenuto ad alta rilevanza sociale alle condizioni dagli Stati stessi individuate mediante la previsione di appositi oneri di servizio pubblico (O.S.P.), obbligandosi all’erogazione di un servizio aereo secondo criteri di continuità, regolarità, capacità e tariffazione cui i vettori non si atterrebbero se tenessero unicamente conto del proprio interesse commerciale.*”

Ne deriva, conclude la Corte, che la società appellata “*può, pertanto, ritenersi ente di diritto privato esercente attività anche funzionale al soddisfacimento di pubblici interessi e, come tale, sottoposta agli obblighi di evidenza e trasparenza di cui l’accesso documentale costituisce disciplina applicativa*”.

Risolta, dunque, la questione concernente la legittimazione della appellata, il Consiglio di Stato si sofferma sugli altri requisiti strumentali all’ammissibilità dell’istanza *ex art.* 22 l. 241/1990.

Appare evidente la sussistenza, nel caso concreto, di un collegamento tra gli atti di cui si è chiesta l’ostensione e l’interesse pubblico soddisfatto dall’attività di trasporto esercitata, al punto da giustificare l’accoglimento della richiesta.

Difatti *“sussiste un evidente collegamento tra le modalità prescelte per il reclutamento del personale di volo e la qualità del servizio reso agli utenti, non occorrendo sul punto ulteriori argomentazioni.”*

Appare evidente, infine, anche l'interesse dell'appellante, nella duplice qualità vantata, a conoscere la documentazione richiesta, sia quale singolo aspirante a un nuovo impiego presso la società resistente sia quale presidente di associazione del personale di settore, in ragione della necessità di tutelare l'interesse collettivo degli iscritti.

Opere strategiche: la correlazione tra progetto preliminare e quello definitivo approvato dopo un lungo lasso di tempo

Argomento: Contratti pubblici

(Cons. di Stato, sez. IV, 14 febbraio 2023, n. 1555)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“[I]l Collegio ritiene opportuno evidenziare che risulta pacifico tra le parti che l’opera debba essere qualificata come “infrastruttura strategica”, in quanto inclusa, dalla delibera CIPE del 21 dicembre 2001, n. 121, nel 1° Programma delle infrastrutture strategiche, che include nell’Allegato 1, la voce «Allacciamenti ferroviari e stradali grandi hub aeroportuali» e che all’Allegato 2, con riferimento alla Regione del Veneto, nella voce «hub portuali e aeroportuali», include i «Collegamenti ferroviari con aeroporti veneti (Venezia-Verona)» (cfr. delibera CIPESS del 3 novembre 2021, pagina 1).

[...] l’art. 216, comma 1-bis, d.lgs. n. 50/2016, dispone che: “Per gli interventi ricompresi tra le infrastrutture strategiche di cui alla disciplina prevista dall’articolo 163 e seguenti del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, già inseriti negli strumenti di programmazione approvati e per i quali la procedura di valutazione di impatto ambientale sia già stata avviata alla data di entrata in vigore del presente codice, i relativi progetti sono approvati secondo la disciplina previgente. Fatto salvo quanto previsto al comma 4-bis, per le procedure di gara si applica quanto previsto al comma 1”.

11.2.2. L’art. 216, comma 27, d.lgs. n. 50/2016, prevede che: “Le procedure per la valutazione di impatto ambientale delle grandi opere avviate alla data di entrata in vigore del presente decreto secondo la disciplina già prevista dagli articoli 182, 183, 184 e 185 di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono concluse in conformità alle disposizioni e alle attribuzioni di competenza vigenti all’epoca del predetto avvio. Le medesime procedure trovano applicazione anche per le varianti”.

11.3. Svolte queste premesse in fatto e in diritto, il Collegio ritiene che il T.a.r. abbia correttamente applicato la disciplina transitoria contenuta nel d.lgs. n. 50/2016 e, in particolare, l’art. 216, comma 1-bis.

11.3.1. Non merita accoglimento, in proposito, quanto affermato dall’appellante, secondo cui sarebbe “Erroneo [...], poi il richiamo – contenuto nella sentenza appellata – al comma 1 bis dell’art. 216 del D.Lgs. n. 50/2016, neppure citato nei provvedimenti impugnati, i quali invocano, per contro, il comma 27 dell’art. 216 del D.Lgs. n. 50/16.”.

11.3.2. L’affermazione è infondata in quanto la delibera CIPESS oggetto di impugnazione indica, fra le norme applicate, anche quella di cui all’art. 216, comma-1 bis, d.lgs. n. 50/2016.

11.3.3. La censura è altresì infondata, considerato che, quand’anche sussistesse, l’errore nella indicazione della disposizione applicata, qualora non abbia determinato un vizio sostanziale del procedimento o del provvedimento amministrativo emanato, costituisce una mera irregolarità formale della motivazione e risulta del tutto ininfluenza, al pari dell’errata indicazione del *nomen juris* di un atto ai fini della sua qualificazione giuridica. [...]

Nel delineare la disciplina transitoria del passaggio dal “vecchio” al “nuovo” codice dei contratti pubblici (e cioè dal d.lgs. n. 163/2006 al d.lgs. n. 50/2016), la norma individua l’avvenuto avvio della procedura di valutazione di impatto ambientale, alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, quale fatto giuridicamente rilevante a fungere da “spartiacque” tra le due discipline.

11.4.2. La medesima norma perimetra il suo campo di applicazione facendo espresso riferimento all’emanazione del provvedimento di approvazione dei progetti (“*i relativi progetti sono approvati*”) degli “*interventi ricompresi tra le infrastrutture strategiche di cui alla disciplina prevista dall’articolo 163 e seguenti del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*”, che sono, per l’appunto, le infrastrutture strategiche già disciplinate dalla legge 21 dicembre 2001 n. 443, a cui l’art. 163, d.lgs. n. 163/2006, fa costante richiamo; a cui si riferiscono le disposizioni “*seguenti*” la disposizione da ultimo citata; a cui è intitolato il Capo IV del d.lgs. n. 163/2006, *sedes materiae*, per l’appunto, dell’art. 163.

11.4.3. Questa esegesi del testo normativo collima, peraltro, anche con una sua interpretazione teleologica, in quanto la disciplina transitoria dell’art. 216 d.lgs. n. 50/2016 risulta improntata ad evitare una possibile discontinuità o eventuali antinomie fra le competenze e i procedimenti seguiti per la fase della progettazione preliminare e per quella della progettazione definitiva.

11.4.4. L’interpretazione risulta, infine, corroborata anche dall’interpretazione sistematica, in quanto sia l’art. 216, comma 1-bis, che l’art. 216, comma 27 (quest’ultima disposizione con riferimento al giudizio di compatibilità ambientale), esprimono la medesima necessità di perpetuare l’applicazione della medesima disciplina rispetto alla realizzazione di opere di “*preminente interesse nazionale*” (art. 161, d.lgs. n. 163/2006).

11.5. Applicando la norma in questione al caso di specie risulta che, “*alla data in cui è entrata in vigore*” la “nuova” disciplina del d.lgs. n. 50/2016, la procedura di valutazione di impatto ambientale relativamente al progetto preliminare del “*collegamento ferroviario con l’aeroporto «Marco Polo» di Venezia*” risultava essere già stata “*avviata*”.

11.5.1. Risulta ininfluenza la circostanza, rimarcata dall’appellante, che il procedimento in questione si fosse anche già concluso con l’emanazione del giudizio di compatibilità ambientale, in considerazione del fatto che la norma non dispone la prosecuzione del procedimento secondo la previgente disciplina soltanto con riferimento ai procedimenti di VIA ancora in corso, bensì ancora al fatto storico dell’avvenuto avvio di quest’ultimo procedimento l’ultratattività della precedente disciplina del d.lgs. n. 163/2006.

11.6. L’appellante censura l’applicazione della disciplina del d.lgs. n. 163/2006, sviluppando anche un ulteriore argomento di doglianza, che muove dal presupposto che le modifiche apportate dal progetto definitivo (approvato), rispetto a quanto stabilito dal progetto preliminare (approvato), sarebbero tali da configurare una vera e propria ri-progettazione dell’opera, sicché il procedimento si sarebbe dovuto avviare *ex novo*, con applicazione della nuova disciplina.

11.6.1. L’affermazione è tuttavia infondata, tenuto conto della giurisprudenza di questo Consiglio.

11.6.2. Segnatamente, “*Ai sensi dell’art. 93 D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti) la progettazione in materia di lavori pubblici si articola secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici, in preliminare, definitiva ed esecutiva. Il progetto preliminare definisce le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire e consiste in una relazione illustrativa delle ragioni della scelta della soluzione prospettata in base alle valutazioni delle soluzioni possibili. Il progetto definitivo individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti nel progetto preliminare e contiene*

tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni. Il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare e il relativo costo previsto e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo.” (Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2014, n. 3116).

Risulta dunque “...fisiologico che tra progetto preliminare e progetto definitivo vi siano delle differenze, specie nella parte in cui la progettazione definitiva recepisca gli apporti procedurali e partecipativi emersi nel corso del procedimento, dall’altro, tuttavia, qualora in sede di approvazione del progetto definitivo vi sia stata una sensibile variazione rispetto al preliminare ed una significativa modificazione dell’impatto globale del progetto sull’ambiente, la VIA deve essere rinnovata e ripetuta” (Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1164).

Si è poi affermato che “*Il progetto preliminare delle opere strategiche, invero, costituisce la decisione principale sulla ottimale armonizzazione dell’opera pubblica con l’ambiente esterno, non suscettibile di sensibili modifiche in sede di sviluppo degli altri livelli di progettazione, con la conseguenza che tra i due elaborati di progettazione preliminare e definitiva è ragionevole che emerga una differenza nella parte in cui la progettazione definitiva raccoglie i suggerimenti emersi nel corso della conferenza di servizi. In tale contesto l’opera pubblica approvata con progetto preliminare deve essere nuovamente sottoposta a valutazione ambientale ogni qualvolta vi sia stata, in sede di approvazione del progetto definitivo, una sensibile variazione rispetto alla valutazione effettuata al momento del progetto preliminare e vi sia stata una significativa modificazione dell’impatto globale del progetto sull’ambiente*” (Cons. Stato, Sez. IV, 21 dicembre 2012, n. 6667).

11.6.3. Dalla disamina della giurisprudenza citata emerge che, le variazioni fra fasi progettuali costituiscono il fisiologico sviluppo della progettazione e siano ammesse anche modifiche “*significative*” fra il progetto preliminare e quello definitivo, senza che ciò comporti la soluzione di continuità tra i progetti che si sono avvicinati diacronicamente oppure l’illegittimità del provvedimento di approvazione del progetto dell’opera contenente tali “*significative*” modifiche. L’unica conseguenza che si trae dalla sussistenza di queste “*significative modifiche*” è costituita dalla necessità di ripetere la VIA.

11.6.4. Conseguentemente, nel caso in esame, non emerge alcun profilo di illegittimità dell’operato dell’amministrazione, considerato che le differenze progettuali non sono tali da comportare la prospettata discontinuità e radicale differenza fra i progetti esaminati nel corso della lunga “gestazione” dell’infrastruttura strategica, e, perciò, il riavvio *ex novo* del procedimento amministrativo, in quanto, nel passaggio tra le due fasi di progettazione, sono rimaste immutate le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire.

11.6.5. Pure a volere considerare, poi, come “*sensibili modifiche*” quelle apportate, la valutazione ambientale dell’opera è stata comunque rinnovata, con conseguente legittimità dell’operato dell’amministrazione.

11.6.6. Nessun rilievo, inoltre, assume l’affermazione contenuta nello studio di fattibilità di OMISSIS, secondo cui la scelta della soluzione progettuale “a cappio” avrebbe comportato la necessità di un nuovo progetto preliminare.

11.6.7. Trattasi infatti di un’affermazione (di parte) errata in diritto, in ragione dei principi giurisprudenziali richiamati, e che lo studio di fattibilità neppure supporta con adeguata motivazione.

11.7. Contrariamente a quanto affermato dall’appellante, non può considerarsi rilevante per qualificare il progetto definitivo come “nuovo progetto” neppure il lungo lasso di tempo trascorso.

11.7.1. In linea generale, il (lungo lasso di) tempo trascorso (tra l'approvazione del progetto preliminare e l'approvazione del progetto definitivo), in assenza di un'espressa previsioni normativa che correli al suo decorso (e, in generale, all'elemento temporale) un'ipotesi di decadenza o vi riconnetta profili di illegittimità dell'attività amministrativa, risulta un "elemento neutro" rispetto alla conformità al paradigma normativo dello sviluppo procedimentale e non incide, pertanto, sulla legittimità dei provvedimenti, né, di per sé, risulta elemento idoneo a segmentare l'unità dell'azione amministrativa e a rendere il progetto definitivo un "nuovo progetto" rispetto al progetto preliminare.

11.7.2. Costituisce, del resto, *jus receptum*, il principio, più volte affermato da questo Consiglio, secondo cui la violazione dei termini procedimentali non incide sulla legittimità del provvedimento (Cons. Stato, Sez. II, 16 dicembre 2021, n. 8383)".

Interdittiva antimafia: non può riguardare liberi professionisti non organizzati in forma d'impresa

Argomento: Interdittiva antimafia

(Cons. di Stato, sez. III, 2 marzo 2023, n. 2212)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“FATTO e DIRITTO [...] 3. Con l'unico [...] motivo di gravame le [...] appellanti censurano la decisione impugnata in relazione al punto [...] della (im)possibilità di adottare un provvedimento antimafia a contenuto interdittivo nei confronti di un soggetto giuridico che non eserciti attività d'impresa. [...]

La tesi delle parti appellanti [...] è nel senso che la disciplina delle esclusioni – soggettive – dall'ambito applicativo dell'istituto dell'informazione antimafia debba essere coordinata con la disciplina dell'acquisizione, da parte dell'ente locale che sia stato sottoposto alla procedura di scioglimento *ex art. 143 del d. lgs. n. 267 del 2000*, di detta informazione prima della stipula di qualsiasi atto negoziale: *“prevedendo, per l'appunto, l'art. 100 l'obbligo dell'ente locale sciolto per infiltrazione mafiosa di acquisire l'informazione in relazione a qualsiasi contratto o subcontratto, senza distinguerne la natura o l'oggetto ed indipendentemente dal valore, a differenza degli artt. 83 e 91”*.

4. Il motivo d'appello è infondato.

L'errore prospettico caratterizzante la tesi di fondo su cui poggia l'impugnazione è il coordinamento normativo fra le ipotesi di esclusione dell'ambito applicativo dell'istituto dell'informazione antimafia: laddove il problema va posto non sul terreno della limitazione dell'ambito applicativo (o comunque dell'eccezione rispetto ad esso), bensì – prima ancora – sul piano della esatta perimetrazione di quest'ultimo.

La questione infatti non è propriamente quella della esclusione o meno dei contratti dei liberi professionisti, ma quella dell'assoggettabilità di tale ultima categoria alla disciplina dell'istituto dell'informazione (posto che, prima di potersene affermare l'esclusione in determinati casi, occorre aver risolto positivamente il quesito – logicamente presupposto – relativo all'astratta inclusione).

Il problema impone dunque anzitutto l'esame della delimitazione delle categorie di soggetti che possono essere attinti dal provvedimento limitativo della loro capacità giuridica speciale.

In tali categorie, tassativamente individuate dalla disposizione primaria (pur nel contesto di una previsione dai confini applicativi piuttosto estesi), non rientrano i liberi professionisti che non siano organizzati in forma d'impresa.

Il principio di tassatività – che deve regolare l'esercizio del potere (in punto di ricognizione dei possibili destinatari del provvedimento interdittivo) – impedisce che l'incapacità giuridica relativa recata dal provvedimento afflittivo di cui si tratta possa essere – per soggetti non contemplati come destinatari dalla disposizione attributiva del potere – un effetto non espressamente previsto dalla legge, ma desunto per implicito da un'interpretazione sistematica (peraltro, come si dirà, ancorata a parametri disomogenei, quali il valore e l'oggetto dei contratti) che comporti la conseguenza dell'ampliamento dell'ambito soggettivo di applicazione della stessa.

Il principio di legalità impone inoltre che nell'esegesi di una simile disposizione il dato letterale non venga superato, in senso affittivo e limitativo delle libertà dei soggetti interessati, da un'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione non espressamente contemplata dal legislatore (in questo senso, oltre al richiamato provvedimento cautelare reso nel corso del presente giudizio, si veda anche l'ordinanza della Sezione n. 3254/2022).

5. Neppure le ulteriori argomentazioni delle amministrazioni appellanti risultano condivisibili. [...]

In realtà ancora una volta la disciplina degli obblighi connessi alla stipula di contratti da parte delle amministrazioni oggetto di scioglimento viene ricostruita sulla base di un confronto sistematico con l'ambito applicativo dell'informativa in relazione a parametri quali il valore del contratto e l'oggetto dello stesso: laddove il fattore ostativo che, a monte, impedisce di accedere ad una simile prospettiva è dato dalla radicale esclusione dei soggetti che non siano imprenditori da tale ambito applicativo (quale che sia, evidentemente, il valore o l'oggetto del contratto).

Tale dato è fondamentale in sede di ricostruzione della disciplina dell'esercizio del potere alla luce dei principi di tassatività e di legalità dell'azione amministrativa. [...]"

Se si sceglie di partecipare alla gara per il rinnovo di una concessione, non si può chiedere l'accertamento della proroga legale della stessa

Argomento: Concessioni

(Cons. di Stato, sez. VI, 14 marzo 2023, n. 2644)

Stralcio a cura di *Rossella Bartiromo*

“La giurisprudenza amministrativa include tra le ipotesi di contestazione immediata del bando di gara, cui deve essere ricondotta quella oggetto del presente giudizio, l’ipotesi del titolare di una posizione contrattuale con l’amministrazione, che ha indetto la nuova gara, incompatibile con la gara stessa. Di fronte alla scelta di affidare il contratto mediante una procedura ad evidenza pubblica viene, infatti, immediatamente pregiudicato l’interesse ad una proroga del precedente rapporto, per cui il relativo titolare è posto di fronte all’alternativa di partecipare alla nuova gara o impugnare quest’ultima (Cons. Stato 2020/2019, *cf.* anche Cons. St. n. 11519/2022).

9.1 – Tanto precisato sotto il profilo teorico, deve in primo luogo rilevarsi che la sentenza impugnata non risulta condivisibile laddove ritiene che la norma di cui all’art. 10-ter sarebbe successiva all’indizione della gara con la conseguenza che *“la ricorrente non avrebbe avuto alcun interesse a impugnare i relativi atti”*.

L’art. 10-ter del D.L. 73/2021 è entrato in vigore a seguito della legge di conversione del 23 luglio 2021. L’avvio della gara deve essere collocato al 23 settembre 2021, con l’invio delle lettere d’invito a OMISSIS e OMISSIS, dunque successivamente all’entrata in vigore dell’art. 10-ter del D.L. 73/2021.

In riferimento a tale aspetto, deve precisarsi che la delibera comunale OMISSIS non può in alcun modo assurgere a primo atto della procedura di gara, avendo quale oggetto la sola autorizzazione all’esternalizzazione del servizio di gestione della struttura, esprimendosi testualmente nel senso di una *“futura eventuale procedura negoziata”* e demandando *“al Direttore della Ripartizione competente l’approvazione degli atti successivi e funzionali all’avvio della procedura negoziata”*.

9.2 – Chiarita la corretta scansione temporale dei fatti che caratterizzano la vicenda, alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza innanzi citata, deve osservarsi che è a seguito del primo atto della procedura competitiva che si è concretizzata la lesione dell’interesse fatto valere nel presente giudizio dall’Associazione OMISSIS all’accertamento della proroga legale dell’originaria concessione.

In altri termini, in tale momento si è manifestata una situazione del tutto incompatibile con il diritto alla proroga legale dell’originaria concessione, sicché la ricorrente in primo grado doveva impugnare immediatamente tale atto, in quanto chiaramente ed inequivocabilmente volto a stipulare una nuova concessione, non compatibile con la proroga legale di quella in corso. [...].

L’Associazione OMISSIS non solo non ha tempestivamente impugnato il primo atto della procedura di gara, ma vi ha anche regolarmente partecipato, senza eccepire alcunché.

In applicazione dei principi innanzi richiamati, deve rimarcarsi come, allorché si neghi la sussistenza dei presupposti per la indizione della gara e non il regolamento di essa, sussista l'onere di impugnare immediatamente il relativo atto. [...]

In definitiva, deve affermarsi che OMISSIS aveva l'obbligo di gravare tempestivamente la lettera d'invito e la mancata impugnazione della stessa comporta l'impossibilità di far valere, successivamente all'esito della procedura di gara, la proroga legale della precedente concessione. [...]

10.1 – Tale conclusione non si pone in contrasto con il riconoscimento legislativo del diritto di proroga, idoneo ad integrare automaticamente (*cf.* art. 1374 c.c.), senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo, il rapporto concessorio in essere sotto il profilo della durata, dal momento che, trattandosi di un diritto – introdotto eccezionalmente “*allo scopo di consentire il riequilibrio economico-finanziario delle associazioni stesse*” – che afferisce sulla situazione patrimoniale dell'Associazione, oltretutto già sorto e pienamente efficace in conseguenza del descritto fenomeno etero-integrativo, deve ritenersi che l'avente diritto, nell'esercizio della sua libertà contrattuale, possa liberamente rinunciarvi.

10.2 – Non pare idoneo ad inficiare tale conclusione nemmeno il supposto errore in cui sarebbe incorsa l'Associazione, che avrebbe sottoscritto l'atto di proroga breve nell'errata convinzione di non potersi avvalere della proroga prevista ex lege. [...]

In ogni caso, il supposto errore non può comunque giustificare la rilevata mancata impugnazione del primo atto di gara e la partecipazione senza riserva alla competizione per l'assegnazione della concessione.

Su tale procedura, non solo l'amministrazione, ma anche la società appellante hanno legittimamente riposto il loro affidamento, dovendosi ritenere che era onere dell'Associazione avere contezza della legislazione vigente e, se del caso, determinarsi diversamente, facendo valere immediatamente il diritto alla proroga legale”.

Nota a sentenza di Mariarita Cupersito

Con la sentenza del 14 marzo 2023, n. 2644, la sez. VI del Consiglio di Stato definisce i limiti della facoltà di proroga nell'ambito delle concessioni di gestione degli impianti sportivi durante la pandemia da Covid-19 “*in attesa di rinnovo, scadute o in scadenza entro il 31 dicembre 2021... prorogate fino al 31 dicembre 2025, allo scopo di consentire il riequilibrio economico-finanziario delle associazioni stesse, in vista delle procedure di affidamento che saranno espletate ai sensi delle vigenti disposizioni legislative*”, non ricomprendendo applicazioni estranee a quanto previsto dal testo della norma e degli atti di concessione, con particolare riguardo al caso in cui l'interessato non impugni la procedura di riassegnazione intanto espletata.

Nel caso specifico, l'associazione sportiva che aveva beneficiato di una proroga per la concessione di gestione di impianti sportivi ai sensi dell'art. 10-ter del D.L. 25 maggio 2021, n. 73, (recante Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali), prendendo parte alla nuova procedura di selezione per l'affidamento degli stessi impianti e non risultando aggiudicataria della gara, presentava ricorso a seguito della richiesta di consegna anticipata dell'impianto da parte dell'Amministrazione per affidarlo al nuovo gestore.

Il giudizio di primo grado ha accertato che il contratto di concessione stipulato con il primo concessionario era stato prorogato ex lege fino al 31 dicembre 2025, rientrando tra i rapporti

di concessione di impianti sportivi disciplinati dalla richiamata normativa, la quale introduce un automatismo finalizzato ad escludere giudizi valutativi da parte dell'Amministrazione in merito alla sussistenza o meno di esigenze di riequilibrio economico-finanziario con riguardo ai singoli casi.

L'Amministrazione ha dunque proposto appello contestando che la concessione non rientrasse tra i rapporti disciplinati dalla norma, che esclude le concessioni rimaste remunerative anche durante la pandemia da Covid-19; veniva inoltre evidenziato che il primo contratto di concessione non era né scaduto né in scadenza entro il 31 dicembre 2021, essendo infatti stato prorogato convenzionalmente prima fino al 31 ottobre 2021, e poi fino al 31 marzo 2022.

I giudici hanno accolto in secondo grado il ricorso, evidenziando la mancata impugnazione, da parte dell'associazione sportiva, dell'atto di indizione della nuova gara di assegnazione nonché la partecipazione alla suddetta procedura, che preclude l'accertamento del diritto alla proroga ex lege della prima concessione.

Si argomenta infatti che, a fronte di una nuova procedura a evidenza pubblica, sarà inevitabile per il precedente concessionario terminare il rapporto in caso di

aggiudicazione della gara a un terzo; l'interesse del titolare a un'eventuale proroga è compromesso già all'atto dell'indizione della nuova procedura di aggiudicazione; quindi, il concessionario dovrà prender parte alla nuova gara oppure, alternativamente, impugnare la procedura al fine di ottenere la proroga legale.

“Deve osservarsi che è a seguito del primo atto della procedura competitiva che si è concretizzata la lesione dell'interesse fatto valere nel presente giudizio all'accertamento della proroga legale dell'originaria concessione”.

La lesione del suddetto interesse viene dunque identificata con l'indizione della procedura di gara, che si concretizza con l'invio delle lettere di invito: *“in tale momento si è manifestata una situazione del tutto incompatibile con il diritto alla proroga legale dell'originaria concessione, sicché la ricorrente in primo grado doveva impugnare immediatamente tale atto, in quanto chiaramente ed inequivocabilmente volto a stipulare una nuova concessione, non compatibile con la proroga legale di quella in corso. Che la “nuova” gara fosse incompatibile con la pretesa proroga della “vecchia” concessione è rimarcato anche dal Giudice di primo grado, che ha correttamente rilevato che la lettera d'invito prevedeva espressamente che l'instaurazione del “nuovo” rapporto concessorio con l'aggiudicatario avrebbe avuto luogo nel termine di cui all'art. 32 del d.lgs. 50/2016 (e, dunque, entro sessanta giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione, non certo dopo la scadenza della proroga legale al 31 dicembre 2025)”.*

Si evidenzia inoltre che l'azione giudiziaria, volta all'accertamento della proroga ex lege, non risulta coerente con la partecipazione senza riserve alla nuova procedura di gara nonché con la volontaria proroga dell'originario rapporto concessorio proprio per consentire l'espletamento della suddetta procedura: *“l'azione giudiziaria della ricorrente in primo grado si pone in evidente contrasto con il generale divieto del venire contra factum proprium, espressione del canone di correttezza, desumibile dal dovere di solidarietà sancito dall'art. 2 della Costituzione (cfr. Cons. Stato, III, 7 aprile 2014, n. 1630), dal momento che la proposizione della domanda di accertamento è radicalmente inconciliabile con il comportamento tenuto dalla stessa ricorrente nella fase precedente al giudizio e consistito: nel non aver impugnato il primo atto della procedura competitiva per l'assegnazione della nuova concessione, nell'avervi partecipato senza alcuna riserva, nell'aver volontariamente prorogato il rapporto concessorio in essere di pochi mesi, proprio al fine di consentire l'ultimazione della procedura di gara”.*

In definitiva, la partecipazione alla nuova gara comporta l'impossibilità di far valere il diritto alla proroga legale della concessione originaria, per cui si rende invece necessario impugnare tempestivamente l'atto finalizzato alla stipula della nuova concessione in quanto incompatibile con la proroga legale di quella precedente.

Non può essere negata la partecipazione ad una procedura di affidamento ad un operatore economico che è abilitato dal diritto nazionale a svolgere il servizio messo a gara senza vincoli di forma giuridica

Argomento: Contratti pubblici

(Cons. di Stato, sez. V, 15 marzo 2023, n. 2734)

Stralcio a cura di *Rossella Bartiromo*

“[S]e il legislatore non ha imposto alle associazioni senza scopo di lucro particolari formalità di costituzione ai fini della loro legittimazione ad operare sul mercato, non può ritenersi che tali particolari formalità siano state qui prescritte, per i medesimi soggetti, dal bando ai fini della partecipazione alla gara. [...]

[U]na siffatta limitazione [...] non troverebbe una ragionevole spiegazione neppure nella esigenza dell'amministrazione di selezionare, attraverso tale vincolo formale di costituzione, soggetti affidabili sotto il profilo della capacità economica e finanziaria perché dotati di autonomia patrimoniale e di un apparato organizzativo adeguato al servizio da affidare. Infatti [...] le imprese individuali sono elencate tra i soggetti espressamente ammessi alla presente selezione, eppure sono prive, a prescindere dalla forma della loro costituzione, di autonomia patrimoniale perfetta (l'imprenditore è sempre l'unico responsabile, con il proprio patrimonio, dell'attività imprenditoriale, assumendo interamente il rischio di impresa). [...]

[L]'interpretazione fatta propria dalla sentenza determinerebbe la nullità della clausola in questione ai sensi dell'art. 83, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016 secondo cui “*I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*”, configurando una clausola escludente nuova rispetto a quella prevista dal Codice dei contratti pubblici e dalle norme vigenti.

7.6.1. Infatti, l'art. 45 del D. Lgs. n. 50/2016, nell'enucleare i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici, non fa menzione né della forma della loro costituzione, né del loro regime patrimoniale.

In particolare, la norma citata prevede che “*Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera p) nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi. Gli operatori economici, i raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, che in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto della procedura di affidamento, possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici anche nel caso in cui essi avrebbero dovuto configurarsi come persone fisiche o persone giuridiche, ai sensi del presente codice*”.

7.7. Anche dal diritto comunitario si evince poi la neutralità delle forme giuridiche assunte dagli operatori economici concorrenti alle procedure di affidamento di pubblici appalti.

In tal senso, il considerando 14 della Direttiva 2014/24/UE precisa che *“la nozione di «operatori economici» dovrebbe essere interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare. Pertanto imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti diverse dalle persone fisiche dovrebbero rientrare nella nozione di operatore economico, indipendentemente dal fatto che siano «persone giuridiche» o meno in ogni circostanza”*.

La stessa Direttiva, all'art. 19, comma 1, stabilisce che *“Gli operatori economici che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi, non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche”*. [...]

In base a tali principi, la stazione appaltante non può negare ad un operatore economico mediante le previsioni della *lex specialis* di partecipare a una procedura di aggiudicazione perché sprovvisto di un requisito legato alla forma giuridica di costituzione, se quel medesimo operatore in forza del diritto nazionale è abilitato a svolgere e offrire sul mercato il servizio messo a gara, senza vincoli di forma giuridica.

7.9. In conclusione, l'interpretazione accolta nella sentenza appellata non considera né che il vincolo formale di costituzione dalla stessa ravvisato non può trovare applicazione a tutti gli operatori economici contemplati dalla clausola dell'Avviso (quali le imprese individuali e, per quanto qui rileva, le associazioni senza scopo di lucro) né che la clausola in questione contempla anche operatori privi di autonomia patrimoniale perfetta (non potendo perciò ritenersi, come affermato dal primo giudice, neppure ragionevolmente volta a selezionare per tale via solo operatori in grado di assicurare adeguata affidabilità economica e finanziaria). [...]

7.9.3. Pertanto, acclarato che, per le sopra esposte considerazioni, la forma giuridica di costituzione dell'operatore economico (con atto pubblico o scrittura privata autenticata) non era dunque annoverabile tra i criteri di selezione di tipo economico-finanziario di cui all'art. 83, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016, sotto altro concorrente profilo giova anche evidenziare che l'obbligo di costituzione formale ravvisato dalla sentenza di prime cure non era neppure esternato chiaramente e in modo univoco dalla legge di gara, non potendo perciò la sua violazione condurre alla esclusione della concorrente (cfr. sul punto, Corte di Giustizia, Sez. VI, 2 giugno 2016, C27/2015)”.

Nota a sentenza di Danilo Marchese

La sentenza in oggetto trae origine dalla pronuncia con cui il Consiglio di Stato si è pronunciato sull'appello proposto da un'associazione culturale.

In punto di fatto, il Tribunale Amministrativo Regionale annullava, con cui il Comune aveva affidato la gestione di un mercato, sul presupposto secondo cui l'associazione culturale fosse meritevole di esclusione, perché priva, alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, di un requisito fondamentale previsto dal bando, essendo costituita quale associazione non riconosciuta e non mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata.

L'appellante esponeva altresì di aver provveduto ad approvare il proprio Statuto con atto pubblico, ma che il Comune aveva affidato all'originaria ricorrente, a partire dalla successiva edizione, la gestione del mercato.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello proposto e si è soffermato preliminarmente sulle previsioni dell'Avviso Pubblico, condividendo la tesi dell'appellante secondo cui la clausola che definiva i requisiti di partecipazione, così come inserita all'interno dell'avviso, si concentrava sulle finalità perseguite dai soggetti partecipanti e non sulla loro classificazione giuridica.

Infatti, all'ultimo capoverso, veniva precisato che: "Per gli organi associativi tali finalità devono essere contenute nell'atto costitutivo e nello statuto che, ai fini della verifica, devono essere allegati in copia all'istanza".

In punto di diritto, deve accogliersi l'interpretazione a cui è giunto lo stesso Consiglio di Stato secondo cui la forma della costituzione mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata non vada intesa come requisito di partecipazione alla gara essendo di fatti la suindicata clausola focalizzata sulle finalità perseguite dai soggetti riconducibili alla categoria, prediligendo senza dubbio l'effettivo svolgimento di attività peculiari in determinati settori, nei quali le associazioni senza scopo di lucro sono chiamate ad operare, pur non essendo dotate di personalità giuridica.

L'interpretazione sistematica a cui approda il Consiglio di Stato trova altresì conferma nella normativa di cui all'art. 10, co.1, del D.lgs. n. 460 del 1997, la quale prevede che le Onlus, così come le associazioni, i comitati, le fondazioni, le società cooperative e gli altri enti di carattere privato, con o senza personalità giuridica – i cui statuti o atti costitutivi, rivestano la forma dell'atto pubblico, della scrittura privata autenticata o registrata – possano occuparsi di attività che hanno ad oggetto la promozione della cultura e dell'arte.

Secondo il legislatore nazionale, quindi, per gli enti suindicati, la sola registrazione viene considerata alla stregua della costituzione mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, ai fini della legittimazione ad operare sul mercato, non essendovi alcun tipo di limitazione che abbia quale fonte la forma giuridica rivestita dall'operatore economico.

Tutto quanto detto finora dipende anche dall'evoluzione che ha subito la nozione di operatore economico grazie al diritto europeo, che propende sempre più per la neutralità delle forme giuridiche assunte dai partecipanti nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici.

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha indubbiamente cristallizzato il principio di matrice europea circa la neutralità delle forme giuridiche assunte dall'operatore economico, di fatti è la stessa sentenza n. 1515 del febbraio 2021 ad aver previsto che: "qualora un ente sia abilitato in forza del diritto nazionale, ad offrire sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare, non può vedersi negato il diritto a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la prestazione delle stesse prestazioni, e ciò anche quando tale preclusione sia determinata da specifiche presunzioni discendenti dalla sua forma giuridica, quale quella di ente senza scopo di lucro".

La direttiva europea 2014/24UE, infatti, al considerando 14, identifica l'operatore economico come colui il quale offre un bene o un servizio sul mercato, comprendendo quindi qualunque persona o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi a prescindere dalla forma giuridica mediante la quale ha scelto di operare, purché in possesso dei requisiti minimi di idoneità professionale previsti dal diritto nazionale.

Occorre, tuttavia, chiarire che, nonostante la previsione di una libertà per l'operatore economico di organizzare la propria attività di impresa e di sceglierne anche quella che è la forma giuridica, in alcuni casi la stazione appaltante può imporre determinate condizioni ai fini

dell'esecuzione del contratto, nei casi di cui all'art. 65 comma 3 del nuovo Codice del 2023, che richiamano sostanzialmente la pregressa disciplina di cui all'art. 45 del D.lgs. 50/2016, proprio al fine di garantire la stazione appaltante rispetto ai soggetti che eseguiranno le prestazioni oggetto del contratto.

Tuttavia, la norma di cui all'art. 65, relativa agli operatori economici, è stata in qualche modo novellata rispetto alle disposizioni afferenti i raggruppamenti temporanei di impresa a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice del 2023, nella parte in cui si prevedeva, invece, che la stazione appaltante potesse imporre di assumere una determinata forma giuridica dopo l'aggiudicazione del contratto, ove necessario per l'esecuzione dello stesso, ovvero di diversificare la loro partecipazione rispetto agli operatori economici che concorrono singolarmente, ipotesi oggi inserite all'interno delle disposizioni afferenti i R.T.I. e previste dall'art. 45 del D.lgs. 50/2016 ai commi 3 e 4.

L'obiettivo perseguito dal legislatore europeo è senz'altro quello di aprirsi alla concorrenza e di fatti, nella nozione di operatore economico, rientrano anche gli enti del terzo settore che, per statuto, realizzano finalità socialmente rilevanti e di pubblica utilità, impiegando le risorse che hanno a disposizione per la realizzazione dei propri scopi.

A ben vedere, però, la limitazione alla partecipazione, che trova la fonte nella forma giuridica dell'operatore economico, non troverebbe ragion d'essere neanche per fini cautelativi della stessa amministrazione sotto il profilo della capacità economica, in quanto non può ritenersi che soltanto l'autonomia patrimoniale perfetta sia idonea a garantire l'affidabilità economico-finanziaria del partecipante alla selezione, essendo previste dagli stessi bandi cautele specifiche, come ad esempio la previsione in capo all'aggiudicatario di prestare un'adeguata copertura assicurativa o una polizza fideiussoria.

In conclusione, quindi, in base a quanto previsto in ambito nazionale ed europeo, anche soggetti che non perseguono scopo di lucro possono prendere parte alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici, a condizione che, come si è detto, l'attività di impresa in concreto esercitata sia funzionale agli scopi perseguiti e risulti in linea con la disciplina statutaria dell'ente.

Principi in materia di autorizzazione paesaggistica in caso di bilanciamento complesso tra interessi contrapposti

Argomento: Paesaggio

(Cons. di Stato, sez. IV, 21 marzo 2023, n. 2836)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“11. Con un primo motivo di appello la società [...] eccepisce la carenza istruttoria insita nel parere negativo espresso dalla Soprintendenza, da esso non emergendo alcuna valutazione delle peculiarità architettoniche e delle soluzioni costruttive ed essendo state ignorate le caratteristiche conformative e mimetiche dell’edificio progettato. [...]

11.1. Al riguardo, occorre premettere che il collegio condivide il tradizionale orientamento giurisprudenziale espresso da questa sezione in materia di autorizzazione paesaggistica [...] in forza dei quali:

a) il parere di compatibilità paesaggistica costituisce un atto endoprocedimentale emanato nell’ambito di quella sequenza di atti ed attività preordinata al rilascio del provvedimento di autorizzazione paesaggistica (o del suo diniego). Le valutazioni espresse sono finalizzate, dunque, all’apprezzamento dei profili di tutela paesaggistica che si consolideranno, all’esito del procedimento, nel provvedimento di autorizzazione o di diniego di autorizzazione paesaggistica; b) nonostante il decorso del termine per l’espressione del parere vincolante ai sensi dell’art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004 da parte della Soprintendenza, non può escludersi in radice la possibilità per l’organo statale di rendere comunque un parere in ordine alla compatibilità paesaggistica dell’intervento, fermo restando che, nei casi in cui vi sia stato il superamento del termine, il parere perde il suo carattere di vincolatività e deve essere autonomamente e motivatamente valutato dall’amministrazione deputata all’adozione dell’atto autorizzatorio finale [...];

c) nel procedimento in cui la Soprintendenza reca le proprie valutazioni di compatibilità paesaggistica, la stessa può formulare le valutazioni di merito, di cui deve tenere conto l’autorità competente ad emanare il provvedimento finale [...].

11.2. Da tali coordinate ermeneutiche deriva che l’opzione zero può e deve essere consentita.

Tale soluzione non pare in contrasto con la più recente affermazione giurisprudenziale secondo cui laddove, nella particolare materia della tutela del paesaggio, si fronteggino “opinioni divergenti, tutte parimenti plausibili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall’organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisioni collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell’interessato. In quest’ultimo caso, non si tratta di garantire all’Amministrazione un privilegio di insindacabilità (che sarebbe contrastante con il principio del giusto processo), ma di dare seguito, sul piano del processo, alla scelta legislativa di non disciplinare il conflitto di interessi ma di apprestare solo i modi e i procedimenti per la sua risoluzione” (Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167).

Invero, a differenza delle scelte politico-amministrative (c.d. «discrezionalità amministrativa»), nel caso di valutazioni dei fatti complessi richiedenti particolari competenze (c.d. «discrezionalità tecnica»), difettando parametri normativi a priori che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice non ‘deduce’ ma ‘valuta’ se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto. Pertanto, ove l’interessato non ottemperi all’onere di mettere in discussione l’attendibilità tecnico-scientifica della valutazione amministrativa e si fronteggino opinioni divergenti parimenti plausibili, il giudice deve far prevalere la posizione espressa dall’organo istituzionalmente competente ad adottare la decisione.

11.3. In particolare [...] la necessità del bilanciamento diviene maggiore quando confligge l’interesse alla tutela dell’ambiente con quello alla tutela del paesaggio.

Ebbene, stante l’assenza – in generale – di una primazia o prevalenza assoluta di un principio e diritto fondamentale rispetto agli altri, tale assunto valendo anche per i ‘diritti’ (sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013) e per gli ‘interessi’ di rango costituzionale (viepiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi), si impone per essi una tutela di carattere “sistemico”, da perseguire in un rapporto di integrazione reciproca.

11.4. Del resto, a tali fini non assume specifica rilevanza l’individuazione della natura monostrutturata o polistrutturata della decisione, sviluppata nella citata sentenza ai fini dell’applicabilità del meccanismo del silenzio assenso, di cui all’art. 17-bis della legge n. 241 del 1990, all’autorizzazione paesaggistica disciplinata dall’art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, da intendersi nel senso che, nel primo caso, le due amministrazioni (quella titolare del procedimento e quella interpellata) devono condividere la funzione decisoria ed essere titolari di un potere decisorio sostanziale, mentre, nel secondo caso, una delle due amministrazioni riveste un ruolo meramente formale, nel senso che raccoglie e trasmette l’istanza all’altra amministrazione, unica decidente.

11.5. D’altro canto, non può essere sottovalutato che il nuovo testo dell’art. 9 Cost., come novellato dalla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, depone nel senso della maggiore, e non minore, tutela dei valori ambientali e paesaggistici nell’ottica della salvaguardia delle generazioni future e dello sviluppo sostenibile.

Ne discende che l’esegesi delle disposizioni che disciplinano i procedimenti in materia di ambiente e paesaggio dovrebbe essere orientata nel senso di conseguire tale obiettivo di fondo e quindi accrescere e non diminuire il livello di protezione effettiva di tali valori. [...]

11.7. In conclusione, alla luce di tali considerazioni, risulta palese come l’amministrazione, nel motivare il parere negativo, abbia adeguatamente fatto rilevare come la volumetria dell’insediamento risulti eccessiva per una zona compresa in un Parco nazionale che, sia pure suscettibile di trasformazione, è qualificata di elevato pregio ambientale ed è priva di significative presenze antropiche (a differenza di altre aree su cui potrebbe essere insediata la cantina vinicola per cui è causa)”.
”.

Nota a sentenza di Chiara Mattei

Con la sentenza in commento, la IV sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, affrontando talune problematiche inerenti al parere di compatibilità paesaggistica, ha avuto modo di precisare che il novellato articolo 9 della Costituzione impone di innalzare il livello di tutela

accordato ai valori ambientali e paesaggistici, al fine di salvaguardare i diritti delle generazioni future e favorire uno sviluppo sostenibile.

La vicenda fattuale in cui la citata pronuncia s'inserisce ha avuto origine dal progetto presentato da una impresa al Comune, al fine di realizzare una cantina vinicola su un'area gravata da vincolo paesaggistico ai sensi del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, in quanto parte di un Parco Nazionale, classificata dal Piano Paesistico della Regione come Zona B1 a "trasformabilità mirata".

Ai fini della concessione del permesso di costruire, occorre dunque il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ex art.146 del D.Lgs. 42/2004, condizionato al parere favorevole del Comune e della Soprintendenza archeologia, belle arti e paesaggio.

La società agricola presentava diversi progetti per la realizzazione di una struttura di produzione e trasformazione vitivinicola corredata da istanza di autorizzazione paesaggistica semplificata. L'ultimo di essi riceveva la valutazione positiva dell'amministrazione comunale, che provvedeva a trasmetterlo alla Soprintendenza. Quest'ultima – se pur tardivamente, poiché oltre il termine di 25 giorni successivi alla ricezione della documentazione da parte del Comune (termine imposto dall'art.146 D.Lgs. 42/2004) – esprimeva parere negativo, notificando preavviso di rigetto ai sensi dell'art. 10-bis della L.241/1990 sull'istanza di autorizzazione paesaggistica, cui seguiva il diniego definitivo da parte del Comune al rilascio del permesso di costruire.

La società agricola impugnava tali atti di diniego onde ottenerne l'annullamento dinanzi al T.A.R., che dichiarava il ricorso infondato.

Il Consiglio di Stato, in sede d'appello, nel respingere le doglianze dell'azienda agricola circa l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, ha richiamato un precedente rilevante sul punto, precisando che: *"In tema di attività edilizie su aree vincolate, il parere di compatibilità paesaggistica emesso dalla Soprintendenza costituisce un atto endoprocedimentale emanato nell'ambito di quella sequenza di atti ed attività preordinata al rilascio del provvedimento di autorizzazione paesaggistica (o del suo diniego). (...) Decorso il termine per l'adozione del su menzionato parere da parte della Soprintendenza, l'organo statale può comunque esprimersi in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento, fermo restando che, ove tardivamente reso, l'atto consultivo perde il suo carattere di vincolatività e deve essere, perciò solo, autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione deputata all'adozione dell'atto autorizzatorio finale"*.

In considerazione di tali impostazioni ermeneutiche, la sentenza ha specificato che può – e, anzi, deve – essere consentita l'opzione zero, in virtù della quale – stante l'autonomia della tutela paesaggistica rispetto a quella urbanistica – l'assegnazione di una certa volumetria nello strumento di piano da parte di un ente comunale in un'area gravata da vincolo paesaggistico è elemento necessario, ma non sufficiente, al rilascio dei titoli edificatori e non dà alcuna garanzia sulla possibilità di ottenere il titolo abilitativo.

Con tale passaggio motivazionale, altresì, i giudici di appello hanno chiarito che, nel caso in cui si fronteggino opinioni contrastanti ma tutte plausibili, il giudice è tenuto a far prevalere l'opinione espressa dall'organo amministrativo competente ad emettere la decisione finale. Dunque *"la necessità del bilanciamento diviene maggiore quando confligge l'interesse alla tutela dell'ambiente con quello alla tutela del paesaggio. Ebbene, stante l'assenza – in generale – di una primazia o prevalenza assoluta di un principio e diritto fondamentale rispetto agli altri, tale assunto valendo anche per i 'diritti' (sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013) e per gli 'interessi' di rango costituzionale (vieppiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi), si impone per essi una tutela di carattere "sistemico", da perseguire in un rapporto di integrazione reciproca. (...) D'altro canto, non può essere sottovalutato che il nuovo testo dell'art. 9 Cost., come novellato dalla legge costituzionale 11 feb-*

braio 2022, n. 1, depone nel senso della maggiore, e non minore, tutela dei valori ambientali e paesaggistici nell'ottica della salvaguardia delle generazioni future e dello sviluppo sostenibile".

Con la riforma dell'articolo 9 della Costituzione, il legislatore ha unito la "tutela" del paesaggio e del patrimonio storico artistico alla "promozione" della cultura e della ricerca scientifica, così accordando rango di principio fondamentale alla tutela dei suddetti beni, aventi valore primario e assoluto nell'ottica costituzionale.

In ragione di ciò, l'interpretazione delle norme che presiedono il procedimento di rilascio di provvedimenti in materia ambientale e paesaggistica deve essere orientata nel senso di accordare a tali valori la massima protezione consentita in rapporto al caso concreto.

In considerazione delle premesse sin qui riassunte, il Consiglio ha stabilito che nel caso sottopostogli la decisione dell'organo amministrativo non fosse viziata da difetto di motivazione, ritenuto che: *"l'amministrazione, nel motivare il parere negativo, abbia adeguatamente fatto rilevare come la volumetria dell'insediamento risulti eccessiva per una zona compresa in un Parco nazionale che, sia pure suscettibile di trasformazione, è qualificata di elevato pregio ambientale ed è priva di significative presenze antropiche (a differenza di altre aree su cui potrebbe essere insediata la cantina vinicola per cui è causa)".* Il ricorso è stato, dunque, definitivamente respinto in virtù dell'infondatezza delle censure proposte.

La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste

Argomento: Processo amministrativo

(Cons. di Stato, sez. IV, 11 aprile 2023 n. 3639)

Stralcio a cura di *Aniello Iervolino*

“Ancorché la legittimazione ad agire delle Associazioni ambientaliste non può essere limitata alle sole ipotesi normativamente previste (artt. 13 e 18 della legge 8 luglio 1986 n. 349; artt. 309 e 310 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152), la giurisprudenza è concorde nel ritenere che il riconoscimento della legittimazione ad agire alle predette Associazioni ambientaliste anche al di fuori delle ipotesi tipizzate dal legislatore non possa condurre all’incontrollato proliferare di azioni popolari, non ammesse dall’ordinamento giuridico, se non in via del tutto eccezionale.

Costituisce quindi *ius receptum* nella giurisprudenza amministrativa il principio secondo il quale, ai fini del riconoscimento della legittimazione ad agire ai Comitati spontanei e/o alle Associazioni di cittadini nei confronti provvedimenti amministrativi ritenuti lesivi di interessi di carattere collettivo, debbono concorrere le seguenti condizioni:

a) deve sussistere una previsione statutaria del Comitato o della Associazione che qualifichi questo obiettivo di protezione come compito istituzionale dell’Ente;

b) il Comitato o l’Associazione deve dimostrare di avere consistenza organizzativa, adeguata rappresentatività e collegamento stabile con il territorio ove svolgono l’attività di tutela degli interessi collettivi;

c) il Comitato o la Associazione devono dimostrare di aver svolto la propria attività per le finalità statutarie per un certo arco temporale e non debbono essere stati costituiti al solo scopo di procedere alla impugnazione di singoli atti e provvedimenti (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 22 marzo 2018 n. 1838; sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4928; sez. V, 22 marzo 2012 n. 1640).

9.2. Alla luce delle coordinate ermeneutiche sopra richiamate, il Comitato No Tunnel risulta privo di legittimazione ad agire.

Dall’esame dell’atto costitutivo del predetto Comitato del 16 febbraio 2016 risulta che la sua costituzione è giustificata esclusivamente dalla dichiarata finalità di contrastare la realizzazione del tunnel di cui sopra, in quanto esso avrebbe comportato una “*profonda alterazione dell’assetto del territorio senza previa consultazione della cittadinanza tramite lo strumento referendario di cui è dotata*”; la costituzione del Comitato No Tunnel appare principalmente preordinata (come, del resto, risulta anche dalla sua denominazione) al dichiarato scopo di contestare la legittimità degli atti amministrativi finalizzati alla realizzazione del tunnel.

Oltre a ciò, nella sua compagine originaria (al momento della proposizione del ricorso introduttivo del giudizio), il Comitato No Tunnel era composto di soli 9 (nove) cittadini del Comune di Termoli; ne consegue che esso deve considerarsi privo sia del requisito della adeguata rappresentatività della Comunità locale sia del collegamento stabile con il territorio.

9.3. Il fatto che il Comitato OMISSIS abbia partecipato alla fase procedimentale che ha

preceduto l'adozione dei provvedimenti avversati non è elemento sufficiente a riconoscere ad esso anche legittimazione processuale.

Secondo principi giurisprudenziali consolidati, che il Collegio ritiene di confermare anche in questa sede, l'art. 9 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel prevedere la facoltà di intervento nel procedimento dei soggetti “*portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento*”, non riconosce di per sé legittimazione processuale a tutti i soggetti portatori di interessi collettivi che abbiano in concreto partecipato al procedimento; la predetta norma si limita a sancire un principio generale; è rimesso, rispettivamente, all'Amministrazione procedente e all'Autorità giudiziaria il compito di verificare nel singolo caso se il soggetto interveniente abbia effettiva legittimazione procedimentale e processuale in quanto portatore di un interesse differenziato e qualificato, senza che la valutazione operata in sede di procedimento vincoli quella da rinnovarsi nella sede processuale; la natura delle situazioni giuridiche soggettive non muta per effetto dell'intervento di fatto nel procedimento amministrativo; la legittimazione procedimentale riconosciuta dall'articolo 9 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ai portatori di interessi diffusi lascia impregiudicata la questione dei limiti entro i quali, in sede contenziosa, può assicurarsi tutela a tali interessi e deve, in ogni caso, escludersi che le valutazioni compiute dall'Amministrazione nell'ammettere un intervento nel procedimento amministrativo possano vincolare il giudice in ordine all'identificazione dei soggetti che devono necessariamente partecipare al processo (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 29 agosto 2002 n. 4343; 22 marzo 2001 n. 1683)”.

Nota a sentenza di Pierandrea Fulgenzi

La Sezione Quarta del Consiglio di Stato, con il pronunciamento oggetto di attenzione, ritorna sulla legittimazione ad agire in giudizio da parte delle associazioni ambientaliste, dando seguito alla consolidata giurisprudenza in materia, avendo riguardo a quanto già affermato, in precedenza, da Cons. St., Ad. Pl. n. 6/2020.

Anche questa volta, il Consiglio di Stato sposa la tesi del c.d. doppio binario di legittimazione, nell'ottica di una maggior tutela dell'interesse collettivo proteso alla conservazione di beni di interesse meta individuale. A fronte di ciò, l'interesse collettivo si configura non solo nei casi espressamente previsti dalla legge ed i soggetti legittimati ad agire in giudizio – avverso provvedimenti amministrativi ritenuti illegittimi – non sono soltanto quelli individuati dal Legislatore, sicché le azioni esperibili non sono vincolate a logiche di tipicità e di *numerus clausus*.

Procedendo con ordine, occorre definire l'interesse collettivo, che consiste nella trasformazione, *rectius* nella soggettivizzazione di un interesse diffuso, il quale è pre-giuridico, vive allo stato fluido, definito da sempre quale interesse adespotato (cioè a dire privo di titolare) e come tale non tutelabile.

La protezione dell'interesse diffuso passa dalla soggettivizzazione, ossia dall'individuazione di un ente esponenziale che si prende carico di tutelarlo. Si attiva così un processo di personificazione e l'interesse diffuso, da entità magmatica ed indistinta, diviene interesse giuridico intestato all'ente, legittimato a farlo valere in giudizio.

L'oggetto di questo interesse è un bene che, da un punto di vista economico, può essere definito non rivale e non escludibile. In sostanza, l'interesse diffuso prima e collettivo dopo verte su un bene pubblico la cui fruizione è consentita a tutti e, soprattutto, non vi è alcun soggetto abilitato ad esercitare, su di esso, lo *ius excludendi alios*.

Questa lettura economica del diritto consente di focalizzare l'attenzione sul cuore del problema oggetto di attenzione: la tutela dell'ambiente, inteso come bene, tipicamente diffuso, poiché non rivale e non escludibile, che diviene collettivo a fronte della presa in carico della sua tutela da parte di un ente esponenziale.

La questione ruota attorno allo spazio di manovra concesso dall'ordinamento agli enti esponenziali là dove l'azione volta a tutelare l'interesse collettivo non sia prevista espressamente dalla legge. In sostanza, il cuore del problema è la contrapposizione tra la tesi che nega la sussistenza di un doppio binario – cioè quella tesi che nega la sussistenza di una legittimazione a far valere interessi collettivi fuori dai casi previsti dalla legge – e la tesi che, invece, sposa la sussistenza di un doppio binario, in cui a logiche di tipizzazione si accompagnano (con le dovute precauzioni individuate dalla giurisprudenza e su cui si argomenterà *infra*, le quali sono tese ad evitare l'incontrollato proliferare di azioni popolari) logiche di atipicità.

L'evoluzione normativa degli ultimi decenni consente di affermare come la creazione di interessi diffusi protetti – cioè a dire salvaguardati dalla predisposizione, a livello legislativo, di strumenti volti a tutelarli attraverso l'individuazione di soggetti *ex lege* dotati di poteri di azione volti a proteggere gli interessi collettivi di cui sono portatori (es. *ex multis* art. 32bis D.Lgs. 58/1998) – si pone nell'ottica di rafforzare la tutela di certi interessi.

Discende da ciò che, se la prospettiva è quella di rafforzare la tutela, non si possono intendere le ipotesi di legittimazione *ex lege* come escludenti la legittimazione a far valere gli interessi collettivi al di fuori dai casi previsti dalla legge. Questo perché, ragionando in tal senso, si arriverebbe al paradosso di diminuire e non di rafforzare la tutela degli interessi che il Legislatore si pone l'obiettivo di proteggere con l'introduzione di legittimazione ad agire da parte di determinati soggetti individuati dalla legge. Se la prospettiva di legittimazione *ex lege* è quella di rafforzare la tutela, tale legittimazione non può escludere la sussistenza di un doppio binario.

Inoltre, occorre sottolineare come il silenzio del legislatore sul punto sia indice della possibile convivenza nell'ordinamento tra soggetti *ex lege* legittimati a tutelare interessi collettivi e soggetti che, sebbene non siano espressamente vocati in tal senso, comunque, sono legittimati ad agire per perseguire la tutela dell'interesse che coagulano al loro interno. In ultimo, nel caso di specie, si è fuori da logiche di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.*, poiché gli Enti esponenziali non sono soggetti che fanno valere in nome proprio un diritto altrui, anzi, proprio la personificazione dell'interesse diffuso (di cui si è detto *supra*) rappresenta momento di sublimazione dell'interesse adespota che si trasforma in interesse giuridicamente tutelabile, poiché riconducibile ad una situazione giuridica soggettiva propria. L'Ente esponenziale, pertanto, nel momento in cui agisce a tutela dell'interesse lo fa in suo nome e conto, poiché abilitato dall'Ordinamento a tutelare quell'interesse che si asserisce essere violato. L'Ente esponenziale non pone in essere un'azione straordinaria, in quanto fa valere un diritto in nome proprio, sicché nel momento in cui si apre alla legittimazione di soggetti al di fuori di specifici casi previsti dalla legge non si pone il problema della violazione dell'art. 81 c.p.c. La conclusione che se ne deduce è che non vi è ragione di escludere la logica del doppio binario, atteso che la previsione *ex lege* non è l'unica fonte di legittimazione.

Si giunge, pertanto, al pronunciamento della Sezione Quarta, che nel solco del doppio binario, approfondisce la tematica della legittimazione ad agire delle Associazioni ambientaliste, pervenendo nel caso di specie ad una sentenza in rito, in cui viene affermata l'assenza di legittimazione ad agire dell'Associazione ricorrente, in ragione dell'assenza di requisiti legittimanti che sono ritenuti, oramai, *ius receptum* dalla giurisprudenza.

La sentenza è utile per comprendere come, in concreto, vengano individuati i presupposti legittimanti all'azione da parte di soggetti che, a monte, non hanno ricevuto *ius postulandi* da parte di una esplicita previsione legislativa.

La legittimazione, al di fuori dei casi previsti dalla legge, deve essere accertata nel caso concreto e nella sentenza resa da Cons. St. Sez. IV, 11 aprile 2023, n. 3639 si legge: [...] *Anorché la legittimazione ad agire delle Associazioni ambientaliste non può essere limitata alle sole ipotesi normativamente previste (artt. 13 e 18 della legge 8 luglio 1986 n. 349; artt. 309 e 310 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152), la giurisprudenza è concorde nel ritenere che il riconoscimento della legittimazione ad agire alle predette Associazioni ambientaliste anche al di fuori delle ipotesi tipizzate dal legislatore non possa condurre all'incontrollato proliferare di azioni popolari, non ammesse dall'ordinamento giuridico, se non in via del tutto eccezionale. Costituisce quindi ius receptum nella giurisprudenza amministrativa il principio secondo il quale, ai fini del riconoscimento della legittimazione ad agire ai Comitati spontanei e/o alle Associazioni di cittadini nei confronti provvedimenti amministrativi ritenuti lesivi di interessi di carattere collettivo, debbono concorrere le seguenti condizioni: a) deve sussistere una previsione statutaria del Comitato o della Associazione che qualifichi questo obiettivo di protezione come compito istituzionale dell'Ente; b) il Comitato o l'Associazione deve dimostrare di avere consistenza organizzativa, adeguata rappresentatività e collegamento stabile con il territorio ove svolgono l'attività di tutela degli interessi collettivi; c) il Comitato o la Associazione devono dimostrare di aver svolto la propria attività per le finalità statutarie per un certo arco temporale e non debbono essere stati costituiti al solo scopo di procedere alla impugnazione di singoli atti e provvedimenti (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 22 marzo 2018 n. 1838; sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4928; sez. V, 22 marzo 2012 n. 1640).*

Trattasi di affermazioni che possono dirsi ormai frutto di granitica presa d'atto della giurisprudenza della sussistenza di un doppio binario all'interno del sistema, sicché vi è legittimazione ad agire anche fuori dai casi previsti dalla legge. Tuttavia, la sentenza è chiara nel sottolineare come, al fine di evitare fenomeni degenerativi, si debba valorizzare la volontà programmatica dell'Ente di tutelare da sempre e per sempre lo specifico interesse collettivo che si asserisce essere stato violato; con un adeguato grado di rappresentatività e di stabilità; operando in un'area in cui si configura l'interesse stesso (c.d. criterio della *vicinitas*), sicché l'Ente esponenziale svolge la propria attività in un'area in cui è situato il bene a funzione collettiva che si assume essere leso.

Sussiste, pertanto, la legittimazione ad agire da parte di Enti esponenziali fuori dai casi previsti dalla legge, ferma la sussistenza – che nel caso posto all'attenzione non viene riscontrata – dei presupposti legittimanti nel caso concreto.

Il “punto di equilibrio” tra trasparenza ed esigenze di riservatezza nelle procedure a evidenza pubblica: l’istanza di accesso deve essere congruamente motivata

Argomento: Accesso agli atti

(Cons. di Stato, sez. IV, 8 maggio 2023, n. 4599)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“Con il primo motivo di appello, la società censura l’ordinanza [...] del T.a.r. che ha respinto l’istanza di accesso.

Con una prima censura [...] l’appellante deduce che la stazione appaltante avrebbe acriticamente recepito il contenuto della nota [...] con la quale [...] [OMISSIS] ha fatto pervenire la sua opposizione all’ostensione della documentazione richiesta. Il T.a.r. avrebbe dunque violato la norma di cui all’art. 53, comma 5, lett. a, d. lgs. n. 50/16, che consentirebbe di escludere l’accesso solo per quelle parti dell’offerta tecnica la cui conoscenza implicherebbe la diffusione di segreti tecnici o commerciali e sempre che la loro conoscenza non sia necessaria per la difesa in giudizio dell’istante. Secondo l’appellante, queste ipotesi non ricorrerebbero nel caso di specie, né l’impresa che si oppone all’accesso avrebbe fornito prova dell’effettiva sussistenza di segreti industriali o commerciali meritevoli di salvaguardia.

Con una seconda censura [...] l’appellante deduce l’erroneità dell’ordinanza, che non avrebbe accertato l’interesse dell’impresa ad accedere alla documentazione richiesta “... *sia in relazione ai motivi di ricorso già proposti, sia in funzione della proposizione di motivi aggiunti*”, risultando altrimenti preclusa la possibilità di formulare compiute censure avverso gli atti del procedimento di gara.

9.2. Il primo motivo di appello è infondato.

9.3. La disposizione che disciplina l’accesso agli atti nelle procedure di evidenza pubblica è il richiamato art. 53, comma 1, il quale prevede (per la parte direttamente concernente la controversia in esame) che: “*Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241*”.

9.3.1. La disposizione, nei commi successivi al primo, delinea la disciplina relativa ai casi di differimento (commi 2, 3 e 4) e di esclusione (comma 5), tratteggiando, infine, una regola *ad hoc* proprio per quei casi in cui l’accesso abbia ad oggetto documenti che costituiscono segreti tecnici e commerciali (comma 6).

9.3.2. Secondo la disciplina di carattere generale richiamata dall’art. 53, d.lgs. n. 50/2016, e, in particolare, in base all’art. 25, comma 2, legge 241/1990, “*La richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata*”.

9.3.3. L’art. 22, comma 1, lett. b), definisce “*interessati*”, quei soggetti privati “*che abbia-*

no un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso".

9.4. Il quadro normativo richiamato implica, dunque, una scansione procedimentale che è quella tipica dell'accesso documentale difensivo.

9.4.1. L'atto iniziale del procedimento è costituito, pertanto, dall'istanza con la quale l'interessato domanda la visione e l'estrazione di copia, rivolto all'amministrazione che detiene il documento.

9.5. Valgono pertanto i principi più volte affermati da questo Consiglio relativamente ai requisiti che devono sussistere perché possa ammettersi l'accesso agli atti.

9.5.1. Segnatamente, il Consiglio di Stato:

a) ha individuato, in negativo, i connotati dell'istanza di accesso, affermando che essa non legittima ad avere accesso agli atti quando *"si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale"* (Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020 n. 10, §. 38).

b) ha evidenziato, in positivo, che spetta alla parte che domanda l'accesso un *"onere aggravato sul piano probatorio, nel senso che grava sulla parte interessata l'onere di dimostrare che il documento al quale intende accedere è necessario (o, addirittura, strettamente indispensabile se concerne dati sensibili o giudiziari) per la cura o la difesa dei propri interessi"* (§ 9.1.), puntualizzando che la volontà del legislatore è quella di *"esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione"* (Cons. Stato, Ad. plen., 25 settembre 2020 n. 19);

c) per focalizzarne ulteriormente i limiti di ammissibilità, ha puntualizzato le implicazioni teleologiche collegate alla specificità richiesta per il contenuto dell'istanza, che sono quelli di *"permettere all'amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione 'finale' controversa. In questa prospettiva, pertanto, va escluso che possa ritenersi sufficiente un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando"* (§ 9.2.) (Cons. Stato, Ad. plen., 25 settembre 2020 n. 19);

d) ha ribadito che l'istanza debba connotarsi per *"puntualità e specificità"*, l'insufficienza di un *"generico richiamo"* alle esigenze probatorie e difensive, la necessità che l'istanza consenta *"un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare"* (Cons. Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 4, 18.1. e 18.2.);

e) ha indagato il rapporto tra procedimento e processo, negando che *"... ad opera o a favore del privato può realizzarsi, insomma, quell'inversione tra procedimento e processo che si verifica quando nel processo vengono introdotte pretese o ragioni mai prima esposte, come era doveroso, in sede procedimentale"* (Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020 n. 10, §. 11.6.);

f) ha enunciato altresì un importante principio di diritto sul *"d. giudizio sul rapporto"*, categoria nella quale viene *"iscritto"* il giudizio di accesso (§. 11.8.), affermando che *"il c.d. giudizio sul rapporto, pur in sede di giurisdizione esclusiva, non può essere la ragione né la sede per esaminare la prima volta avanti al giudice questo rapporto perché è il procedimento la sede prima, elettiva, immancabile, nella quale la composizione degli interessi, secondo la tecnica del bilanciamento, deve essere compiuta da parte del soggetto pubblico competente, senza alcuna inversione tra procedimento e processo"* (Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020 n. 10, §. 11.9.).

9.6. Nell'ambito dei procedimenti di evidenza pubblica, le questioni relative all'accesso sono state sovente esaminate per le criticità correlate al conflittuale rapporto che si instaura

fra trasparenza dei procedimenti decisionali ed esigenze di riservatezza delle informazioni fornite dall'aggiudicatario, specie di quelle che costituiscono "segreti tecnici o commerciali".

9.6.1. In recenti controversie, questo Consiglio ha rimarcato la necessità che sussista uno "stretto collegamento o nesso di strumentalità tra documentazione richiesta e la situazione finale controversa", declinandola in termini di "stretta indispensabilità" (Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2022, n. 369), e ha ribadito che "l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe – secondo il consueto criterio di riparto – su colui che agisce, ossia sul ricorrente (in sede procedimentale, il richiedente l'accesso agli atti)" (Cons. Stato, Sez. V, 24 gennaio 2023 ord. n. 787, §. 2.11.) e che "la portata di tale onere probatorio dipende dal caso concreto" (Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2020 n. 4016).

9.7. La problematica è stata oggetto anche di pronunce delle Corti sovra-nazionali.

9.7.1. La Corte di Giustizia (Corte di giustizia Comunità Europee, Sez. III, 14 febbraio 2008, n. 450/06) ha evidenziato che "...il principio del contraddittorio non implica che le parti abbiano un diritto di accesso illimitato e assoluto al complesso delle informazioni relative alla procedura di aggiudicazione dei mercati di cui trattasi che sono state presentate all'organo responsabile del ricorso. Al contrario, tale diritto di accesso dev'essere ponderato con il diritto di altri operatori economici alla tutela delle informazioni riservate e dei loro segreti commerciali" (§. 51).

9.7.2. Di recente, la Corte di Giustizia (Corte di giustizia Unione Europea, Grande Sezione, 7 settembre 2021, C927/19), in una controversia riguardante un appalto pubblico per la raccolta e il trasporto di rifiuti urbani affidato ad un raggruppamento di operatori economici, ha affermato che:

a) "l'obbligo di motivare una decisione di rigetto dell'offerta di un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico non implica che quest'ultimo debba disporre di informazioni complete quanto alle caratteristiche dell'offerta selezionata dall'amministrazione aggiudicatrice" (§. 115);

b) "il giudice nazionale competente deve procedere a un esame completo di tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti. Esso deve inoltre necessariamente poter disporre delle informazioni necessarie, ivi comprese le informazioni riservate e i segreti commerciali, per essere in grado di decidere con piena cognizione di causa (v., in tal senso, sentenza del 14 febbraio 2008, V., C-450/06, EU:C:2008:91, punto 53)" (§. 130);

c) "Il giudice nazionale competente deve altresì controllare l'adeguatezza della motivazione della decisione con la quale l'amministrazione aggiudicatrice ha rifiutato di divulgare le informazioni riservate ..." e che "... spetta al giudice nazionale competente conciliare il diritto del richiedente a un ricorso effettivo, ai sensi dell'articolo 47 della Carta, con il diritto alla tutela delle informazioni di natura riservata di tale operatore" (§. 135);

9.8. Dai richiamati riferimenti normativi e dai precedenti della giurisprudenza, si traggono alcune indicazioni fondamentali per la risoluzione della presente controversia.

9.9. In particolare, il Collegio evidenzia come rimangano ben distinti nell'ambito del procedimento (e, poi, del processo): la valutazione che l'amministrazione è chiamata a compiere sull'istanza di accesso e sulla sussistenza dei presupposti per il suo accoglimento ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge n. 241/1990; la valutazione sulla sussistenza dei segreti tecnici o commerciali; la valutazione della sussistenza delle esigenze della difesa in giudizio in capo a chi ha formulato la richiesta di accedere a documenti contenenti le informazioni predette. Ciascuno dei momenti enucleati in base alla normativa di riferimento dovrà essere positivamente valutato prima che si proceda al passaggio logico successivo, sicché se l'istanza di accesso non presenta i requisiti richiesti per il suo accoglimento ciò precluderà in radice che si faccia questione dell'esistenza di segreti tecnici e commerciali; se invece l'istanza sarà favorevolmente valutata e non dovessero sussistere segreti tecnici o commerciali, non sarà ne-

cessario valutare la sussistenza di esigenze di difesa in capo all'istante; se invece, dovessero essere valutate favorevolmente l'istanza di accesso e la *“motivata e comprovata dichiarazione”* del controinteressato fondata sulla sussistenza di segreti tecnici o commerciali (sulla quale si richiama, Cons. Stato, Sez. V 31 marzo 2021, n. 2714), l'amministrazione sarà chiamata ad operare un bilanciamento fra le contrapposte esigenze, dovendo giudicare l'effettiva sussistenza del nesso di strumentalità (Cons. Stato, n. 369 del 2022) o del *“collegamento necessario fra la documentazione richiesta e le proprie difese”* (Cons. Stato, ord. n. 787 del 2023).

9.9.1. La ricerca del *“punto di equilibrio”* (Cons. Stato, III, 26 ottobre 2018, n. 6083; 17 marzo 2017, n.1213) fra interesse (o *“diritto”*) all'accesso, da un lato, e esigenze di riservatezza nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, dall'altro, implica, dunque, che l'istanza di accesso sia in sé meritevole di accoglimento, perché adeguatamente *“giustificata”* sul piano del procedimento (arg. da 25, comma 2, legge n. 241 del 1990, che richiede una *“richiesta ... motivata”* e da Cons. Stato, Ad. plen., n. 10 del 2020, §. 11.9.), così da consentire all'amministrazione di apprezzare, nel procedimento, *“le finalità dell'accesso ... dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione”* (Cons. Stato, Ad. plen., n. 19 del 2020, §. 9.2.).

9.10. Nel caso in esame [...] la società seconda classificata ha domandato l'ostensione dei verbali delle sedute [...], della determinazione del direttore [...], entrambe aventi ad oggetto la verifica di congruità dell'offerta, completa della relazione della istruttoria della verifica di congruità [...], della documentazione relativa alla relazione conclusiva sull'esistenza della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 [...].

La società ha motivato l'istanza rappresentando di avere *“un evidente interesse concreto ed attuale ad accedere a tutta la documentazione concernente il procedimento di adozione delle determinazioni sopra citate in funzione dell'esercizio del diritto di difesa a tutela di proprie situazioni giuridicamente rilevanti”*. [...]

9.10.4. Con la nota [...], l'istante ha insistito nella sua richiesta, con considerazioni non specificamente riferite alle esigenze difensive in ipotesi oggetto di tutela, bensì focalizzando le deduzioni sull'assenza di segreti tecnici e commerciali, e sull'insufficienza della dichiarazione dell'aggiudicataria.

9.10.5. Con la nota [...] ha respinto l'istanza di accesso evidenziando che *“non può essere accolta in quanto con essa non vengono forniti dall'intestata società elementi ulteriori con riferimento alle puntuali esigenze difensive che si intendono tutelare”*.

9.11. Con l'ordinanza n. – OMISSIS –, il T.a.r. ha affermato che *“[OMISSIS] ha correttamente effettuato il giudizio di bilanciamento tra le contrapposte esigenze manifestate dalle parti, tenuto conto che “al fine di esercitare il diritto di accesso con riguardo a informazioni contenenti segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela di propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da guardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio. L'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità va ravvisato tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate o da formulare, con la conseguenza che l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità grava, secondo i principi generali del processo, su chi agisce”*.

9.12. Il Collegio decidente, dopo approfondita valutazione, ritiene che l'ordinanza vada confermata, sia pure con una motivazione parzialmente diversa.

9.12.1. La disamina dell'istanza [...] e della successiva istanza [...] evidenziano la carente rappresentazione *“in modo puntuale e specifico”* delle finalità a cui ciascuna delle due istanze era preordinata.

9.12.2. La giustificazione addotta dalla società interessata si sostanzia in un *“generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive”*, inidonea, dunque, a consen-

tire il “*rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l’istante intende curare o tutelare*”.

9.12.3. Malgrado tale carente prospettazione di parte, muovendo dalla considerazione della partecipazione della seconda classificata alla gara di appalto (e, dunque, valorizzando le peculiarità del caso concreto, così come chiarito da Cons. Stato, Sez. V, n. 4016 del 2020), la stazione appaltante, a fronte dell’opposizione della prima classificata, ha comunque consentito l’accesso ad una parte della documentazione, richiedendo un più approfondito onere motivazionale per ritenere favorevolmente apprezzabile la richiesta limitatamente agli ulteriori documenti domandati e negandolo in assenza di “*elementi ulteriori con riferimento alle puntuali esigenze difensive*” da parte della società istante.

9.12.4. Il “*punto di equilibrio*” così individuato dalla stazione appaltante risulta pienamente corrispondente ai principi enucleati dalla giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria e applicati dalle successive pronunce di questo Consiglio.

9.13. Pur volendo ammettere, in tesi, seguendo le deduzioni dell’appellante, che la dichiarazione dell’offerente sulla sussistenza dei segreti tecnici e commerciali non fosse particolarmente “*motivata*” e suffragata da prove della loro sussistenza, risulta dirimente, per quanto precedentemente evidenziato, che le istanze di accesso alla documentazione risultavano del tutto sfinite di quella giustificazione necessaria a comprovare (con priorità logica e giuridica, nella scansione procedimentale) la necessità dei documenti per la cura e/o la difesa dei propri interessi. Si trattava, quindi, di istanze inidonee a superare positivamente il “*vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione “finale” controversa*”.

9.14. A tale proposito, si soggiunge che, in ragione del divieto di “*inversione tra procedimento e processo*”, non possono ammettersi e valutarsi ai fini dell’accoglimento della pretesa ostensiva quelle giustificazioni/argomentazioni che sono state dedotte per la prima volta nel processo, con l’ulteriore puntualizzazione che il primo motivo di appello realizza anche un inammissibile ampliamento dei fatti dedotti a sostegno dell’istanza formulata ai sensi dell’art. 116, comma 2, c.p.a. nel ricorso di primo grado, in violazione dell’art. 104 c.p.a.. [...].”

Per i provvedimenti in materia di beni culturali è sufficiente una motivazione plausibile e non illogica, essendo irrilevante la opinabilità nel merito delle valutazioni compiute

Argomento: Beni culturali

(Cons. di Stato, sez. VI, 9 maggio 2023, n. 4686)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“1. La presente controversia ha ad oggetto la sentenza con cui il Tar adito ha accolto il ricorso proposto, dal proprietario del dipinto [...] avverso il diniego al rilascio dell’attestato di libera circolazione della stessa opera. [...]

2.1. In linea di diritto va ribadito che la dichiarazione dell’interesse culturale «accerta la sussistenza, nella cosa che ne forma oggetto» dell’«interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante» (combinato disposto degli articoli 10, comma 3, lettera a, e 13 del Codice di settore).

2.2. Il decreto ministeriale n. 537 del 2017 (recante indirizzi di carattere generale per la valutazione del rilascio o del rifiuto dell’attestato di libera circolazione da parte degli uffici esportazione [...]) precisa che le relazioni a supporto del diniego all’esportazione e il contestuale avvio del procedimento di dichiarazione di interesse «devono sempre essere sviluppate in maniera esaustiva, con motivazioni puntuali riferimenti bibliografici aggiornati, se disponibili, e attraverso l’associazione di più di un principio di rilevanza tra quelli riformulati nei nuovi Indirizzi, soprattutto nei casi in cui sembra essere predominante una valutazione legata alla qualità artistica del bene, non sufficiente da sola a giustificare un provvedimento di tutela».

Gli elementi di valutazione, idonei a sorreggere la valutazione di interesse, vengono indicati dal predetto decreto nei seguenti sei: la qualità artistica dell’opera; la rarità, in senso qualitativo o quantitativo; la rilevanza della rappresentazione; l’appartenenza a un complesso o contesto storico, artistico, archeologico, monumentale; la testimonianza particolarmente significativa per la storia del collezionismo; la testimonianza rilevante, sotto il profilo archeologico, artistico, storico, etnografico, di relazioni significative tra diverse aree culturali, anche di produzione o provenienza straniera.

2.3. Negli atti oggetto di contestazione [...] i profili di rilevanza considerati posti a fondamento della determinazione contestata, sono i seguenti quattro su sei: [...].

3. Orbene, a fronte dei quattro elementi di rilevanza individuati, fra i sei del DM, nel caso di specie, il Tar ha accolto i dedotti difetti di motivazione ed istruttoria [...]. Tutti tali profili si scontrano peraltro con i limiti di sindacato propri del presente giudizio di legittimità e con le risultanze agli atti.

4. Sul primo versante, in considerazione della natura delle contestazioni mosse avverso la decisione di vincolo, connotata da un’ampia discrezionalità tecnico-valutativa, va richiamato l’orientamento ancora di recente ribadito dalla sezione.

4.1. Le valutazioni dei fatti complessi richiedenti particolari competenze (c.d. «discrezionalità tecnica») – a differenza delle scelte politico-amministrative (c.d. «discrezionalità amministrativa»), rispetto alle quali il sindacato giurisdizionale è incentrato sulla ‘ragionevole’ ponderazione di interessi non previamente selezionati e graduati dalle norme – vanno vagliate dal giudice con riguardo alla loro specifica ‘attendibilità’ tecnico-scientifica.

Sebbene sia stata oramai definitivamente accantonata l’opinione tradizionale che escludeva si potesse riconnettere alla sentenza del giudice amministrativo l’effetto di imporre una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino “sostitutiva” della disciplina dettata dall’atto annullato, resta il fatto che non sempre il contenuto ordinatorio della sentenza di accoglimento consente una definizione della fattispecie sostanziale.

4.2. Nel caso in esame, il presupposto del potere ministeriale di vincolo – ovvero l’interesse culturale dell’opera – viene preso in considerazione dalla norma attributiva del potere, non nella dimensione oggettiva di fatto ‘storico’ (accertabile in via diretta dal giudice), bensì di fatto ‘mediato’ dalla valutazione affidata all’Amministrazione. Ne consegue che il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell’Amministrazione, dovendo di regola verificare se l’opzione prescelta da quest’ultima rientri o meno nella ristretta gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto. [...]

Fino a quando si fronteggiano opinioni divergenti, tutte parimenti argomentabili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall’organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla posizione ‘individuale’ dell’interessato.

5. Applicando tali coordinate al caso di specie, e premessa la indiscussa sussistenza del criterio della qualità dell’opera, tutti e tre i profili accolti dal Tar si scontrano con la sola opinabilità delle valutazioni ministeriali, le quali non possono dirsi scientificamente inaccettabili. Nella sostanza, si confrontano diverse valutazioni di merito circa la sussistenza dei presupposti, rispetto alle quali neppure è ipotizzabile che quelle ministeriali siano meno pregevoli, anzi. [...]

8.5. Orbene, anche in tal caso emerge evidente lo svolgimento di un articolato approfondimento circa la sussistenza dei presupposti dei criteri invocati dall’amministrazione, attraverso elementi che, per quanto tecnicamente opinabili nel merito, appaiono privi di qualsiasi profilo di illogicità o di travisamento dei fatti. In definitiva, l’amministrazione è giunta ad una diversa e plausibile determinazione, rispetto a quella posta a base dell’esperto che ha redatto la relazione di parte senza che quest’ultima fornisca indizi circa l’erroneità logica e di fatto delle valutazioni ministeriali”.

Nota a sentenza di Luca Del Prete

Ancora una volta l’ordinamento dei beni culturali costituisce un ambito privilegiato per riflettere e precisare concetti generali del diritto amministrativo quali la discrezionalità tecnica (e quella amministrativa), il merito amministrativo e i limiti alla cognizione dell’atto da parte del giudice amministrativo. La sentenza in commento affronta in maniera analitica, alla luce del principio dell’effettività della tutela, la tematica dei limiti del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica in presenza di concetti giuridici indeterminati, con specifico riguardo alla materia dei beni culturali.

La vicenda origina dal diniego all'esportazione di un piccolo olio e dalla conseguente dichiarazione dell'interesse culturale disposta dal Ministero con un provvedimento che, in primo grado, il TAR annullava in prima battuta per difetto di motivazione ma che invece in secondo grado veniva confermato.

Va premesso che gli organi del Ministero, nel compiere la propria valutazione circa l'interesse culturale, funzionale a sua volta al rilascio o al rifiuto dell'attestato di libera circolazione, si attengono, ai sensi dell'art. 68, comma 4, del D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, agli indirizzi di carattere generale adottati con il D.M. 6 dicembre 2017, n. 537.

L'esaminata pronuncia del Consiglio di Stato si apprezza su un duplice piano: quello sostanziale e quello processuale.

Sul versante sostanziale la Sezione, premessa la differenza tra la discrezionalità tecnica e quella amministrativa, si sofferma sul limite esistente tra la prima ed il merito amministrativo. In particolare, nella discrezionalità amministrativa l'interesse pubblico si realizza a seguito dell'attività di mediazione svolta tra l'interesse pubblico primario e quelli secondari coinvolti dall'azione amministrativa. Di conseguenza, sul piano processuale, *“il sindacato giurisdizionale è incentrato sulla ragionevole ponderazione di interessi non previamente selezionati e graduati dalle norme”*. La discrezionalità tecnica, invece, si sostanzia nella valutazione di fatti o situazioni alla stregua di norme tecniche a carattere specialistico la cui applicazione, lungi dal garantire un risultato univoco ed obiettivo, si connota per un inevitabile grado di opinabilità e di soggettività. Tuttavia – e qui si situa la linea di confine con il merito amministrativo – l'opinabilità è qualità ben distinta dall'opportunità (che, in quanto attinente al merito, è insindacabile in sede giurisdizionale).

Sul piano della tutela giurisdizionale la questione dei limiti alla cognizione dell'atto tecnico discrezionale riguarda strettamente l'individuazione dei confini che il giudice incontra nell'accesso al fatto.

La questione così posta, specie in presenza di concetti giuridici indeterminati, rientra in una tematica molto dibattuta in dottrina e in giurisprudenza, al di là dell'ambito specifico della tutela del patrimonio culturale.

Pur non essendo questa la sede per dare compiutamente atto del vivace dibattito in materia, va ricordato che a lungo è prevalsa l'idea che le valutazioni tecniche, pur differenti sul piano ontologico rispetto a quelle propriamente discrezionali, costituissero un ambito riservato all'Amministrazione e quindi non fossero sindacabili in sede giurisdizionale. Era l'esistenza del momento valutativo a fondare l'insindacabilità della decisione (e quindi il merito amministrativo) sia che si trattasse di una valutazione comparativa di interessi (discrezionalità amministrativa), sia che si trattasse dell'opinabilità di valutazioni complesse (discrezionalità tecnica). Pertanto, quando i concetti indeterminati contenuti nella norma richiedono una necessaria attività di concretizzazione degli stessi ad opera dell'amministrazione, l'attività amministrativa conseguente sarebbe al più sindacabile solo sotto il profilo formale ed estrinseco del rispetto dei criteri di logica e di non contraddittorietà e nei limiti dell'eccesso di potere, ma non con riguardo al rispetto della disciplina scientifica applicata e della sua metodologia.

Tuttavia, la necessità di dare piena attuazione al principio dell'effettività della tutela di cui agli artt. 24 e 113 della Costituzione, con il conseguente progressivo aumento della domanda di tutela nei riguardi dei pubblici poteri, ha portato ad una rivisitazione di tale orientamento. La più recente tendenza giurisprudenziale e legislativa, infatti, mette in luce come l'uso di concetti giuridici indeterminati comporti un'attività di concretizzazione da parte dell'amministrazione che, pur se complessa, non giustifica di per sé una riserva assoluta a favore della stessa, con preclusione del sindacato giurisdizionale. Sotto questo profilo, e con specifico riguardo alla tutela del patrimonio culturale, la decisione si inserisce in quell'indirizzo giurisprudenziale, inaugurato con la sentenza della IV sezione del Consiglio di Stato 9 aprile 1999,

n. 601 che ha riconosciuto l'opportunità di una verifica del giudice più incisiva e penetrante degli apprezzamenti tecnici svolti dall'amministrazione.

Pertanto, il sindacato del giudice potrà limitarsi ad un controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito, se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato. Tuttavia, ove tale operazione non sia sufficiente, il controllo potrà estendersi ad una verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criteri tecnici e metodologici osservati (nel caso di specie, in particolare quanto all'osservanza dei criteri di cui al menzionato D.M. 537/2017). In tal modo il giudice avrà sostanzialmente accesso al fatto, anche quando questo – come nel caso di specie – comporta l'uso di concetti giuridici indeterminati, senza però che tale operazione possa consentire al giudice di sostituirsi nella valutazione riservata, questa sì, alla pubblica amministrazione.

Inoltre, la generalizzata ammissione della consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo ha consentito di ritenere superati gli ostacoli di ordine processuale che si opponevano al descritto accesso al fatto ad opera del giudice. In tal modo trova accoglimento la sempre più frequente pretesa dei privati ad un'analisi giudiziale approfondita della tematica controversa, con conseguente riduzione dell'area dell'insindacabilità giudiziale.

La pronuncia sposa quindi pienamente questo orientamento.

Il ragionamento svolto dai giudici di Palazzo Spada parte dalla considerazione che l'interesse culturale (e la sua importanza) entra all'interno della struttura della norma attributiva del potere, non nella dimensione oggettiva di fatto storico (accertabile in via diretta dal giudice) e costituisce dunque un "*fatto 'mediato' dalla valutazione affidata all'Amministrazione*".

Infatti, l'interesse culturale, rappresentando il presupposto del potere ministeriale di vincolo, costituisce il fatto al cui accertamento il giudice ha pieno accesso. Tuttavia, poiché, come accennato, è insita nella discrezionalità tecnica una componente soggettiva di opinabilità, l'esame giurisdizionale sarà volto ad accertare che l'opzione prescelta dall'amministrazione rientri tra "*le risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce della scienza rilevante e di tutti gli altri elementi del caso concreto*", anche alla luce del rispetto dei citati indirizzi di carattere generale.

Vi è quindi la piena consapevolezza che la tecnica attiene al solo momento conoscitivo e non può fondare, di per sé sola, alcuna sfera di potere riservato.

Questo passaggio della pronuncia, ovvero l'affermazione di un tal sindacato giurisdizionale, incide anche sulla distribuzione dell'onere della prova. Infatti, è ben possibile per il ricorrente dimostrare l'inattendibilità scientifica dell'opzione prescelta dall'amministrazione, ma tale prova dovrà essere data con un'attendibilità maggiore e prevalente, atteso che, – ed è questo un ulteriore passaggio di rilievo della pronuncia – a fronte di "*opinioni divergenti, tutte parimenti argomentabili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito [...] della competenza ad adottare decisioni collettive*".

Nel caso di specie il giudice di secondo grado ha reputato la motivazione del provvedimento impugnato priva di "*qualsiasi profilo di illogicità o di travisamento dei fatti*", pur se fondata su elementi tecnicamente opinabili nel merito. Tale determinazione è stata ritenuta prevalente rispetto alla relazione di parte la quale, pur plausibile e diversamente argomentata, risultava comunque priva di indizi circa la erroneità logica e di fatto della determinazione ministeriale.

In altri termini, ben diversa è una valutazione scorretta rispetto ad un giudizio opinabile, ma comunque fondata sulla corretta applicazione di una disciplina tecnica. Solo la prima richiede un sindacato giurisdizionale che si svolga secondo modalità non superficiali e con strumenti che consentano di giungere ad una piena conoscenza della situazione di fatto.

In tal modo ciò che rimane fuori dal perimetro della cognizione giurisdizionale attiene solo ai profili di opportunità e di convenienza della scelta amministrativa tra le diverse soluzioni

tecniche possibili, mentre l'indagine sui presupposti di fatto del provvedimento, anche in presenza di scelte tecniche complesse, rientra nella sfera di controllo giurisdizionale, con conseguente piena operatività del principio di effettività della tutela.

Rimane tuttavia la difficoltà di individuare un confine certo tra valutazione sui presupposti di fatto (pienamente sindacabile) e scelta tecnico-discrezionale che rimane confinata nel merito. Infatti, spesso la valutazione tecnica più che costituire presupposto della scelta è manifestazione di volontà essa stessa. Tuttavia, l'arretramento degli spazi riservati dell'azione amministrativa, lasciando maggior margine all'attività di verifica giurisdizionale, consente un ampliamento qualitativo della tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati.

Il diritto al buono pasto sussiste anche quando raggiungere la mensa richiederebbe un sacrificio sproporzionato

Argomento: Pubblico impiego

(Cons. di Stato, sez. II, 19 maggio 2023, n. 5007)

Stralcio a cura di *Rossella Bartiromo*

“[L]’art. 35 del DPR n. 254 del 1999 stabilisce che, qualora ricorrano le condizioni previste dall’art. 2, co. 1, della legge n. 203, le Amministrazioni «possono anche provvedere tramite la concessione di un buono-pasto giornaliero» (il cui importo è stato determinato in 7 euro dal DPR n. 51 del 2009); la previsione è stata confermata, con specifico riferimento ai dipendenti delle “sedi disagiate”, dall’art. 1, co. 703, della legge del 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018).

Dal quadro normativo sopra esposto emerge che, per assicurare la fruizione del pasto ai dipendenti delle “sedi disagiate”, l’Amministrazione è chiamata, in primo luogo, a costituire una mensa di servizio; nei casi in cui sia impossibile assicurarne il funzionamento, può provvedere ai sensi dell’art. 55 del DPR n. 782 del 1985, dunque, in ordine di preferenza: a condividere mediante convenzione la mensa gestita da altri enti pubblici, ad appaltare il servizio o a stipulare accordi con esercizi privati; oppure può attribuire ai dipendenti buoni-pasto giornalieri, modalità prevista dall’art. 35 del DPR n. 254 del 1999 quale alternativa ed equivalente a tutte quelle indicate nell’art. 55 del DPR n. 782 del 1985. [...]

La possibilità o meno di accedere alla mensa deve essere valutata secondo il criterio di buona fede, che è un principio generale del diritto, corollario del dovere di solidarietà di cui all’art. 2 Cost. e oggi codificato dall’art. 1, co. 2-*bis*, della legge n. 241 del 1990, quale criterio cui devono improntarsi i rapporti tra cittadino e Amministrazione, il quale, come afferma una giurisprudenza ormai consolidata, «impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell’ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme specifiche» (così fin da Cass. Civ., sez. III, sent. n. 20106 del 2009).

La “impossibilità” di accedere alla mensa, rilevante ai fini della sussistenza del diritto al buono-pasto (in mancanza dell’attivazione di convenzioni con altre mense o con ristoranti), sussiste pertanto anche quando raggiungerla richiederebbe ai lavoratori un sacrificio sproporzionato.

Per quanto rileva nel caso di specie, è da considerarsi ragionevolmente sproporzionato pretendere che i dipendenti in servizio presso l’aeroporto, posto al di fuori dall’abitato cittadino, debbano entrare in città per usufruire della mensa costituita presso la Questura – dove non avrebbero altro motivo di recarsi – per poi andare o tornare in servizio oppure rientrare a casa, dato che l’Amministrazione non assicura loro la fruizione del pasto nelle vicinanze del luogo di lavoro.

Va pertanto confermata la sentenza di primo grado che ha ritenuto che «in considerazione

della distanza e dei tempi di percorrenza, la mensa situata presso la Questura di OMISSIS non può ritenersi soluzione idonea» (tesi peraltro già condivisa da questo Consiglio di Stato in sede cautelare) e che devono pertanto essere riconosciuti i buoni-pasto ai dipendenti dalla cessazione della erogazione fino all'effettiva attivazione di una soluzione che consenta loro di consumare il pasto presso l'aeroporto o altra struttura nelle vicinanze e agevolmente raggiungibile».

Nota a sentenza di Ilaria Renzo

L'oggetto della pronuncia del Consiglio di Stato in commento riguarda la modalità di fruizione del buono pasto per i lavoratori.

Nel giudizio di appello, si controverte dell'impugnazione di una sentenza con cui il Tar ha accolto il ricorso proposto da un gruppo di lavoratori, dipendenti in forza presso un aeroporto situato lontano dal centro cittadino, contro la decisione dell'Amministrazione di limitare l'erogazione dei buoni pasto esclusivamente ai lavoratori con turni considerati incompatibili con il raggiungimento della mensa di servizio presso gli uffici.

In sostanza il diritto al buono pasto sarebbe stato concesso soltanto nel caso di indisponibilità o inaccessibilità di un servizio mensa interno o di una convenzione con ristoranti gestiti da privati.

Il datore di lavoro aveva ritenuto di limitare i buoni pasto, nel presupposto che i dipendenti avrebbero avuto la possibilità di raggiungere la mensa in tempi adeguati, anche perché il pasto non sarebbe stato consumato durante un intervallo tra due turni lavorativi con obbligo di rientro immediato, ma piuttosto al termine della prestazione lavorativa o prima dell'inizio di essa.

L'ufficio presso cui prestavano i servizi rientrava inoltre tra le "*sedi disagiate*" secondo quanto stabilito dall'articolo 1 della Legge 203/1989, il quale prevede in tale ipotesi la creazione di "*mense obbligatorie di servizio*".

Nel caso in cui non sia possibile istituire una, l'Amministrazione, ai sensi dell'articolo 55 del D.P.R. 782/1985, ha il compito di procedere, in ordine di preferenza, alla stipula di convenzioni con altre Amministrazioni o enti pubblici dello Stato, all'appalto del servizio, alla stipula di convenzioni con esercizi privati, con oneri a proprio carico. L'articolo 35 del D.P.R. 254/1999 stabilisce che, se al verificarsi delle condizioni normative descritte, è possibile procedere tramite la concessione di un buono pasto.

I giudici hanno affermato più volte che il buono pasto, a meno che non sia diversamente stabilito, non costituisce parte della retribuzione, ma rappresenta piuttosto un beneficio di natura assistenziale legato al rapporto di lavoro in modo occasionale.

Questo concetto trova fondamento nella normativa di derivazione europea (decreto legislativo n. 66 dell'8 aprile 2003 in recepimento delle direttive comunitarie 93/104 e 2000/34) che regola l'organizzazione dell'orario di lavoro per garantire un ambiente salubre ai lavoratori, sia nel sistema costituzionale (articolo 32 Costituzione), che riconosce il diritto alla tutela della salute come un inalienabile. Di conseguenza, i buoni pasto sono concepiti con l'obiettivo di conciliare le esigenze dell'organizzazione del lavoro con quelle quotidiane dei lavoratori.

Pertanto, il Consiglio di Stato ha affermato nel caso di specie che l'Amministrazione risulta responsabile nel valutare se istituire una mensa interna, stipulare una convenzione con un servizio di ristorazione o fornire ai dipendenti i buoni pasto.

Se l'accesso alla mensa principale non è possibile per alcuni dipendenti e non vi sono ac-

cordi per garantire altrimenti il servizio di refezione, l'unica soluzione concreta disponibile è l'erogazione del buono pasto per i lavoratori interessati.

La valutazione sull'accessibilità effettiva alla mensa deve rispettare il principio di buona fede, corollario del dovere di solidarietà sancito dall'articolo 2 della Costituzione e oggi codificato dall'articolo 1, comma 2-*bis*, della legge numero 241 del 1990.

Questo principio guida i rapporti tra cittadino e Amministrazione, richiedendo ad entrambe le parti di bilanciare i propri interessi reciprocamente, anche in assenza di obblighi contrattuali specifici o norme esplicite.

La Repubblica, nel richiedere l'osservanza dei doveri inderogabili di solidarietà come previsti dall'articolo 2 della Costituzione, si riferisce non soltanto ai soggetti privati, ma anche, per così dire, a sé stessa. Questo significa che, innanzitutto, si rivolge agli enti pubblici territoriali, come individuati dall'articolo 114 della Costituzione. Pertanto, il principio di solidarietà enunciato nell'articolo 2 diventa un dovere tanto per i singoli soggetti quanto per la Repubblica stessa.

L'impossibilità di accedere alla mensa, ai fini dell'erogazione del buono pasto, è considerata sussistente anche quando l'accesso sarebbe teoricamente anche possibile ma richiederebbe ai lavoratori un sacrificio "sproporzionato".

Così nel caso specifico, come riportato nella sentenza, sarebbe irragionevole pretendere che i dipendenti in servizio presso una sede al di fuori dell'abitato cittadino debbano spostarsi fino in città per accedere alla mensa, senza altri motivi per farlo, e poi tornare in servizio o a casa. L'Amministrazione avrebbe dovuto infatti garantire loro la possibilità di consumare il pasto nelle vicinanze del luogo di lavoro.

Di conseguenza, i buoni pasto devono essere riconosciuti ai dipendenti fino all'effettiva attivazione di una soluzione idonea che consenta loro di consumare il pasto presso la sede di lavoro o in un'altra struttura nelle vicinanze e facilmente accessibile.

Il meccanismo del silenzio assenso nell'inottemperanza al giudicato

Argomento: Processo amministrativo

(Cons. di Stato, sez. II, 22 maggio 2023, n. 5072)

Stralcio a cura di *Aniello Iervolino*

“Per quanto nel caso di specie il ricorrente non invochi l'avvenuta formazione del silenzio assenso successivamente al giudicato, la circostanza che il legislatore abbia previsto tale modalità di acquisizione del titolo – contrariamente, peraltro, a quanto accade per l'accertamento di conformità – non può essere priva di conseguenze.

Il Collegio ritiene infatti che l'efficacia delle scelte di semplificazione dei regimi di accesso a determinate attività, che il legislatore ha tentato via via di rafforzare introducendo ulteriori rimedi ed accentuando gli elementi di garanzia della certezza delle situazioni giuridiche, si giochi preliminarmente sul piano delle prassi distorte degli uffici, che si collocano astrattamente a monte dello stesso avvio dei procedimenti. La presunta incompletezza di una pratica, infatti, finisce per diventare il grimaldello per uno stillicidio di richieste aggiuntive, spesso ammantate dall'egida della consultazione collaborativa, tali comunque da procrastinare *sine die* il perfezionamento dei procedimenti ad istanza di parte.

In altre parole, una lettura degli istituti di semplificazione, tra i quali sicuramente rientra anche il silenzio assenso, che sia conforme ai principi generali dell'attività amministrativa impone che il comportamento dell'Amministrazione, al pari di quello del privato, sia improntato alla correttezza e alla buona fede [...].

Il meccanismo del “silenzio-assenso” risponde infatti ad una valutazione legale tipica in forza della quale l'inerzia equivale a provvedimento di accoglimento, nel senso che gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo. Con il corollario che, ove ne sussistano i requisiti di formazione, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge. Come chiarito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746) reputare che la fattispecie sia produttiva di effetti soltanto ove corrispondente alla disciplina sostanziale, significherebbe sottrarre i titoli così formati al regime della annullabilità, per contro espressamente prevista. L'art. 21 *novies* della l. n. 241 del 1990, infatti, nel disciplinare in generale l'istituto dell'annullamento d'ufficio, ne individua l'oggetto (anche) nel «*provvedimento*[che] *si sia formato ai sensi dell'art. 20*», con ciò presupponendo evidentemente che la violazione di legge non incida sul perfezionamento della fattispecie, bensì rilevi (secondo i canoni generali) in termini di illegittimità dell'atto. Da qui il rimedio postumo che l'ordinamento appronta per l'Amministrazione che si ravveda e ravvisi la necessità di rimediare agli effetti del proprio indebito comportamento inerte.

Indicazioni ancora più chiare nel senso della finalità acceleratoria dell'agire amministrativo dell'istituto sono rinvenibili nella recente – e non aliena da criticità – disciplina della c.d. “certificazione del silenzio”, nonché della sanzione di inefficacia delle decisioni tardive rispetto alla significatività attribuita al decorso del tempo dal legislatore.

La formulazione del comma 8, dell'art. 20 del d.P.R. n. 380 del 2001, avente ad oggetto il procedimento di rilascio del permesso di costruire "ordinario", è stata infatti integrata con la previsione che «*Fermi restando gli effetti comunque prodotti dal silenzio, lo sportello unico per l'edilizia rilascia anche in via telematica, entro quindici giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie in via e di provvedimenti di diniego; altrimenti, nello stesso termine, comunica all'interessato che tali atti sono intervenuti*» (l'intero periodo è stato inserito dal medesimo d.l. n. 76 del 2020, sopra richiamato).

Vero è che analoga indicazione non è stata inserita (comprensibilmente, trattandosi, come chiarito, di istituto "ad esaurimento", seppure ancora ben lontano dall'essere "esaurito") con riferimento ai procedimenti di condono.

È tuttavia emblematico delle criticità gestionali diffuse in ambito urbanistico-edilizio il fatto che la previsione dell'art. 20 del T.u.e. sia un'anticipazione di quanto successivamente esteso a tutti i provvedimenti *per silentium*. Il comma 2 *bis* dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, infatti, inserito dal successivo d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, prevede ora, in maniera peraltro neppure del tutto sovrapponibile, che: «*Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo [...]*» La disposizione si completa addirittura con la facoltà riconosciuta al privato, decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, di sostituire l'attestazione con una propria dichiarazione resa ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. È ancora una volta evidente lo sforzo del legislatore per recuperare efficacia e conseguente attrattività all'istituto, giusta la riscontrata comprensibile riluttanza del privato-cittadino all'utilizzo di un titolo tacito e non alla sua "materializzazione" sul piano formale, a torto o a ragione percepita come più cautelante a fronte di un eventuale controllo. Il tutto, ovviamente, lasciando inevitabilmente immutata la struttura essenziale del provvedimento tacito, comprensiva delle scansioni temporali che ne determinano la formazione.

L'art. 2, comma 8-*bis*, della legge n. 241 del 1990 (pure introdotto dal decreto-legge n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020), come anticipato al § 21, afferma a sua volta che: «*Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-*bis*, comma 2, lettera c), 17-*bis*, commi 1 e 3, 20, comma 1, [...] sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-*nonies*, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni*», confermando che, decorso il termine, all'Amministrazione residua soltanto il potere di autotutela.

Né nel caso di specie un maggior rigore dell'istruttoria – che comunque non può non tenere conto del lungo periodo di precedente inerzia – può trovare fondamento nella natura di illecito sostanziale dell'abuso perpetrato, sia in quanto il modello procedimentale non lo consente, avendo già fissato un termine sufficientemente lungo per l'evasione delle pratiche; sia soprattutto perché il Consiglio di Stato ha ampiamente argomentato sulla portata meramente formale dello stesso, che in quanto in possesso del requisito della doppia conformità ben avrebbe consentito anche l'accesso al regime della sanatoria ordinaria.

In ogni caso, se si eccettua il caso di "inconfigurabilità" della domanda, la inadeguatezza della documentazione a corredo presuppone un primo *screening* dell'istanza originariamente presentata, che nel caso di specie pare essere stata invece totalmente ignorata dal Comune di OMISSIS, che ha nuovamente preteso la documentazione, anche fotografica, del cambio d'uso *illo tempore* effettuato.

Va infatti ricordato che con il calzante neologismo giuridico della “inconfigurabilità” la giurisprudenza ha inteso richiamare tutte le situazioni di non rispondenza della richiesta neppure al “modello normativo astratto” prefigurato dal legislatore (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746), cui possono essere ricondotte anche le ipotesi di totale inconsistenza della stessa, sì da rendere impossibile l’individuazione *a priori* dello stesso oggetto dell’istanza. In materia di condono, ad esempio, costituisce requisito condizionante la “consistenza” della domanda per esplicita indicazione del legislatore l’attestazione del versamento della somma dovuta a titolo di oblazione, sicché solo ove la sua presentazione nel termine perentorio previsto ne sia corredata si produce l’effetto sospensivo del procedimento penale e quello per le sanzioni amministrative (art. 38, comma 1, della legge n. 47 del 1985).

L’“inconfigurabilità”, dunque, include, senza esaurirli, i casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza delle istanze, che tuttavia non sarebbero esenti dall’obbligo di provvedere (sia pure redatto in forma semplificata), giusta la chiara previsione in tal senso dell’art. 2, comma 1, della legge n. 241 del 1990.

Ad ogni buon fine, nel caso di specie neppure può ipotizzarsi una qualche “inconfigurabilità” della domanda, atteso che i contenuti della stessa sono stati definitivamente “interpretati” dalla sentenza n. 3667/2020, sia con riferimento all’inquadramento tipologico dell’intervento (modifica di destinazione d’uso senza opere), sia in relazione alla adeguatezza della documentazione probatoria della data di ultimazione (entro il 31 marzo 2003).

Il silenzio-assenso non può essere ritenuto la modalità “ordinaria” di svolgimento dell’azione amministrativa. Così come, pertanto, al cittadino che lo invoca o che comunque può beneficiarne, va richiesto un comportamento responsabile e collaborativo, evitando l’inoltro di istanze-scatole vuote, ovvero, peggio ancora, del tutto eterogenee rispetto al paradigma procedimentale invocato (si pensi, a mero titolo di esempio, all’utilizzo palesemente improprio di procedimenti dichiarativi, quali in particolare la CIL o la CILA); in egual misura l’Amministrazione è tenuta al rispetto delle scansioni procedurali previste e, ancor prima e a prescindere, ad un comportamento che non si palesi come inutilmente e immotivatamente dilatorio, seppure formalmente e astrattamente corretto.

Va da sé, dunque, che tutto si sposta sul piano delle responsabilità, giusta la previsione di cui all’articolo 2 della l.n. 241 del 1990 secondo cui «*la mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente*» (comma 9)».

Nota a sentenza di Alessandra Mozzi

La vicenda da cui trae origine la pronuncia in commento ha riguardo a un procedimento di condono edilizio, così come disciplinato dalla Legge n° 326/2003 e dalla Legge Regionale del Lazio n° 12/2004, relativo all’intervento di parziale cambio di destinazione d’uso di un immobile.

L’originaria istanza del ricorrente veniva rigettata dal Comune, il quale altresì ingiungeva all’istante la demolizione del magazzino oggetto della richiesta di sanatoria, intimando a non proseguirvi le attività commerciali.

Il TAR respingeva il ricorso di prime cure proposto avverso i provvedimenti, sull’assunto per cui non sarebbe stata provata l’ultimazione delle opere condonabili entro la data del 31 marzo 2003, presupposto *ex lege* richiesto.

Adito il Consiglio di Stato, quest'ultimo ha riformato la sentenza di prime cure, sposando una tesi diametralmente opposta al TAR in ordine alla sanabilità dell'intervento e per l'effetto ha annullato i provvedimenti impugnati.

A seguito della diffida a provvedere secondo quanto prescritto dalla pronuncia del Consiglio di Stato, il ricorrente si è visto costretto a proporre ricorso per l'ottemperanza nei confronti dell'Ente comunale, rimasto inerte.

La pronuncia in commento riguarda il rapporto tra gli effetti del silenzio-assenso, il giudicato amministrativo e la natura ibrida del giudizio di ottemperanza.

In via preliminare, il Consiglio di Stato coglie l'occasione per ribadire che il giudizio regolato dagli artt. 112 e ss. del c.p.a. non è soltanto di stretta esecuzione, bensì anche di attuazione del giudicato rimasto inevaso o eluso dall'Amministrazione.

Oltre ai poteri tipicamente cognitivi, il Giudice adito per l'ottemperanza è chiamato a esercitare anche funzioni propulsive, volte a ristabilire il corretto operato della Pubblica Amministrazione, superando eventuali dubbi ermeneutici sulla pronuncia da eseguire.

Chiarito ciò, la sentenza in commento passa a inquadrare il rapporto che intercorre tra il giudicato e il procedimento amministrativo, precisando che il primo entra incidentalmente nel secondo e in questi va calato per adattarsi perfettamente alle sue esigenze.

Sulla base di tali saldi presupposti, il Supremo organo di giustizia amministrativa giunge alla conclusione per cui il giudicato non assume una funzione limitativa del corretto fluire dell'azione amministrativa. Ne discende che, quando in un procedimento operi un meccanismo di semplificazione, questi non è ostacolato dalla sopravvenienza del giudicato.

Per meccanismi di semplificazione il Supremo Consesso prende in considerazione l'ampia gamma di strumenti di cui il legislatore ha via via dotato l'attività amministrativa, al fine di renderla quanto più rispondente alle esigenze di celerità e di certezza dei tempi dell'*agere* amministrativo.

Il più classico di tali meccanismi è il silenzio-assenso, al quale si sono aggiunti quelli di più recente conio, tra cui si annovera la meccanica del *one-shot* (temperato), elaborata a partire dalle strettoie imposte alla riedizione del potere amministrativo, nonché l'inefficacia c.d. *rimediale*, introdotta dall'art. 2 comma 8-bis della L. n° 241/1990 a seguito delle recenti riforme dedicate proprio alla Semplificazione amministrativa.

Ed è proprio con riguardo all'avvenuta formazione del silenzio-assenso sull'originaria istanza di condono presentata dal ricorrente, che il Consiglio di Stato si sofferma, esaltando il ruolo legittimante delle istanze acceleratorie e/o semplificatorie avverso i comportamenti ingiustificatamente dilatori assunti dall'Amministrazione.

Il *fil rouge* che collega la semplificazione con la buona fede e la correttezza comportamentale richieste alla Pubblica Amministrazione viene opportunamente ricostruito sulla base delle seguenti argomentazioni, evidenziate dalla pronuncia in commento.

In primo luogo, la formazione del provvedimento c.d. "silenzioso" di assenso non è impedita dalla presunta incompletezza dell'istanza presentata dal richiedente, quando a questa si opponga la sostanziale sussistenza dei requisiti per l'accoglimento della domanda. D'altra parte, la possibilità di intervenire in autotutela supera qualsiasi ostacolo alla formazione del silenzio-assenso in caso di difformità sostanziali.

Il Supremo Consesso sottolinea infatti che, non ammettendo la formazione del silenzio-assenso nell'ipotesi di difformità sostanziali, il potere di annullare d'ufficio il provvedimento silenzioso previsto espressamente dall'art. 21-nonies L. 241/1990 non avrebbe modo di esistere.

Una volta che il silenzio-assenso si sia formato, la condotta della Pubblica Amministrazione la quale, incurante del suddetto meccanismo, si ostini a mantenere l'inerzia ovvero a reiterare le richieste di documentazione o di chiarimenti al privato, deprime il ruolo ed il valore del procedimento.

È in quest'ambito, infatti, che va collocato il complicato bilanciamento tra l'interesse pubblico e quello privato ed è sempre in quest'ambito che deve aver luogo il leale confronto tra il cittadino e la Pubblica Amministrazione. Le dinamiche esterne al procedimento, tra cui vanno ricomprese quelle processuali, influiscono sul medesimo dunque solo in funzione correttiva e/o attuativa.

La pronuncia può dirsi decisiva quindi nel rimarcare l'indubitabile funzione correttiva che il giudicato svolge sull'intera l'attività amministrativa, senza tuttavia riconoscerli effetti estranei rispetto alle logiche del buon andamento e della correttezza comportamentale della Pubblica Amministrazione.

Quest'ultima, infatti, non potrà invocare una pronuncia di annullamento per avanzare la pretesa di ripetere il procedimento, specie qualora si sia già formato un provvedimento silenzioso di segno positivo per il privato.

A partire da tale momento, qualsiasi condotta *soprassessoria* dell'Amministrazione, incurante del silenzio formatosi, non può assumere alcun valore autoritativo, ma anzi attribuisce al privato elementi per l'esercizio di un'eventuale azione risarcitoria.

L'Università può bandire un nuovo concorso da ricercatore invece di scorrere una graduatoria vigente quando la nuova procedura sia finanziata con fondi diversi e preveda specifici obiettivi didattici e di ricerca

Argomento: Pubblico impiego

(Cons. di Stato, sez. VII, 13 giugno 2023, n. 5805)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“1. La sentenza impugnata ha rigettato il ricorso con cui la parte appellante ha chiesto l’annullamento della Disposizione [...] che ha indetto una procedura di valutazione comparativa per [...] un posto da ricercatore [...].

A supporto del gravame la parte appellante deduce le seguenti circostanze:

– con disposizione dirigenziale del [...] 2016 l’[...] Università [...] aveva indetto una procedura di valutazione comparativa [...] per [...] un posto da ricercatore [...];

– la parte appellante era stata ammessa alla selezione e risultata collocata al terzo posto [...];

– ai sensi [...] del Regolamento per la disciplina dei ricercatori a tempo determinato dell’[...] Università [...] detta graduatoria era in corso di validità, ciò nonostante, il 18 dicembre del 2017, l’Università aveva indetto un’ulteriore procedura selettiva, analoga a quella del 2016;

[...] – le due procedure erano esattamente identiche, come desumibile dai rispettivi bandi, senza, per di più, che l’amministrazione avesse inteso minimamente dar conto delle ragioni che l’avevano indotta a disattendere tale regola generale. [...]

DIRITTO

3. Il primo motivo di appello contesta alla sentenza impugnata di aver ritenuto erroneamente inammissibile il ricorso originario per mancata tempestiva impugnazione del bando che ha indetto il concorso nel 2017. [...]

3.1. Il motivo è fondato.

In premessa va ricordato che l’onere di immediata impugnazione del Bando è ritenuto, di norma ed in via generale dalla giurisprudenza amministrativa, una previsione eccezionale, limitata a casi tipici e residuali [...].

[...] [C]ome ricordato, al concorso della cui indizione si duole, la parte appellante ha partecipato. Dunque il suo concreto interesse ad impugnarlo non poteva che sorgere al momento della pubblicazione della relativa graduatoria, dalla quale ha appreso di non essersi collocata in posizione utile.

È intuibile, per contro, che se per ipotesi avesse ottenuto un posizionamento utile, non avrebbe avuto alcun interesse, giuridicamente tutelabile, a gravare la relativa determinazione. [...]

4. Il secondo motivo di appello contesta alla sentenza di non aver rilevato [...] la violazione [...] del Regolamento che quella università si è dato per la disciplina dei ricercatori [...].

A lume della evocata disciplina, sostiene l'appellante, avrebbe dovuto scorrersi la graduatoria dei candidati risultati idonei nel precedente concorso che l'aveva vista collocata in posizione utile, che aveva una espressa validità triennale.

Del resto, aggiunge, detta regola corrisponde ad un principio consolidato e delle prassi e della giurisprudenza amministrative, a norma del quale lo scorrimento della graduatoria è sempre destinato a prevalere sull'indizione di nuovi concorsi con prescrizione che recede, o in presenza di speciali discipline di settore, o di speciali circostanze di fatto, o di ragioni di interesse pubblico prevalente. In questi ultimi due casi, ciò non pertanto, la pubblica amministrazione deve dare conto di dette esigenze, puntualmente enucleandole, con apposita motivazione, da versare nel provvedimento che indice il nuovo concorso.

Nel caso di specie – sottolinea ancora il motivo – poiché la procedura del 2017 ricalcava pedissequamente quella del 2016, non vi sarebbe alcuna ragione giustificativa per far prevalere il nuovo concorso sul principio di scorrimento, a maggior ragione laddove si tenga conto che l'Università non avrebbe affatto motivato, neppure sinteticamente, in ordine alle eccezionali ragioni che l'avrebbero indotta a non rispettare il ridetto principio regolativo.

4. Il motivo non è fondato.

Ai fini della sua delibazione sono necessarie due precisazioni, la prima in diritto, relativa a quanto sostenuto, in tema, dall'Adunanza Plenaria Consiglio di Stato n.14 del 28 luglio del 2011, la seconda, in fatto, relativa alla constatazione che quello cui ha partecipato la parte appellante, era in realtà il secondo in una serie di tre concorsi, banditi sul medesimo settore disciplinare dall'[...] Università [...].

4.1. La ricordata Adunanza Plenaria n.14 del 2011, nello stabilire che *“Lo scorrimento delle graduatorie concorsuali preesistenti ed efficaci rappresenta la regola generale per la copertura dei posti vacanti in organico, mentre l'indizione di un nuovo concorso costituisce l'eccezione e richiede un'apposita e approfondita motivazione che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico”* ha anche precisato che *“tale prevalenza, tuttavia, non è assoluta e incondizionata, essendo individuabili casi in cui la determinazione di procedere al reclutamento del personale mediante nuove procedure concorsuali risulta pienamente giustificabile, con conseguente attenuazione dell'obbligo di motivazione.”*

Questo significa che, inequivocabilmente, quello alla pretesa dello scorrimento della graduatoria non è un diritto soggettivo del candidato, ancorché in essa utilmente collocatosi, ma un interesse legittimo che, come tale, è soggetto alle valutazioni discrezionali dell'autorità procedente, che, beninteso, può esercitare il relativo potere, come pure precisato dalla Plenaria, dandone adeguata motivazione e giustificazione.

4.2. Quanto alla ricordata serie di tre concorsi, va ricordato che il concorso in cui la parte appellante si è utilmente collocata, non era l'unico bandito, nel triennio precedente, dalla parte appellata.

[...] [L]'infondatezza del secondo motivo di appello emerge dalla lettura del verbale dell'adunanza [...] del Dipartimento [...].

Da tale verbale si apprende che la scelta di bandire un nuovo concorso fu adottata – nella consapevolezza che vi fossero due precedenti graduatorie, tuttora valide, formatesi all'esito dei precedenti concorsi – in considerazione del fatto che, malgrado la perdurante efficacia delle due graduatorie, il (nuovo) posto messo a concorso era, questa volta, diversamente dai due precedenti, cofinanziato dal Dipartimento [...].

Tale evenienza, come si legge sempre nello stesso verbale, ha reso *“necessario formulare un progetto e un piano di attività che rispondessero alle necessità e prospettive di sviluppo*

disciplinare concertate tra i due dipartimenti, in particolare per quanto riguarda la dimensione internazionale e interdisciplinare [...].

A conferma di una tendenziale diversità fra le due precedenti procedure da una parte, e la terza, dall'altra, si nota ancora che l'attività prevista da quest'ultima contemplava lo svolgimento di 60 ore di didattica frontale da prestarsi, appunto, presso la Scuola di [...].

Pare evidente si trattasse di un concorso che aveva un oggetto parzialmente diverso da quelli dei due precedenti, sia nei suoi aspetti funzionali che in quelli strutturali e contenutistici. [...]

Di conseguenza non vi è stata alcuna violazione della normativa universitaria sopra-emanata, né tanto meno delle prescrizioni dettate dalla ricordata Adunanza Plenaria n. 14 del 2011. Anzi queste ultime risultano pienamente rispettate nella parte in cui l'organo nomofilatico non ha escluso la possibilità di far prevalere la scelta di un nuovo concorso sullo scorrimento della graduatoria, a condizione che sia preceduta da adeguata motivazione”.

È illegittimo il giudizio di non idoneità alle prove scritte del concorso in magistratura quando, da un confronto con altri elaborati di candidati idonei, risulti essere stato determinato dalla mancata trattazione di argomenti non specificamente richiesti dalla traccia

Argomento: Concorsi pubblici

(Cons. di Stato, sez. VII, 23 giugno 2023, n. 6216)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“3. Il primo motivo di appello contesta alla sentenza impugnata di avere ritenuto fondate su un presupposto fallace le doglianze formulate, incentrate sull’assunto che l’insufficienza riportata dalla ricorrente nell’elaborato di diritto sarebbe derivato dal fatto di non avere questa trattato due argomenti ritenuti indispensabili dalla commissione [...].

3.1. [...] La parte appellante ha dovuto infatti ricostruire, in presenza del laconico giudizio di non idoneità del suo tema di civile, in questi termini comunicatole, quali fossero i motivi che lo avevano determinato.

Il ragionamento induttivo da lei svolto, in assenza di qualsivoglia elemento argomentativo che potesse diversamente orientarla, si palesa attendibile.

Infatti, parte appellante, anche valendosi di una consulenza tecnico-giuridica, dopo avere avuto accesso ad alcuni degli elaborati giudicati idonei, ha provveduto a riscontrare, per sottrazione, se e quali fossero gli elementi contenuti in questi ultimi che mancavano, per contro, nel suo elaborato. Ha così potuto individuare i due istituti [...] che risultavano obiettivamente poco approfonditi nel suo lavoro. E che la parte appellante abbia solo fatto un cenno alle predette tematiche, senza per vero approfondirle, risulta – oltre che dalla lettura stessa del tema – anche chiaramente dall’analitica comparazione da lei proposta fra il suo elaborato e quelli idonei.

3.2. La correttezza del metodo da lei adottato, e la verosimiglianza delle conclusioni cui è giunta trovano inequivoca conferma in questi esiti della valutazione comparativa, ma sono corroborate anche da altri elementi logici e documentali. Innanzitutto, le suddette conclusioni risultano confermate dalla duplice constatazione che le altre parti trattate risultano coerenti con l’argomento oggetto della traccia e che, su di esse, il tema non si presenta affatto deficitario, o comunque si rivela certamente non meritevole del secco giudizio di inidoneità che gli è stato invece attribuito. E anche quest’ultima deduzione trova, a sua volta, una conferma nella circostanza, di rilevante peso a livello probatorio, che il presidente della sottocommissione che ha corretto il detto elaborato – appellandosi alla procedura prevista dall’art. 12, comma 8, del R.D. n. 1860/1925, perché evidentemente lo riteneva idoneo – chiese il rinvio in commissione plenaria della valutazione del tema.

4. Ciò premesso, continuandone l'analisi, il primo motivo di appello, in modo congruente con la premessa, contesta alla commissione che il suddetto parametro di giudizio era improprio, perché la traccia estratta per la prova di diritto civile non richiedeva espressamente la trattazione di nessuno dei due aspetti ritenuti carenti nel suo tema. Di tal che – sostiene la parte appellante – un giudizio di non idoneità che su tale duplice carenza si fonda dovrebbe ritenersi affetto da travisamento.

4.1. Il motivo è fondato perché la traccia estratta in diritto civile [...] non richiedeva espressamente al candidato di approfondire i due ridetti istituti. Ciò comporta che il giudizio di non idoneità riservatole, anche in considerazione di quanto poc'anzi osservato in merito alla non grave insufficienza che caratterizza il (resto del) suo elaborato, si rivela, ad una rilevazione oggettiva ed estrinseca, non solo troppo severo, ma soprattutto ingiustificato.

Tale ultima considerazione, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza impugnata e dalla parte appellata, non dequota il potere valutativo della commissione, né pretende di sostituirsi a quest'ultima. L'organo tecnico, infatti, nell'ipotesi di cui alla controversia poteva legittimamente – ma anche ragionevolmente, in considerazione del tenore della traccia – valorizzare gli elaborati dei candidati che avevano meglio approfondito i suddetti due istituti perché evidentemente, così facendo, costoro dimostravano maggiori preparazione e capacità di ragionamento. Ciò nondimeno quello che ad un giudizio estrinseco non consente di ritenere legittimo l'esercizio del potere valutativo in questo caso è l'aver assegnato valore dirimente esclusivo alla mancata trattazione di argomenti che non erano espressamente richiesti dalla traccia, di loro astrattamente idonei ad essere valorizzati in termini di punteggio, e dunque in senso positivo, ma non già, in negativo, per fondare un giudizio di insufficienza.

4.2. L'incongruenza fra la prova proposta, il metodo di correzione degli elaborati (*rectius*: dell'elaborato in questione), e le conclusioni raggiunte, sulla base di un parametro non previsto né prevedibile dal candidato, si sostanzia in un elemento indicativo sul piano sintomatico di un potere di valutazione dell'elaborato non conforme ai canoni generali dell'azione amministrativa, pur connotati da discrezionalità di carattere tecnico, e dunque sindacabile nella presente sede giurisdizionale.

5. L'accoglimento del primo motivo di appello esime dall'analizzare il secondo motivo di appello, con il quale la parte appellante contesta alla commissione di concorso di avere utilizzato nella valutazione del suo elaborato, la formula del giudizio di non idoneità, che non darebbe adeguata contezza, nei casi limite quale quello in esame, delle ragioni della non ammissione alle prove orali.

In tale senso, lamenta la parte, la previsione di cui al comma V del d. lgs. n.160 del 2006, andrebbe integrata, nei casi di rinvio della valutazione alla commissione in seduta plenaria, con una motivazione più piena ed accurata, in conformità a quanto previsto dall'articolo 3 della legge n. 241 del 1990.

5.1. Per completezza converrà osservare che il motivo è in ogni caso infondato, atteso quanto testualmente emerge dalla citata disposizione che non prevede eccezioni di sorta, consentendo alla commissione di chiudere con tale formula il giudizio valutativo di insufficienza, senza differenziarlo in ragione della prossimità alla soglia d'accesso dello scritto valutato. [...]

5.3. È parimenti manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 5 del d. lgs. n.160 del 2006 [...].

La giurisprudenza amministrativa è infatti consolidata nel ritenere, in tema di adeguatezza della motivazione riferita a quella peculiare categoria di atti amministrativi rappresentati dai giudizi valutativi delle prove dei concorsi pubblici, che è sufficiente l'attribuzione del voto numerico o, come nella specie, la declaratoria della non idoneità, qualora l'elaborato non raggiunga nemmeno la soglia della sufficienza, senza necessità di ulteriori indicazioni e chiarimenti a mezzo di proposizioni esplicative, di glosse, annotazione e segni grafici [...].

Tale indirizzo interpretativo è stato, proprio con riferimento al concorso in magistratura, successivamente positivamente recepito dal legislatore che con l'articolo 1, comma 5, d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, ha stabilito specificamente che, agli effetti di cui all'art. 3, legge 7 agosto 1990, n. 241, il giudizio in ciascuna delle prove scritte e orali è motivato con l'indicazione del solo punteggio numerico, mentre l'insufficienza è motivata con la sola formula "non idoneo", la quale disposizione, per tali ragioni, si rivela del tutto ragionevole e conforme al principio costituzionale di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

Del resto, la delicatezza delle funzioni che i candidati vincitori andranno a ricoprire e le esigenze di speditezza della procedura concorsuale giustificano una motivazione espressa in forma sintetica nel giudizio sulle prove scritte. [...].”

I rapporti tra un'azienda leader nel settore energetico e un'istituzione accademica rientrano nella nozione di informazione ambientale accessibile, di cui all'art. 2, comma 1, del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195

Argomento: Accesso agli atti

(Cons. di Stato, sez. VII, 6 luglio 2023, n. 6611)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“Osserva il Collegio [...] che la questione dirimente la controversia in oggetto afferisce alla corretta interpretazione della nozione di informazione ambientale accessibile, di cui all'art. 2, comma 1, del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195.

Al riguardo, non appare censurabile la ricostruzione del giudice di prime cure che inquadra il diritto di accesso a tali informazioni, introdotto nel nostro ordinamento a seguito della ratifica della Convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998, come il più ampio possibile, per la speciale rilevanza del bene giuridico in questione e il diretto impatto che le scelte ambientali rivestono sulla vita della Comunità, anche in termini di coinvolgimento e partecipazione al momento decisionale.

Tale speciale rilevanza è confermata, secondo questo Collegio, dal regime giuridico differenziato e senz'altro meno limitativo che connota l'accesso alle informazioni ambientali rispetto alle tradizionali forme riconducibili alle norme sul procedimento amministrativo.

È dunque questa la cornice di riferimento nel cui ambito valutare la fattispecie concreta, che riguarda i rapporti tra un'impresa, in disparte la rilevanza pubblicistica, che ha parte significativa della sua attività nel settore energetico, con intuibili ricadute sulle politiche ambientali, e l'istituzione accademica [...].

Da questo punto di vista, non appare implausibile quanto sostenuto dal primo giudice circa la più ampia accezione del concetto di informazione ambientale accessibile, che viene in evidenza anche quando una determinata attività rilevi solo indirettamente rispetto al bene giuridico ambiente assistito, come detto, da una speciale forma di trasparenza e di pubblicità per gli atti e i provvedimenti ad esso riconducibili in via immediata o mediata.

Non può essere escluso, pertanto, che accordi o convenzioni tra un soggetto operante in ambito accademico e un'impresa notoriamente leader nel settore energetico rivestano interesse al fine di rendere pubblici e trasparenti gli indirizzi volti a produrre conseguenze in termini di scelte e politiche ambientali, che non si vede perché dovrebbero rivestire carattere di riservatezza.

A tale riguardo, non è priva di rilievo la circostanza che la società [...], nel proprio sito web, nella sezione “Chi siamo”, utilizzi la formula “*Siamo una società integrata dell'energia impegnata nella transizione energetica con azioni concrete per raggiungere la neutralità carbonica entro il 2050.*”

In tal modo, la società intende sottolineare il proprio ruolo nel contesto delle dinamiche della transizione energetica, vale a dire in uno degli ambiti essenziali delle attuali problematiche ambientali. [...]

Dal canto suo, anche il Politecnico di OMISSIS è notoriamente impegnato in molteplici progetti di cooperazione con le imprese private, come pubblicamente esplicitato nel suo sito istituzionale. *“I rapporti con il mondo industriale sono fondamentali per creare la rete di collaborazioni all’interno di un ecosistema basato sulla conoscenza e finalizzato alla diffusione di innovazione. Oggetto delle collaborazioni tra il Politecnico di OMISSIS e le aziende possono essere sia attività di ricerca, sviluppo e innovazione, sia attività di didattica e formazione.”*

In tale contesto, è palese la correlazione con la materia ambientale delle informazioni relative a rapporti di collaborazione tra imprese leader nel campo energetico e istituzioni di ricerca e di didattica universitaria, anche tenendo conto dell’esigenza di assicurare la massima trasparenza ai flussi finanziari e ai contenuti dei rapporti tra mondo delle imprese e Centri pubblici di ricerca e innovazione.

Va infine sottolineato che, in base alla normativa vigente, l’informazione ambientale comprende espressamente “ogni altro atto, anche di natura amministrativa, nonché le attività che incidono o possono incidere sugli elementi e sui fattori dell’ambiente”, tra i quali è distintamente considerata l’energia (art. 2 del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195, attuativo della direttiva 2003/4/CE sull’accesso del pubblico all’informazione ambientale.”

Ciò posto [...] va [...] evidenziato [...] che le pure apprezzabili esigenze di riservatezza delle informazioni commerciali e industriali, mentre nel caso di specie appaiono di non agevole configurabilità, non sembrano comunque essere state opposte quale specifica ragione di diniego nel provvedimento impugnato avanti il primo giudice.

All’evidenza, peraltro, l’eventuale effetto di concorrenza nell’attivazione di progetti di ricerca, borse di studio o corsi di laurea, diversamente da quanto argomentato nel primo ricorso, laddove resi pubblici i relativi finanziamenti, non potrebbero avere che un effetto positivo sulla qualità dell’offerta formativa universitaria nel solco della tutela di diritti costituzionalmente garantiti. [...]

Circa il terzo motivo, quanto dedotto dal primo giudice appare pienamente nei limiti dell’esercizio della giurisdizione ad esso riservata, senza che appaia alcuna evidenza di interferenza nella discrezionalità amministrativa riservata all’amministrazione.

A giudizio del collegio, infatti, non sono state individuati specifici rischi di lesione della sfera di riservatezza dell’impresa, con particolare riferimento alla protezione di segreti commerciali o industriali, ma sono state prospettate generiche esigenze di protezione delle strategie della società.

In tal modo, però, si trascura di considerare che la riservatezza costituisce limite all’accesso ambientale solo *“secondo quanto stabilito dalle disposizioni vigenti in materia”*.

L'onerosità del contratto di avvalimento

Argomento: Contratti pubblici

(Cons. di Stato, sez. V, 12 luglio 2023, n. 6826)

Stralcio a cura di *Aniello Iervolino*

“Il contratto di avvalimento va interpretato secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e buona fede delle clausole contrattuali, poiché il risultato ultimo dell’indagine è verificare se la specificazione delle risorse prestate soddisfa l’obbligo imposto dal codice dei contratti pubblici di porre la stazione appaltante in condizione di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall’ausiliaria nei confronti della concorrente e di verificare che la messa a disposizione in sede di gara non sia meramente cartolare corrispondendo, invece, ad una prestazione effettiva di attività ed i mezzi da un’impresa all’altra (tra le tante, Consiglio di Stato sez. V, 21 dicembre 2021, n. 8486).

21.5. In ordine alla asserita irrisorietà del corrispettivo pattuito non è necessario indugiare particolarmente, stante la manifesta infondatezza della censura.

21.5.1. La Sezione ha più volte affermato che la ravvisabilità nel contratto di avvalimento di un interesse economico riferibile all’ausiliaria è garanzia dell’effettività dell’impegno da questa assunto e, conseguentemente, della concreta titolarità dei requisiti di partecipazione alla gara in capo all’ausiliata. Il contratto di avvalimento è un contratto tipicamente oneroso e, qualora in sede contrattuale non sia stabilito un corrispettivo in favore dell’ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale un interesse – di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale – che abbia indotto l’ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità (Consiglio di Stato, sez. V, 27 maggio 2018, n. 2953).

La giurisprudenza ha escluso l’automatica invalidità del contratto di avvalimento privo dell’espressa indicazione di un corrispettivo in favore dell’impresa ausiliaria o mancante dei criteri per la sua predeterminazione, ogni qualvolta dal tenore dell’accordo possa comunque individuarsi l’interesse patrimoniale dell’ausiliaria (che l’ha indotta ad assumere le relative obbligazioni e le connesse responsabilità), interesse che può avere carattere diretto (cioè consistere in un’utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo (in tal senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018 n. 2953). In definitiva la nullità del contratto di avvalimento non può farsi discendere dalla carenza di un corrispettivo predeterminato o dalla mancanza di criteri per la sua predeterminazione, non potendo estendersi alle pattuizioni relative al compenso l’onere di specificazione di cui all’art. 89, comma 1, ultima parte, Codice dei contratti pubblici, che riguarda esclusivamente i requisiti e le risorse messe a disposizione. [...]

Quello che è invece essenziale è verificare l’effettiva sussistenza della causa concreta del contratto di avvalimento al fine di accertare se l’operazione negoziale arrechi effettivamente il possesso di quei requisiti di cui la concorrente è priva sì da garantire la stazione appaltante sull’affidabilità dell’aggiudicatario in ordine alla corretta esecuzione dell’appalto: pertanto la nullità del contratto di avvalimento per mancanza del requisito dell’onerosità potrà dichiararsi solo allorquando non sia ravvisabile una ragione pratica giustificativa del contratto o un interesse meritevole di tutela ad esso sotteso. In tale contesto, la prova dell’onerosità del contratto

non richiede dunque che sia dimostrata l'esistenza di un corrispettivo predeterminato, ma che sussista il rapporto di sinallagmaticità tra le diverse prestazioni previste a carico delle parti. [...]

Il tutto, *ad colorandum*, in perfetta aderenza all'art. 104 comma 1, 2° cpv. del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023) che così recita: "Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti".

Il richiamo al nuovo codice dei contratti pubblici, già in vigore, seppure non ancora efficace, è stato già effettuato da questa Sezione nella sentenza 9 giugno 2023, n. 5665 e, anche in questo caso, è operazione utile tenuto conto che la stessa Relazione di accompagnamento al Codice (art. 104) chiarisce che "Nel comma 1 è indicato il tipo contrattuale dell'avvalimento: contratto rientrante nella categoria dei contratti di prestito con il quale un concorrente ad una procedura di aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto. È specificata la necessità della forma scritta e la determinazione dell'oggetto. Prendendo posizione su di una questione più volte affacciata in giurisprudenza, si afferma che il contratto è normalmente oneroso (non potendosi escludere la gratuità nel caso in cui corrisponda anche ad un interesse proprio dell'impresa ausiliaria)".

21.5.2. D'altronde, che si possa utilizzare un testo normativo in vigore quale supporto o "canone" interpretativo rispetto ad altro testo normativo è, per la più autorevole dottrina, acquisizione ormai ultradecennale se si tiene conto del fatto che:

a) un conto è l'interpretazione "in astratto" ("orientata ai testi"), che consiste nell'identificare il contenuto di senso – cioè, il contenuto normativo (la norma o, più spesso, le norme) – espresso da, e/o logicamente implicito in, un testo normativo (una fonte del diritto) senza riferimento ad alcuna fattispecie concreta;

b) l'interpretazione "in concreto" ("orientata ai fatti"), che consiste nel sussumere una fattispecie concreta nel campo di applicazione di una norma previamente identificata "in astratto".

L'interpretazione "in concreto" è la "semplice" decisione intorno alla estensione di un concetto (del concetto mediante il quale l'autorità normativa ha configurato una classe di fattispecie). L'interpretazione "in astratto" consiste invece nell'attribuire significato a enunciati normativi completi. L'interpretazione "in concreto" consiste nel determinare il significato di predicati in senso logico, ossia di termini che denotano classi. Nell'un caso, si identificano le norme in vigore (interpretazione in astratto); nell'altro (interpretazione in concreto), si identificano i casi concreti che sono disciplinati da ciascuna norma.

21.5.3. Il particolare regime transitorio del d.lgs. 36/2023 è un esempio plastico di insieme di disposizioni in vigore che hanno come possibile funzione (tra le altre) quella di costituire supporto alle operazioni di interpretazione in concreto. Come è in questo caso, in cui, l'appellante pretende che il Giudice provveda a sindacare l'adequazione dell'equilibrio contrattuale fissato dalle parti, quando le stesse parti hanno dettagliatamente descritto i motivi del ricorso all'avvalimento e, di conseguenza, anche i motivi di quella che poteva essere addirittura, dato il tipo di operazione economica congegnata, un caso di contratto privo di corrispettivo finanziario e tuttavia corrispondente a un interesse economico dell'operatore che ha messo a disposizione i requisiti."

Nota a sentenza di Alisia Mercurio

La sentenza in commento trae origine dall'impugnazione dell'aggiudicazione, disposta all'esito di una procedura di gara aperta per l'affidamento dei servizi di gestione del sistema VTS, in favore di un RTI che, per la partecipazione a detta gara, aveva fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Il giudizio di primo grado si conclude con il rigetto del ricorso.

La sentenza in commento è di particolare interesse nella parte in cui si sofferma sulla onerosità del contratto di avvalimento.

Vale la pena ricordare che l'avvalimento è un istituto pro-concorrenziale di matrice europea, che consente agli operatori economici privi dei necessari requisiti speciali di partecipazione di avvalersi di quelli di altri operatori, al fine di partecipare alle procedure di evidenza pubblica.

Nello specifico, i motivi di appello vertevano, tra gli altri, sul difetto di analogia dei servizi erogati negli ultimi tre anni precedenti la gara dalla mandataria del RTI e sulla nullità del contratto di avvalimento stipulato dalla mandataria (società dichiaratasi ausiliaria) in favore della mandante (dichiaratasi ausiliata).

Sul primo punto, il Consiglio di Stato richiama la copiosa e unanime giurisprudenza in ordine alla distinzione tra servizi analoghi e servizi identici, secondo cui, *in tema di gare pubbliche, per servizi "analoghi" non deve intendersi servizi "identici", essendo necessario ricercare elementi di similitudine fra i diversi servizi considerati, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti.*

La pronuncia specifica che la stazione appaltante gode di ampia discrezionalità nella individuazione dei requisiti speciali di partecipazione, con il limite dell'attinenza e della proporzionalità all'oggetto dell'appalto, con la conseguenza che potrebbe legittimamente richiedere l'espletamento di servizi uguali, piuttosto che analoghi. Tuttavia, nel caso di specie, dalla lettura della *lex specialis*, era chiara la richiesta da parte dell'amministrazione di servizi analoghi a quelli oggetto della gara, ovvero servizi afferenti al medesimo settore imprenditoriale o professionale, optando per un bilanciamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato con il principio di massima partecipazione alle gare pubbliche.

Ulteriore conseguenza di tale scelta è che la stazione appaltante non può escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività oggetto dell'appalto, ma deve ricercare elementi di similitudine tra i servizi oggetto dell'appalto da affidare e i servizi indicati dal RTI al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità richiesti dal bando.

Tale motivo di impugnazione è pertanto dichiarato infondato.

A questo punto, il Consiglio di Stato si sofferma dettagliatamente sull'istituto dell'avvalimento, facendo ricorso, anche in questo caso, al consolidato orientamento giurisprudenziale.

I Giudici partono dalla lettera del contratto di avvalimento, specificando che l'Impresa Ausiliaria, ai sensi dell'art. 89 del D.lgs. n. 50 del 2016, si impegna a mettere a disposizione dell'Impresa Ausiliata per l'esecuzione delle prestazioni contrattuali il requisito richiesto nel Bando di Gara, relativo all'espletamento di servizi analoghi, negli ultimi tre anni precedenti la gara per un valore pari o superiore all'importo indicato. A tal fine l'impresa Ausiliaria avrebbe fornito all'Impresa Ausiliata le proprie referenze, le competenze tecniche, i propri mezzi, strutture e risorse professionali, tecnologiche e finanziarie, e tutti i fattori produttivi, necessari alla regolare esecuzione dei servizi, dei quali l'Impresa Ausiliata avrebbe potuto disporre pienamente e incondizionatamente per tutta la durata dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali verso la Stazione Appaltante.

Nel contratto sono, inoltre, elencati specificamente le capacità tecnico professionali prestate dall'Impresa Ausiliaria, oltre alle risorse e ai mezzi necessari alla realizzazione dei servizi oggetto di affidamento.

Senonché, nella sentenza si sottolinea l'inutilità della lunga dissertazione operata dal primo Giudice sulla distinzione tra avvalimento tecnico operativo e avvalimento di garanzia, in quanto il contratto è chiaro nel precisare le risorse concretamente messe a disposizione.

Secondo la distinzione elaborata dalla giurisprudenza, l'avvalimento di garanzia riguarda la capacità economica e finanziaria e serve a assicurare la stazione appaltante sulla capacità della parte di far fronte alle obbligazioni derivanti dal contratto. Come tale, esso non richiede di essere riferito a beni capitali descritti e individuati con precisione, essendo sufficiente che l'ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria.

L'avvalimento tecnico operativo, invece, riguarda le risorse materiali in concreto necessarie per eseguire il contratto, per es. le dotazioni di personale ovvero di macchinari e, perciò, richiede l'individuazione specifica dei mezzi.

Dunque, l'avvalimento tecnico o operativo ha ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria, ovvero requisiti di capacità tecnico-professionale, inclusa la dotazione di personale dell'ausiliaria. La giurisprudenza ha anche chiarito che qualora la *lex specialis* di gara intenda il fatturato specifico quale espressione della capacità tecnica e non di solidità economico-finanziaria, e per la dimostrazione di tale requisito si faccia ricorso all'avvalimento, si è in presenza di non di un avvalimento di garanzia, ma di un avvalimento operativo, che comporta la necessaria messa a disposizione, da parte dell'ausiliaria, di risorse determinate, affinché il suo impegno possa dirsi effettivo (Consiglio di Stato, sez. III, 04.01.2021 n. 68).

Il contratto di avvalimento, inoltre, deve essere interpretato secondo i canoni del codice civile di interpretazione complessiva e buona fede delle clausole contrattuali, al fine di “*verificare se la specificazione delle risorse prestate soddisfa l'obbligo imposto dal codice dei contratti pubblici di porre la stazione appaltante in condizione di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall'ausiliaria nei confronti della concorrente e di verificare che la messa a disposizione in sede di gara non sia meramente cartolare corrispondendo, invece, ad una prestazione effettiva di attività ed i mezzi da un'impresa all'altra*”.

Quanto alla onerosità del contratto di avvalimento, il Consiglio di Stato afferma un principio ormai acclarato, in forza del quale tale contratto è tipicamente oneroso.

Pertanto, qualora in sede contrattuale non sia stabilito un corrispettivo in favore dell'ausiliaria, dal testo del contratto deve sempre emergere un interesse patrimoniale, diretto o indiretto, che abbia indotto l'ausiliaria a impegnarsi a mettere a disposizione dell'ausiliata i requisiti di partecipazione alla gara.

Ciò non vuol dire che il contratto di avvalimento privo della indicazione di un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria o mancante dei criteri per la sua predeterminazione sia automaticamente invalido. Occorre invece che dal tenore dell'accordo emerga un interesse patrimoniale dell'ausiliaria che l'abbia indotta ad assumere le relative obbligazioni e le connesse responsabilità. E tale interesse può consistere in una utilità immediata o essere un interesse indiretto, purché sia effettivo.

In definitiva, commentano i Giudici, l'onere di specificazione di cui all'art. 89, comma 1, ultima parte, del previgente Codice dei contratti pubblici, *ratione temporis* applicabile, riguarda esclusivamente i requisiti e le risorse messe a disposizione dall'ausiliaria, non potendo estendersi alle pattuizioni relative al compenso. In altre parole, l'indicazione del preciso ammontare del corrispettivo esula dalle prescrizioni imposte al contratto di avvalimento.

Ai fini della validità del contratto di avvalimento è, invece, necessario, verificare la sussi-

stenza della sua causa concreta, al fine di accertare se l'operazione negoziale sottesa alla stipula di detto contratto comporti effettivamente il possesso dei requisiti richiesti dal bando e di cui la concorrente è priva, a garanzia dell'affidabilità dell'aggiudicatario in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto.

La mancanza del requisito di onerosità determina la nullità del contratto solo allorquando non sia ravvisabile la sussistenza di un rapporto di sinallagmaticità tra le prestazioni a carico delle parti.

Nella fattispecie concerta non poteva dubitarsi della onerosità del contratto di avvalimento, le cui premesse evidenziavano l'utilità economica immediata che le parti avevano inteso perseguire.

La sentenza in esame è interessante anche perché richiama un concetto di matrice civilistica, in precedenza richiamato da una sentenza del T.A.R. Napoli, la n. 51/2020, ovvero quello di causa in concreto.

Il T.A.R. aveva definito l'avvalimento come un *contratto causalmente orientato a colmare le carenze dell'impresa partecipante, proprio al fine di integrare i requisiti di partecipazione alla gara.*

Alla luce della teoria della causa in concreto, l'indagine circa la causa quale obiettiva funzione economico – sociale del contratto va svolta non in astratto, ma in concreto, al fine di verificare, secondo il disposto degli artt. 1343 e 1344 c.c., la conformità alla legge dell'attività negoziale posta in essere dalle parti e quindi la riconoscibilità della tutela apprestata dall'ordinamento giuridico.

Per il contratto di avvalimento si tratta, quindi, di individuare la causa nella sua dimensione in concreto riferita alla specifica procedura di affidamento per cui il contratto viene stipulato, al fine di garantire la stazione appaltante sulla serietà ed affidabilità dell'impresa concorrente e dunque sulla sua idoneità ad eseguire correttamente le prestazioni messe in gara.

L'amministrazione può bandire un nuovo concorso invece di scorrere una graduatoria vigente quando i profili professionali siano diversi o quando la graduatoria vigente sia riferita a un concorso interno

Argomento: Concorsi pubblici

(Cons. di Stato, sez. IV, 17 luglio 2023, n. 6953)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“1. Gli odierni appellanti [...] hanno impugnato la sentenza [...] con la quale il Tribunale amministrativo [...] ha respinto il ricorso in riassunzione presentato [...] per la declaratoria dell'illegittimità dell'azione amministrativa e dei relativi atti e comportamenti [...], laddove il predetto Ministero, una volta manifestata la volontà di coprire n. 13 posti di dirigente di II fascia, anziché procedere allo scorrimento della graduatoria, ancora valida ed efficace, della procedura selettiva cui avevano partecipato i ricorrenti medesimi e senza motivare sul punto, ha indetto un nuovo concorso pubblico; [...]

5.3. La tesi dei ricorrenti (odierni appellanti) non può essere condivisa.

5.4. Le coordinate ermeneutiche elaborate dal Giudice delle leggi in materia di accesso al pubblico impiego (art. 97 Cost.) evidenziano in maniera inequivoca che il concorso pubblico costituisce il criterio ordinario di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni, in quanto diretto ad assicurare, attraverso una selezione trasparente, di natura comparativa, aperta a tutti i cittadini in possesso di requisiti predefiniti, i principi costituzionali di imparzialità e buona amministrazione.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 14/2011 ha delineato i principi regolatori cui debbono attenersi le pp.aa. nella indizione dei concorsi pubblici.

Superando l'orientamento giurisprudenziale che riconosceva all'amministrazione ampia discrezionalità nella decisione di indire un nuovo concorso, senza necessità di particolare motivazione rispetto alla mancata utilizzazione di una graduatoria concorsuale ancora valida ed efficace (orientamento basato sulla considerazione che la nomina di idonei di un precedente concorso nei posti vacanti costituisce una facoltà e non un obbligo per la p.a.), l'Adunanza plenaria ha ribadito l'impossibilità di configurare un diritto soggettivo pieno all'assunzione degli idonei mediante scorrimento della graduatoria, che sorgerebbe per il solo fatto della vacanza e della disponibilità di posti nella dotazione organica.

Pur dando atto della natura ampiamente discrezionale della decisione della p.a. di procedere alla copertura dei posti vacanti nella dotazione organica, l'Adunanza plenaria ha individuato l'obbligo della p.a. di motivare in ordine alle modalità di reclutamento utilizzate, dando conto della esistenza di eventuali graduatorie degli idonei ancora valide ed efficaci al momento dell'indizione del nuovo concorso; ha, tuttavia, dato atto della esistenza di ipotesi nelle

quali non sussiste un obbligo di puntuale motivazione in ordine alla mancata utilizzazione di una graduatoria concorsuale [...].

5.5. In applicazione delle coordinate ermeneutiche impartite dall'Organo di nomofilachia della giustizia amministrativa, il Collegio rileva che il profilo professionale della procedura selettiva interna cui gli appellanti hanno partecipato risulta differente da quello del concorso pubblico successivamente indetto dal Ministero [...].

Ai fini della corretta applicazione dell'invocato principio di scorrimento delle graduatorie concorsuali valide ed efficaci occorre considerare non solo i requisiti di accesso alla selezione concorsuale, ma anche il profilo professionale del personale che l'amministrazione pubblica intende reclutare, in base alla programmazione del proprio fabbisogno di risorse umane; nel caso di specie, gli appellanti non hanno fornito un efficace principio di prova del fatto che le mansioni [...] siano effettivamente le stesse dei dirigenti [...].

L'individuazione di un profilo professionale diverso da quello della precedente graduatoria concorsuale legittima quindi l'amministrazione ad indire un nuovo concorso senza specifica motivazione in ordine alla mancata utilizzazione della precedente graduatoria ancora valida ed efficace. [...].

5.6. Nella sentenza sopra richiamata l'Adunanza plenaria ha evidenziato inoltre che la più recente disciplina del pubblico impiego (art. 35, comma 5 – *ter*, d.lgs. n. 165 del 2001, introdotto dalla l. n. 244 del 2007), delinea lo scorrimento delle graduatorie concorsuali ancora valide ed efficaci come la regola generale per la copertura dei posti vacanti nella dotazione organica (rispetto alla indizione di un nuovo concorso pubblico) e ne rafforza il ruolo di modalità ordinaria di provvista del personale, in relazione alla finalità primaria di ridurre i costi gravanti sulle amministrazioni per la gestione delle procedure selettive. [...].

La norma sopra richiamata, pur generalizzando la regola dello scorrimento delle graduatorie concorsuali valide ed efficaci, si riferisce però testualmente ai “*concorsi pubblici*”, cui non sono integralmente equiparabili i concorsi riservati al personale interno per il semplice fatto che a questi ultimi possono partecipare solo i soggetti già incardinati nella p.a.

5.7. A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione che, nella successiva evoluzione normativa, l'art. 24 del d.lgs. n. 150/2009 ha disposto che le amministrazioni pubbliche, a decorrere dal 1° gennaio 2010, debbano coprire i posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici (non sono quindi più ammessi i concorsi interamente riservati al personale interno); tale norma, precludendo assunzioni a prescindere dal previo concorso pubblico, sembra impedire non solo di bandire nuovi concorsi interni, ma anche di utilizzare le graduatorie ancora in essere dei concorsi interni precedentemente espletati (Consiglio di Stato, sez. VI, 28 giugno 2016 n. 2836).

5.8. Sulla base delle considerazioni che precedono, questo Consiglio ritiene di conformarsi all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'istituto dello scorrimento delle graduatorie non è applicabile alle ipotesi di graduatorie formate a seguito di concorsi riservati agli interni, salvo che tale possibilità non sia fin dall'origine prevista nel relativo bando [...].

Tale conclusione trova fondamento nella circostanza (riconosciuta dagli stessi appellanti) che il passaggio ad una qualifica superiore determini la creazione di un vero e proprio nuovo rapporto d'impiego ed è quindi equiparabile ad una nuova assunzione.

L'esperimento di procedure concorsuali riservate al personale interno costituisce una deroga ai principi costituzionali, sopra richiamati, espressi dall'art. 97 Cost., circa l'obbligo di accesso al pubblico impiego attraverso concorsi pubblici (aperti all'esterno); ne consegue che l'utilizzazione delle relative graduatorie, se non adeguatamente giustificata, si pone al di fuori del perimetro dei principi costituzionali in materia di accesso al pubblico impiego.

La straordinarietà di tale forma di reclutamento (in deroga al concorso pubblico) implica che la sua ammissibilità è limitata ai casi espressamente previsti dall'ordinamento giuridico e

quindi nei limiti dei posti messi a concorso, con la conseguenza che non è possibile l'utilizzo della graduatoria di un concorso riservato agli interni per la copertura di ulteriori posti resi eventualmente vacanti successivamente. [...]”.

Soccorso istruttorio: non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica)

Argomento: Contratti pubblici

(Cons. di Stato, sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870)

Stralcio a cura di *Rossella Bartiromo*

“Importa osservare, in premessa ed in termini generali, che l’istituto del soccorso istruttorio obbedisce, per vocazione generale (cfr. art. 6 l. n. 241/1990), ad una fondamentale *direttiva antiformalistica* che guida l’azione dei soggetti pubblici ed equiparati. Con riguardo alle procedure di evidenza pubblica, esso si fa carico di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano – laddove sia garantita la paritaria posizione dei concorrenti – in disutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell’attività amministrativa.

In tale prospettiva, la regola – che traduce operativamente un canone di *leale cooperazione* e di *reciproco affidamento* tra le stazioni appaltanti o gli enti concedenti e gli operatori economici (cfr. art. 1, comma 2 *bis* legge n. 241/1990) – ha visto riconosciuta (ed accresciuta) la sua centralità nel nuovo Codice dei contratti pubblici: il quale, per un verso, vi dedica (a differenza del Codice previgente, peraltro ancora applicabile *ratione temporis* alla vicenda in esame, che lo disciplinava, in guisa alquanto incongrua, a margine dei criteri di selezione delle offerte: cfr. art. 83, comma 9 d. lgs. n. 50/2016) una autonoma e più articolata disposizione (art. 101) e, per altro verso, ne amplifica l’*ambito*, la *portata* e le *funzioni*, superando, altresì, talune incertezze diffusamente maturate nella prassi operativa.

Quand’anche si intenda dilatarne al massimo la portata (in certo modo filtrando – con non abusiva operazione esegetica, ben fondata su un ragionevole canone di ordine teleologico – l’interpretazione dell’art. 83, comma 9 del d. lgs. n. 50/2016 con la più ariosa prospettiva dischiusa, in termini solo parzialmente innovativi, dall’art. 101 del d.lgs. n. 36/2023), si dovrà, in ogni caso, puntualizzare, sotto un *profilo funzionale*, la necessaria distinzione tra:

a) soccorso *integrativo* o *completivo* (comma 1, lettera *a*) dell’art. 101 d. lgs. n. 36 cit., non difforme dall’art. 83, comma 9), che mira, in termini essenzialmente *quantitativi*, al recupero di *carenze* della c.d. documentazione *amministrativa* necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l’*offerta*, sia sotto il profilo *tecnico* che sotto il profilo *economico*), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell’operatore economico);

b) soccorso *sanante* (comma 1 lettera *b*), anche qui non difforme dall’art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50), che consente, in termini *qualitativi*, di *rimediare* ad omissioni, inesattezze od ir-

regolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili);

c) soccorso *istruttorio* in senso stretto (comma 3), che – recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. *procedimentale* – abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare *chiarimenti* o *spiegazioni* sui *contenuti* dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio*) di apportarvi qualunque modifica;

d) soccorso *correttivo* (comma 4): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi – rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva – prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso *in senso stretto*), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite *formale* del rispetto dell'anonimato e *sostanziale* della immodificabilità contenutistica.

Sotto un profilo operativo, il soccorso procede (con la evidenziata e non rilevante peculiarità del soccorso correttivo, che è oggi riconosciuto *ex lege*) da una (doverosa, trattandosi al solito di potere-dovere) *assegnazione di un termine* (ora positivamente prefigurato in misura non inferiore a cinque e non superiore a dieci giorni) entro il quale l'operatore economico può integrare o sanare (a pena di esclusione: cfr. il comma 4 dell'art. 101) la documentazione amministrativa ovvero (ma in tal caso, è il caso di soggiungere, senza automatismi espulsivi) chiarire ed illustrare, nei termini (e nei limiti) della specifica richiesta, il tenore della propria offerta.

La norma si cura di precisare (offrendo, con ciò, espressa soluzione positiva a talune ipotesi già oggetto di controverso intendimento) che sono soccorribili (purché, in tal caso, documentabili con atti *di data certa*, anteriore al termine di presentazione delle offerte: il che conferma che si deve trattare di una omissione meramente *formale* e non di una originaria carenza *sostanziale*): a) la mancata presentazione della garanzia provvisoria; b) l'omessa allegazione del contratto di avvalimento; b) la carenza dell'impegno al conferimento, per i concorrenti partecipanti in forma di raggruppamento costituendo, del mandato collettivo speciale.

In definitiva, appare evidente – con valutazione non estranea all'esatta parametrizzazione della vicenda in esame, sotto il profilo della prefigurazione di una direttiva esegetica tendenzialmente *non restrittiva* – il programmatico ampliamento dell'ambito del soccorso, fino al segno, si può nondimeno osservare, di marcare un possibile conflitto con il *canone di autoresponsabilità* (che in generale sollecita gli operatori economici, in virtù della postulata qualificazione professionale e del correlativo dovere di diligenza, al pieno e puntuale rispetto delle formalità procedurali, evitando gli aggravii imposti dalla rimessione in termini: per i quali ben potrebbe prospettarsi, anche alla luce del criterio di buona fede, un forma di immeritevole *abuso*).

3.5.2. – Tutto ciò, premesso – traducendo le riassunte coordinate ermeneutiche alla vicenda in esame – deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. *amministrativa*.

In altri termini, si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano alla (allegazione) dei *requisiti di ordine generale* (in quanto *soggettivamente* all'operatore economico in

quanto tale), non quelle inerenti ai *requisiti di ordine speciale* (in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara).”

Nota a sentenza di Alisia Mercurio

Il soccorso istruttorio e il favore per la più ampia partecipazione alle procedure concorsuali trovano da sempre un limite insuperabile nell'esigenza di garantire la par condicio dei candidati, che sarebbe platealmente violata se le opportunità di regolarizzazione, chiarimento o integrazione documentale si traducevano in occasioni di “aggiustamento postumo” di irregolarità non sanabili.

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato analizza l'istituto del soccorso istruttorio, anche alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici, chiarendone funzioni e limiti.

Il caso in esame riguarda una procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, ai sensi dell'art. 63 del previgente Codice di cui al d.lgs. n. 50/2016, finalizzata all'affidamento del servizio di “digitalizzazione dei fascicoli giudiziari, ibridi e cartacei”.

Il capitolato speciale richiedeva, relativamente ai requisiti di partecipazione e con specifico riferimento alle figure del “responsabile unico” e del “coordinatore” del servizio, il possesso di laurea magistrale in discipline tecnico-scientifiche, economico-gestionali “o equivalenti”. Inoltre, la stazione appaltante, nel rispondere ad apposito quesito, specificava che sarebbero state ritenute idonee anche le lauree “equipollenti”, in ordine alle quali sarebbe stata applicata la specifica normativa.

L'appellante era stato escluso in quanto la laurea dichiarata nel curriculum del Responsabile del servizio di uno dei lotti in cui era stato suddiviso l'appalto non era stata corredata dalla dichiarazione di equipollenza e, trattandosi di requisito di capacità tecnico professionale, non era sanabile con il soccorso istruttorio mediante produzione successiva della attestazione di equipollenza o mediante sostituzione del curriculum vitae con altro idoneo.

Il ricorso avverso l'esclusione era respinto.

I motivi di impugnazione vertevano, in particolare, sulla circostanza per cui il capitolato tecnico richiedeva esclusivamente il “Possesso di laurea magistrale in discipline tecnico-scientifiche, economico-gestionali o equivalenti”, mentre non era contemplata la produzione di una dichiarazione di equipollenza del titolo di studio. Inoltre, il richiamo alla legge n. 148/2002, in forza della quale per il conferimento di valore legale ai titoli di studio conseguiti all'estero sono necessari la richiesta e il conseguimento della attestazione di equipollenza, non poteva operare in via di eterointegrazione, ponendosi in contrasto con i principi di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento e di massima concorrenza.

Il Consiglio di Stato, dopo aver chiarito il significato della clausola di equivalenza – riferita non alla laurea ma alle discipline, nel senso che la laurea deve afferire a discipline dell'ambito tecnico-scientifico, ovvero economico-gestionale o di ambiti equivalenti – si è soffermato diffusamente sulla c.d. eterointegrazione del bando.

Sul punto, il G.A. ha dichiarato che quest'ultima, “*opera in presenza di una (obiettiva) lacuna delle regole di gara (nella specie: l'attitudine della laurea a concretare un idoneo titolo di studio...) ovvero nel caso in cui la stazione appaltante abbia omissso di inserire nella disciplina di gara elementi previsti come necessari ed obbligatori dall'ordinamento giuridico nel suo complesso...*”.

Ciò sull'assunto secondo cui l'indicazione del titolo di studio, nel caso di specie della laurea magistrale, implica il requisito della sua validità. Nello specifico, per i titoli conseguiti all'estero, tale validità presuppone, ai sensi della l. n. 148/2002, uno specifico e qualificato accertamento sulla sostanziale omogeneità, adeguatezza e comparabilità dei percorsi formativi e delle modalità di verifica, e una formale certificazione di equipollenza.

D'altro canto, prosegue il Giudice, l'eterointegrazione del bando non collide con il principio di tassatività delle cause di esclusione, in quanto imposta dalla necessità di un valore legale del titolo di studio, requisito che doveva ritenersi implicito nella legge di gara.

Né la carenza della attestazione di equipollenza poteva essere superata con il soccorso istruttorio, sollecitando la produzione del certificato di equipollenza o attraverso la surrogazione della risorsa.

A questo punto il Collegio definisce la portata del suddetto soccorso istruttorio il cui scopo è quello di evitare che le rigorose formalità che caratterizzano le procedure di evidenza pubblica si traducano in un pregiudizio per la qualità delle proposte negoziali e, in definitiva, per il risultato dell'attività amministrativa.

Si tratta di una regola improntata ai principi di leale cooperazione e di reciproco affidamento tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici. Al riguardo si richiama autorevole dottrina, per la quale *“il dovere di soccorso istruttorio non è altro che una manifestazione dell'apertura del procedimento alla partecipazione che impone all'amministrazione di abbandonare posizioni formalistiche e distaccate per procedere all'acquisizione più completa e precisa possibile degli elementi per decidere”* (vedasi 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 ss.).

La sentenza ribadisce la distinzione tra i vari tipi di soccorso istruttorio, ovvero:

1. Soccorso integrativo o completivo, previsto attualmente dal comma 1, lett. a) dell'art. 101 del d.lgs. 36/2023 e non difforme dall'art. 83, comma 9, codice previgente, che mira, appunto, alla integrazione in termini quantitativi della documentazione amministrativa carente, con esclusione della documentazione afferente all'offerta tecnica-economica e purché si tratti di documenti acquisibili direttamente dalla stazione appaltante. Al riguardo, in una pronuncia del 2007, il TAR Toscana aveva affermato che se è vero che l'acquisizione d'ufficio dei documenti, da parte dell'amministrazione, obbedisce al criterio di buon andamento dei pubblici uffici, è altrettanto vero che non può configurarsi a carico dell'amministrazione stessa un onere di ricerca al buio della documentazione di volta in volta utile per l'interessato (T.A.R. Toscana, sez. I, 26 luglio 2007, n. 1549, in Il foro toscano, 3/2007, 394).
2. Soccorso sanante (comma 1, lett. b) dell'art. 101 del d.lgs. 36/2023 e art. 83, comma 9, d.lgs.50/2016) che, invece, consente di rimediare, in termini qualitativi a omissioni, inesattezze o irregolarità della documentazione amministrativa, con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva.
3. Soccorso istruttorio in senso stretto (comma 3 dell'art. 101) che abilita la stazione appaltante a richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e/o economica, il cui scopo è quello di ricercare l'effettiva volontà dell'impresa concorrente, superando le ambiguità, e fermo il divieto di apportarvi modifiche.
4. Soccorso correttivo (comma 4 dell'art. 101) che abilita direttamente il concorrente, fino al giorno dell'apertura delle offerte, alla rettifica di errori materiali alla duplice condizione della immodificabilità sostanziale dell'offerta e del rispetto dell'anonimato.

È evidente come le varie ipotesi di soccorso istruttorio siano accomunate dal divieto di modificabilità dell'offerta tecnica o economica, pena il contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti.

In definitiva, osserva il Collegio, si possono sanare le carenze o le irregolarità che attengo-

no alla allegazione dei requisiti di ordine generale, non quelle relative ai requisiti di ordine speciale che attengono all'offerta, ovvero alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara.

Nel caso di specie, la mancanza della certificazione di equipollenza del titolo di studio non si risolverebbe in un fatto meramente formale; *“ciò sarebbe”*, secondo il Consiglio di Stato, *“quando si fosse chiesto di integrare il curriculum con la (postuma) produzione di una (già conseguita) attestazione di equipollenza; non quando si vorrebbe supplire alla (acclarata) inidoneità (per insufficienza del titolo, in quanto privo di riconoscimento del valore legale) del personale con l'indicazione di personale alternativo, per quanto (asseritamente) nella disponibilità dell'impresa”*.

La sentenza è interessante non solo perché chiarisce la portata del dovere di soccorso istruttorio dell'amministrazione, ma anche perché smentisce il precedente orientamento del C.G.A., il quale, pur muovendo dalla necessità di una certificazione di equipollenza dei titoli di studio, aveva affermato che la stazione appaltante avrebbe dovuto ricorrere al soccorso istruttorio sollecitando la produzione di tale certificazione o valorizzando una risorsa alternativa, in quanto il curriculum non rappresentava un requisito di partecipazione, ma un mezzo a comprova del requisito di partecipazione.

Il Consiglio di Stato, invece, chiarisce come il titolo di studio integri un requisito di ordine tecnico-professionale richiesto espressamente dal capitolato tecnico, sicché la indicazione di un diverso titolo di studio riferita a diversa figura professionale significherebbe legittimare la modifica dell'offerta. Il che, si ribadisce, comporterebbe la lesione di un principio cardine delle gare, ovvero la par condicio dei concorrenti.

È legittima la richiesta di cambiare il cognome da quello paterno a quello materno quando è motivata dalla volontà di recidere il legame con un padre assente ed anaffettivo

Argomento: Provvedimento amministrativo

(Cons. di Stato, sez. III, 19 settembre 2023, n. 8422)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“1. – Con ricorso di primo grado [...] la ricorrente ha impugnato il decreto della Prefettura [...] con cui è stata respinta la sua istanza diretta ad ottenere il cambio del cognome da “[...]” (cognome paterno) a “[...]” (cognome materno).

Nell’istanza, la ricorrente aveva motivato tale richiesta sostenendo che il padre, dopo la separazione ed il divorzio dalla madre, non si sarebbe mai preoccupato del suo sostentamento, né avrebbe avuto interesse ad instaurare con lei un rapporto di tipo affettivo, quale dovrebbe essere quello tra genitore e figlia; [...] la ricorrente aveva quindi sottolineato che la decisione di assumere il cognome della madre sarebbe maturata da tempo e si sarebbe consolidata negli anni, divenendo *“ponderata e certa”*, *“per onorare l’impegno e la forza con cui la figura materna ha saputo compensare un vuoto e una ferita che avrebbero potuto causare conseguenze assai più dannose e cicatrici più profonde sulla mia persona e dentro di me”*.

L’Amministrazione intimata [...] dopo aver esaminato quanto prodotto dall’interessata in sede procedimentale, aveva rigettato la richiesta sulla base della seguente motivazione: [...] – *“la modificazione del nome e del cognome rivestono carattere oggettivamente rilevanti e può essere ammessa solo ed esclusivamente in presenza di situazioni oggettivamente rilevanti, supportate da adeguata e pregnante documentazione e da solide e significative motivazioni;”* [...]

3. – Con sentenza [...] il TAR ha accolto il ricorso ritenendo il provvedimento impugnato carente nella motivazione. [...]

8. – Prima di procedere alla disamina della fattispecie concreta è opportuno svolgere alcune considerazioni preliminari.

L’art. 89 del d.P.R. n. 396/2000, dispone che:

“1. Salvo quanto disposto per le rettificazioni, chiunque vuole cambiare il nome o aggiungere al proprio un altro nome ovvero vuole cambiare il cognome, anche perché ridicolo o vergognoso o perché rivela l’origine naturale o aggiungere al proprio un altro cognome, deve farne domanda al prefetto della provincia del luogo di residenza o di quello nella cui circoscrizione è situato l’ufficio dello stato civile dove si trova l’atto di nascita al quale la richiesta si riferisce. Nella domanda l’istante deve esporre le ragioni a fondamento della richiesta. [...]”

Da tale disposizione si evince [...]: la valutazione del Prefetto circa l’istanza di cambio del cognome si configura come un potere di natura discrezionale, che si esercita bilanciando

l'interesse dell'istante (da circostanziare esprimendo le “*ragioni a fondamento della richiesta*”), con l'interesse pubblico alla stabilità degli elementi identificativi della persona, collegato ai profili pubblicistici del cognome stesso come mezzo di identificazione dell'individuo nella comunità sociale.

A tale fine, secondo la circolare del Ministero dell'Interno n. 14 del 21 maggio 2012, è fondamentale il giudizio di ponderazione del Prefetto medesimo, accompagnato da una motivazione che dia conto del processo argomentativo alla base di ciascuna decisione, valutati anche gli interessi di eventuali controinteressati.

8.1. – Condivisibilmente, nella suddetta circolare, viene previsto il contraddittorio con la persona controinteressata (nel caso di specie, il padre), affinché possa rappresentare eventuali ragioni a sostegno del mantenimento dello *status quo* [...]

8.2. – In definitiva, la giurisprudenza è consolidata nel ritenere che la posizione giuridica del soggetto richiedente il cambio di cognome abbia natura di interesse legittimo, e che la P.A. disponga del potere discrezionale in merito all'accoglimento o meno dell'istanza [...] tenuto conto che – a fronte dell'interesse soggettivo della persona, spesso di carattere “morale” – esiste anche un rilevante interesse pubblico alla sua ‘stabile identificazione nel corso del tempo’ [...].

È stato quindi ritenuto dalla giurisprudenza che l'art. 89 cit. non consente al richiedente di ‘scegliere’ il proprio nome: altrimenti opinando, vi sarebbe un serio *vulnus* a tale interesse pubblico, che riguarda tutti gli aspetti della vita degli individui, nei loro molteplici rapporti (anche informatici) con i soggetti pubblici e privati.

9. – Venendo alla fattispecie in esame, occorre innanzitutto considerare che la richiedente ha chiesto di cambiare il cognome paterno con quello materno, per le ragioni in precedenza esposte.

È del tutto evidente che, al momento della nascita, alla ricorrente è stato attribuito il cognome del padre, secondo quanto previsto dalla legge al momento vigente.

Per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2022 è mutato il regime normativo relativo all'attribuzione del cognome ai figli: la Corte ha stabilito che, in via generale, il figlio assume il cognome di entrambi i genitori nell'ordine concordato dagli stessi, fatto comunque salvo il loro accordo di trasmetterne uno soltanto. [...]

9.1. – La presente controversia non ricade, ovviamente, nella disciplina attualmente vigente dopo la sentenza della Corte costituzionale, nondimeno – ritiene il Collegio – che taluni principi espressi dalla Corte in tale decisione (ed in quelle che l'hanno preceduta), possano assumere rilevanza nell'esercizio del potere discrezionale di cui dispone il Prefetto in sede di decisione sulle richieste di mutamento del cognome in ambito familiare.

Occorre partire, innanzitutto, dal cambio di prospettiva che la Corte Costituzionale ha abbracciato in ordine alla portata e alla valenza del cognome dell'individuo, anche in ragione dell'influenza della Corte EDU.

Da un iniziale approccio teso ad assumere il cognome come segno distintivo della famiglia e, quindi, come strumento per individuare l'appartenenza della persona a un determinato gruppo familiare (Corte Cost., ordinanze n. 176/1988 e n. 586/1988), si è passati ad un processo di valorizzazione del diritto all'identità personale, valore assoluto avente copertura costituzionale ex art. 2 Cost., in virtù del quale il cognome assurge ad espressione dell'identità del singolo (Corte Cost. n. 286/2016).

Invero, la originaria procedura di attribuzione del cognome era basata, come rilevato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 61/2006, su un sistema costituente retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affondava le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico e di una tramontata potestà maritale, non più ritenuta coerente con i principi dell'ordinamento.

Tale sistema è stato abbandonato dalla Corte Costituzionale, anche a seguito della condanna dello Stato italiano da parte della Corte EDU (Cusan-Fazzo contro Italia, del 7 gennaio 2014), dapprima, con la citata pronuncia n. 286/2016 [...] e, più di recente, con la sentenza n. 131/2022 [...].

9.2. – Nella successiva sentenza n. 135 del 10 maggio – 4 luglio 2023, la Corte Costituzionale [...] ha ripercorso la propria giurisprudenza sul diritto all'identità personale e sul diritto al nome, dichiarando l'illegittimità dell'irragionevole compressione del diritto inviolabile all'identità personale. Ha richiamato, in particolare, la sentenza n. 286 del 2016, secondo cui *“il diritto al nome [sarebbe] indissolubilmente collegato al diritto all'identità personale e che la protezione di esso sostanzia e determini realizzazione di quest'ultima”*. [...]

10. – Nel caso di specie, la ricorrente in primo grado ha motivato la sua richiesta di attribuzione del cognome materno, in luogo di quello paterno che le è stato assegnato, *ope legis*, alla nascita, in quanto non rispondente alla sua identità di figlia.

Nella richiesta ha ripercorso la sua vicenda personale, ha descritto la sofferenza derivante dall'incuria e dall'assenza del padre; il disagio derivante dal suo cognome, ritenuto ad essa estraneo e per di più ridicolo, oggetto di dileggio in ambito scolastico; il disinteresse del padre nei suoi confronti, al punto di privarla perfino del saluto. [...]

11. – Con il provvedimento impugnato l'istanza della ricorrente è stata respinta: come correttamente rilevato dal TAR nella sentenza impugnata, *“il diniego viene motivato apoditticamente con la asserita mancanza di ‘situazioni oggettivamente rilevanti’, ‘pregnante documentazione’ e ‘significative motivazioni’ senza rappresentare specifiche esigenze di interesse pubblico ostative all'accoglimento della richiesta”* [...].

Nell'atto di appello, l'Amministrazione – dopo aver ribadito il principio dell'eccezionalità del cambio di cognome e l'esigenza di una “valida” giustificazione, ha sottolineato la mancanza di elementi probatori a fondamento della richiesta, sostenendo che la mancata produzione di documentazione idonea [...].

11.1. – La censura dell'appellante non può essere condivisa, atteso che le motivazioni addotte dalla richiedente sono indicative di una palese divergenza tra la sua identità personale ed il cognome che le è stato attribuito, che costituisce espressione di un vincolo familiare con il padre, che nella realtà non vi è stato; dalla lettura della documentazione prodotta in giudizio emerge in modo palese il solo legame della ricorrente con la madre, unica figura di riferimento che le ha consentito di formarsi un'identità personale, della quale ha chiesto il riconoscimento formale attraverso l'acquisizione del relativo cognome.

Il cambio di cognome, in pratica, costituisce, per la richiedente, lo strumento per recidere un legame solo di forma, impostole per legge, che negli anni ha pesato sulla sua condizione personale, in quanto del tutto estraneo alla sua identità personale.

11.2. – Se si tiene conto dei principi espressi dalla Corte Costituzionale in tema di identità personale e attribuzione del nome, ci si avvede che si tratta di ragioni serie e ponderate, che avrebbero meritato un maggior approfondimento da parte dell'Amministrazione, specie se si considera che – come ha rettificamente rilevato il TAR – non sono state evidenziate *“specifiche ragioni di interesse pubblico ostative all'accoglimento dell'istanza”*. [...].

12. – Ritiene dunque il Collegio che il provvedimento impugnato in primo grado sia affetto da difetto di motivazione e di istruttoria e che, pertanto, sia meritevole di annullamento, così come deciso con la sentenza di primo grado.”

Nota a sentenza di Alfonso Renzi

Con la sentenza in rassegna, il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa ha confermato la sentenza di primo grado, con la quale il T.A.R. per la Toscana – Firenze aveva accolto il ricorso avente ad oggetto il diniego disposto dalla Prefettura sull’istanza di un privato cittadino volta a mutare il proprio cognome paterno, con adozione di quello materno, stante l’insussistenza di rapporti di alcun genere con la figura paterna ed il disagio conseguentemente patito.

Il Ministero appellante ha considerato erronea la sentenza di prime cure nella parte in cui aveva ritenuto carente la motivazione dell’impugnato diniego: invero, a detta della ricorrente, la Prefettura non aveva tenuto debitamente in considerazione le ragioni poste a fondamento dell’istanza.

L’analitica censura in appello del Ministero dell’Interno si è incentrata sui profili di eccezionalità del mutamento del cognome, come ritenuto dal legislatore agli artt. 6 c.c. e 89 d.P.R. n° 396/2006.

Secondo l’interpretazione ministeriale del dato normativo, il cambiamento del cognome dovrebbe essere acconsentito dalla P.A., in quanto ritenuto superiore all’interesse pubblico, solo in ipotesi eccezionali, dovendosi, quindi, denegare ove tale richiesta risulti solo il frutto di una opinabile scelta individuale.

Nello specifico, due sono i punti nevralgici della sentenza del Consiglio di Stato, che, peraltro, sintetizzano i principi espressi, di recente, dalla Corte Costituzionale (Sent. n. 131/2022) e dalla CEDU (Cusan-Fazzo contro Italia del 07.01.2014 su ricorso n. 77/07) in tema di diritto al nome come diritto all’identità personale: da un lato, la natura di interesse legittimo dell’istante e, dall’altro, la necessità per la P.A. di considerare il mutamento del cognome come espressione dell’identità personale e morale del singolo.

In primo luogo, il Consiglio di Stato, sulla base dello specifico motivo di appello del Ministero, ha ricostruito l’identità del diritto al nome, ritenendo che, in accordo con l’art. 6 c.c., non vada ad esso riconosciuta la natura di diritto soggettivo, bensì di posizione di interesse legittimo. Tale ricostruzione fa perno sull’art. 89 d.P.R. n° 396/2000 secondo il quale la Pubblica Amministrazione (*id est* il Prefetto al quale il soggetto interessato al mutamento del nome presenta l’istanza), gode di un ampio potere discrezionale, dovendo stabilire se l’interesse dell’istante possa ritenersi prevalente sull’interesse pubblico alla certezza e alla stabilità dei rapporti giuridici.

Sul punto, è intervenuta più volte la giurisprudenza che si è consolidata nel ritenere che la posizione giuridica del soggetto richiedente il cambio del cognome abbia natura di interesse legittimo e che la P.A. goda di un potere discrezionale nella valutazione dell’istanza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 26 settembre 2019, n. 6462).

In buona sostanza, lo schema normativo previsto dal Legislatore, ovvero l’art. 89 innanzi richiamato, non consente all’istante di scegliere autonomamente il proprio cognome, se non sulla base di una comprovata motivazione, altrimenti verificandosi un evidente *vulnus* nella certezza dei rapporti giuridici.

Chiarita l’entità del procedimento prefettizio volto al mutamento del cognome, l’appellante ha dedotto che nel caso di specie non vi fossero motivi sufficientemente validi per ottenere il cambio desiderato, censurando, per l’effetto, la sentenza impugnata per non aver considerato tale profilo.

Nello specifico, l’istanza presentata dal privato faceva perno sulla volontà di recidere qualsivoglia rapporto con la figura paterna, stante l’asprissima criticità dei rapporti con esso intrat-

tenuti durante brevi periodi dell'infanzia e l'assenza di qualsivoglia rapporto nell'età più adulta. In particolare, ha significato l'istante che il mantenimento del cognome paterno, ritenuto ad essa estraneo e ridicolo, era diventata causa di forte disagio.

Il tutto suffragato da ampia dichiarazione resa per iscritto dalla madre.

Il Consiglio di Stato ha quindi confermato la statuizione del giudice di primo grado, ritenendo che il Prefetto non si fosse attenuto ad una precisa disamina degli elementi offerti dall'istante, ritenendo, apoditticamente, che, in applicazione dell'art. 6 c.c., non si potessero accordare richieste di mutamento dei dati connotativi della persona umana per mera volontà personale.

Il Consiglio di Stato ha argomentato la possibilità di ottenere il cognome materno facendo leva sulla giurisprudenza costituzionale in materia, ferma restando la natura di interesse legittimo della pretesa.

Ed invero, sebbene il cognome appaia come strumento per individuare l'appartenenza della persona ad un determinato gruppo familiare (secondo la concezione della giurisprudenza del XIX secolo, cfr. Corte Costituzionale, ordinanze nn. 176/1988 e 586/1988), più di recente si è passati ad un processo di valorizzazione dell'identità personale, in virtù del quale il cognome assurge ad espressione di identità del singolo.

Per siffatti profili, è stata superata l'originaria procedura di attribuzione "automatica" del cognome paterno alla nascita, mero retaggio di una concezione patriarcale della famiglia radicata nel diritto di famiglia romanistico.

Non bisogna trascurare, dunque, che nell'ultimo decennio la giurisprudenza ha fatto emergere una particolare sensibilità sul tema del cognome, come testimonianza del legame del figlio con entrambi i genitori, conseguentemente ritenendo che l'assegnazione del cognome vada intesa come funzionale alla migliore costruzione dell'identità dell'individuo.

In altri termini, il superamento della rigida concezione patriarcale dell'attribuzione del cognome deve oggi essere corroborato dalla possibile divergenza tra l'identità personale dell'individuo ed il cognome che gli è stato automaticamente attribuito che può essere significativo di un vincolo familiare del tutto assente nella realtà e fonte di sconforto.

In buona sostanza, sebbene il cambio del cognome non assurga a diritto fondamentale, alla luce degli arresti della Corte Costituzionale dell'ultimo decennio, diviene lo strumento per recidere un legame solo di forma, imposto per legge e che negli anni ha pesato sulla condizione personale dell'individuo.

Non è, dunque, obbligatorio per la pubblica amministrazione accordare il cambio del cognome, ma, sebbene si ricada in attività pienamente discrezionale, si ritiene che vi sia un onere motivazionale "innalzato", dovendo la P.A. svolgere un'istruttoria consistente.

A supporto di siffatta configurazione del meccanismo valutativo delle domande di mutamento del cognome, il Supremo Consesso ha richiamato la circolare del Ministero dell'Interno n. 14 del 21.05.2012 che ha ben chiarito la necessità di un attento giudizio di ponderazione del Prefetto, dovendosi esso muovere con "*estrema cautela*" (Circolare del Ministero dell'Interno n° 14 del 21.05.2012) ed adottando un provvedimento finale accompagnato da una motivazione analitica in grado di esprimere il processo argomentativo posto alla base.

Sulla scorta di tali profili, il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado, ritenendo illegittimo il diniego opposto dalla P.A. alla domanda di mutamento del cognome, qualora motivato solo sulla base della eccezionalità del cambiamento stesso e non valorizzando la migliore costruzione dell'identità del figlio, men che meno valorizzando specifiche ragioni di interesse pubblico ostative all'accoglimento dell'istanza.

La volontà dell'appaltatore di avvalersi del subappalto c.d. necessario deve essere espressamente indicata in sede di partecipazione

Argomento: Contratti pubblici

(Cons. di Stato, sez. V, 9 ottobre 2023, n. 8761)

Stralcio a cura di *Aniello Iervolino*

“Occorre premettere che, in conformità alle indicazioni provenienti dal diritto eurounitario, il legislatore italiano ha recepito, nella previsione di cui all’art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016, le indicazioni della direttiva 2014/24/UE, fissando la regola, salvo deroga motivata, della suddivisione in lotti.

Secondo un consolidato orientamento interpretativo di questo Consiglio di Stato la regola della suddivisione in lotti risponde all’esigenza di apertura del mercato ed opposizione alla creazione di posizioni monopolistiche o, comunque, di predominio, obiettivo ritenuto meritevole dal legislatore per la convinzione – che v’è sottesa – che per questa via si possa migliorare l’efficienza del servizio all’utenza e, dunque, in ragione delle stesse preoccupazioni che l’appellante assume a fondamento della sua critica alla regola della suddivisione in lotti (Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2021, n. 6402).

Infatti, la suddivisione in lotti di una procedura di gara favorisce l’apertura del mercato alla concorrenza, rendendo possibile la presentazione dell’offerta anche da parte delle piccole e medie imprese (c.d. P.M.I.), poiché consente alla stazione appaltante di richiedere requisiti di partecipazione che, in quanto parametrati su singoli lotti, sono inevitabilmente meno gravosi di quelli che, in termini di capacità economica e prestazionale, sarebbero richiesti per la partecipazione all’intera procedura di gara; requisiti questi ultimi dei quali sono in possesso solo imprese di grandi dimensioni. [...]

Deve, altresì, considerarsi che il rafforzato *favor* per la suddivisione dell’appalto in lotti è dovuto alla crescente attenzione riservata dal legislatore europeo all’accesso al mercato delle commesse pubbliche da parte delle P.M.I., costituendo la riduzione del valore dei contratti un efficace incentivo alla partecipazione degli operatori di mercato di più ridotte dimensioni alle procedure di affidamento.

Ed infatti la Direttiva 2014/24/UE, al Considerando 2, dopo avere premesso che “*gli appalti pubblici ... costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l’uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici*”, afferma che tra le proprie primarie finalità vi è quella di aggiornare la precedente Direttiva 2004/18/CE “*in modo da accrescere l’efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale*”.

Il considerando 78 precisa, poi, che “*le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti*” e che “*se l’amministrazione aggiudica-*

catrice decide che non è appropriato suddividere l'appalto in lotti, la relazione individuale o i documenti di gara dovrebbero contenere un'indicazione dei principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice. Tali motivi potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che tale suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto".

L'art. 46 della stessa Direttiva afferma, infine, che *"Le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l'oggetto di tali lotti. ... Le amministrazioni aggiudicatrici indicano i motivi principali della loro decisione di non suddividere in lotti; tali motivi sono riportati nei documenti di gara o nella relazione unica di cui all'articolo 84".*

Si tratta, insomma, come ritenuto dalla giurisprudenza (cfr., in particolare, Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2023, n. 1607) di una misura pro-concorrenziale espressamente volta ad assicurare la maggiore partecipazione possibile alle gare di imprese di non grandi dimensioni.

La giurisprudenza è assolutamente concorde nel dare la esposta lettura della disposizione in esame, rimarcando più volte non solo la legittimità, ma anche il rispetto del principio del buon andamento nella divisione di un pubblico appalto in lotti, con il rammentare che in materia di appalti pubblici è senz'altro principio di carattere generale la preferenza per la suddivisione in lotti, in quanto regola diretta a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese e funzionale alla tutela della concorrenza.

L'art. 51 consente, inoltre, alla stazione appaltante di derogare alla regola della suddivisione in lotti per giustificati motivi, che devono essere puntualmente espressi nel bando o nella lettera di invito.

Infatti, poiché l'art. 51, comma 1, del Codice è norma giuridica costruita nella forma linguistica della proposizione prescrittiva (di modo che colui che non si adegua al precetto, non manifestando ad esso adesione, deve giustificarsi per evitare la sanzione, fornendo la prova di trovarsi in uno dei casi in cui la regola fa eccezione), in coerenza, il legislatore onera la stazione appaltante di motivare la scelta di non suddividere la procedura di gara in lotti, ossia di non adeguarsi al precetto.

In conclusione, il principio della suddivisione in lotti, prevista dall'art. 51 del Codice può, dunque, essere derogato, attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669) ed è espressione di scelta discrezionale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081), il cui concreto esercizio deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto; il potere medesimo resta delimitato, oltre che da specifiche norme del Codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5992; sez. III, 7 maggio 2020, n. 2881; 21 marzo 2019, nr 1857; 22 febbraio 2019, n. 1222; sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044; sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1138; 13 novembre 2017 n. 5224; sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038).

Alla stregua di quest'orientamento ermeneutico, la principale questione da esaminare attiene alla valutazione della logicità e ragionevolezza della suddivisione in lotti operata dalla stazione appaltante.

Contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, i dispositivi contenuti nel lotto n. 3 appaiono eterogenei e singolarmente dotati di autonomia funzionale. Invero, le placche ivi ricomprese (e formanti oggetto dei ben 37 sub-lotti) sono notevolmente diverse non solo per caratteristiche tecniche e strutturali, a seconda della diversa regione dello scheletro su cui devono essere innestate, ma anche dal punto di vista funzionale, non potendo esservi tra di esse al-

cuna fungibilità, donde è del tutto verosimile che esse formino oggetto di forte “specializzazione” nella produzione da parte degli operatori economici.

La siffatta disomogeneità avrebbe, pertanto, ragionevolmente giustificato la suddivisione dell’unitario lotto n. 3 in plurimi lotti, distinti per tipologia di prodotti e non per macro-categorie, così da favorire l’accesso alla procedura anche a quegli operatori economici che non commercializzano tutte le tipologie di placche contenute nel lotto n. 3.

Né può condividersi l’interpretazione del primo giudice in ordine all’art. 51, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, laddove ha ritenuto che, per il solo fatto che la procedura *de qua* fosse suddivisa già in 18 lotti, non vi fosse alcun obbligo per la stazione appaltante di esternare le ragioni tecnico-economiche che la hanno indotta a prevedere un unico lotto (lotto n. 3) così composito e diversificato nel suo oggetto.

Ritiene, invero, il Collegio che il semplice fatto che vi sia stata una suddivisione in lotti non esclude affatto che possano essere sindacate, sotto il profilo della legittimità e del rispetto sostanziale della *ratio* della disposizione, anche le modalità con le quali la suddivisione è avvenuta.

Del resto, *ex post*, ciò risulta confermato dalla disposizione oggi contenuta nell’art. 58, comma 3, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (non applicabile *ratione temporis* alla presente vicenda, ma certamente utilizzabile quale criterio ermeneutico della finalità della retrostante previsione eurounitaria), laddove impone alle stazioni appaltanti di esplicitare in ogni caso “*i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti*”, avuto riguardo ai parametri evincibili dai principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese.

In definitiva, la disciplina di gara, limitatamente al lotto n. 3, è stata confezionata in modo da rendere estremamente difficoltoso presentare un’offerta tecnica ammissibile non solo alle piccole e medie imprese, ma anche a primari operatori del settore che sono però specializzati nella produzione di dispositivi relativi alla chirurgia di specifiche parti del corpo umano, con potenziali effetti negativi per la stessa Amministrazione, che potrebbe trovarsi esposta a maggiori costi ove il confronto competitivo fosse realmente circoscritto a pochi operatori economici.

4. Per le ragioni che precedono, l’appello deve essere accolto con assorbimento dei motivi non espressamente esaminati e, per l’effetto, in riforma della sentenza appellata del Tar Sardegna, sez. I, n. 661 del 18 settembre 2023, devono essere annullati *in parte qua* gli atti di gara impugnati in primo grado, limitatamente al lotto n. 3.”

Nota a sentenza di Luca Del Prete

“*L’operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del c.d. subappalto necessario [...] che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini pena la violazione dei principi della par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche*”. Così afferma la sentenza in commento che, pronunciata nella vigenza del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, si iscrive nel dibattito giurisprudenziale relativo agli oneri formali da osservare affinché l’operatore economico manifesti correttamente la propria volontà in merito al ricorso al subappalto necessario.

Il subappalto necessario o qualificante persegue l’obiettivo di estendere la partecipazione alle gare d’appalto anche ai concorrenti che sono privi delle qualificazioni richieste in relazione a determinate categorie di lavorazioni, indicate nell’art. 92 del D.P.R. 5 ottobre 2010,

n. 207, per le quali non sono dunque autonomamente qualificati. Si tratta, in particolare, di quelle categorie di lavorazioni la cui esecuzione deve avvenire esclusivamente da parte di operatori economici in possesso di specifici requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi (c.d. categorie scorporabili). In tal caso l'operatore economico qualificato nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori può partecipare alle procedure di evidenza pubblica anche se privo delle qualificazioni per particolari categorie di lavorazioni, purché ne preveda sin dalla presentazione dell'offerta l'affidamento ad altri soggetti qualificati.

In altri termini la categoria prevalente capiente garantisce la partecipazione del concorrente alla gara, mentre la dichiarazione di voler (*rectius* dover) subappaltare le categorie a qualificazione obbligatoria, unitamente all'indicazione delle lavorazioni oggetto di subappalto, ha la funzione di colmare le preclusioni esecutive derivanti dall'assenza della specifica qualificazione nelle categorie scorporabili.

La funzione qualificante del subappalto necessario evidenzia la netta differenza di tale istituto rispetto al subappalto ordinario il quale consente all'aggiudicatario di affidare a terzi, in virtù di una libera scelta imprenditoriale, una quota delle prestazioni da eseguire. Rileva dunque solo in fase esecutiva e la sua attivazione presuppone solo che il concorrente, in sede di formulazione dell'offerta, si riservi la facoltà di farvi ricorso ove risultasse aggiudicatario, a prescindere dal fatto che poi decida effettivamente se esercitarla oppure no.

In entrambi i casi, dunque, la volontà di voler far ricorso al subappalto (necessario e facoltativo) va manifestata in sede di presentazione dell'offerta, ma nel subappalto necessario tale dichiarazione rileva quale specifico requisito di qualificazione del concorrente. Si tratta, in sostanza, di attestare il possesso in via indiretta di un requisito tecnico di qualificazione.

La giurisprudenza si interroga da tempo sui requisiti formali che devono presidiare la dichiarazione di volontà dell'operatore economico di far ricorso al subappalto necessario e sui conseguenti poteri della stazione appaltante nell'ipotesi di una sua deficitaria manifestazione.

Con riguardo all'esposta questione parte della giurisprudenza reputa sufficiente l'accertamento – da compiersi con riguardo alla documentazione presentata dal concorrente e a quanto predisposto dalla stazione appaltante nella *lex specialis* di gara – dell'esistenza della dichiarazione di volontà di voler ricorrere al (generico) subappalto, a prescindere dalla forma con cui tale intento viene manifestato. Altre sentenze, invece, reputano necessaria la *specificazione, nella domanda di partecipazione, della tipologia di subappalto a cui il concorrente intende fare ricorso, oltreché delle prestazioni che formeranno oggetto di tale subappalto*.

La sentenza in commento si situa all'interno di quell'orientamento giurisprudenziale più rigoroso che non tollera l'utilizzo di formule generiche nella manifestazione della volontà di ricorrere al subappalto necessario, attesa la funzione dell'istituto in discorso che – come accennato – consiste in una “modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione” (Consiglio di Stato, sez. V, 1 luglio 2022, n. 5491).

In realtà un più attento esame della pronuncia in commento evidenzia come il reale oggetto dell'indagine in sede processuale non sia tanto l'uso di particolari formule lessicali quanto piuttosto la corretta ricostruzione della volontà del concorrente, che va svolta mantenendosi all'interno di un perimetro di principi generali che vanno dal *favor participationis*, alla corretta interpretazione della volontà dei partecipanti e dal principio della par condicio alla tassatività delle cause di esclusione.

Preliminarmente va evidenziata l'inesistenza di una norma di legge che imponga una dichiarazione rafforzata o comunque particolare in caso di subappalto necessario.

Inoltre, la pronuncia si focalizza più sul rispetto sostanziale dei requisiti di partecipazione che sulla mera presenza di requisiti formali. In effetti, la giurisprudenza ha stigmatizzato la condotta delle stazioni appaltanti quando queste hanno disposto l'esclusione di concorrenti i

quali avevano formalizzato la dichiarazione di subappalto ed espressamente indicato le categorie di lavorazioni (scorporabili) da subappaltare, omettendo però di specificare che il subappalto era da intendersi come qualificatorio (TAR Lazio, Roma, sez. IV, 12 ottobre 2023, n. 15165; Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia 276/2021; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 7 marzo 2022, n. 532).

Infatti, tornando alla vicenda oggetto della presente sentenza, va evidenziato che alla genericità della dichiarazione di subappalto si è accompagnata un altrettanto generica indicazione delle categorie di lavorazioni oggetto di subappalto. La carenza di entrambi gli elementi è stata censurata dai giudici di Palazzo Spada nella misura in cui non ha consentito di ricostruire adeguatamente la volontà del concorrente in ordine ad un requisito di qualificazione quale è – si ribadisce – la volontà di ricorrere al subappalto necessario. A maggior ragione tale conclusione si rafforza se si opera una lettura combinata della sentenza di I grado (TAR Liguria, sez. I, 24 marzo 2023, n. 391) e di quella di II grado, da cui emerge proprio l’incapacità di acquisire certezza processuale (e prima ancora procedimentale) in merito al menzionato elemento di qualificazione. *Riassumendo, l’esame della vicenda in esame va oltre la questione della semplice mancanza di un requisito di carattere formale, riguardando in realtà l’impossibilità di ricostruire, sul punto, la volontà del concorrente. Questi infatti aveva dichiarato (erroneamente) il possesso di requisiti in proprio anche in merito a categorie scorporabili di lavorazioni, specificando espressamente “di voler subappaltare tutte le lavorazioni e le prestazioni enunciate del disciplinare di prequalifica, nessuna esclusa e/o eccettuata” e richiamando nella dichiarazione di subappalto l’art. 105 del d. lgs. 50/2016, ossia la norma che disciplina il subappalto facoltativo.*

Né, in omaggio al principio di massima partecipazione alle gare, è sostenibile che una dichiarazione generica di subappaltare possa comprendere anche il subappalto necessario, per le motivazioni precedentemente esposte.

È evidente quindi come il punto focale della vicenda in esame si sposti sulla necessità per la stazione appaltante (e per il giudice) di avere tutti gli elementi necessari ad interpretare correttamente la volontà dell’operatore economico, atteso che “nella dichiarazione di subappalto “necessario” viene in rilievo non una mera esternazione di volontà dell’operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto “facoltativo”, bensì una modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi della par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche”.

A fronte di una mancata indicazione delle lavorazioni da subappaltare, cui si aggiunge una intenzione generica di subappaltare, il Consiglio di Stato non ha ritenuto ricostruibile univocamente la volontà dell’operatore economico, confermando pertanto il relativo provvedimento di esclusione.

Quanto alla possibilità di far ricorso al soccorso istruttorio, la pronuncia lo esclude in maniera categorica. Infatti “*La mancata dichiarazione della volontà di far ricorso al subappalto c.d. necessario non può essere oggetto di soccorso istruttorio una volta che la stazione appaltante abbia accertato la carenza dei requisiti di partecipazione coerenti con la percentuale di lavori che l’impresa s’è impegnata a realizzare (secondo Cons. Stato, n. 5491 del 2022, ..., ove fosse consentito il soccorso istruttorio la stazione appaltante darebbe la facoltà ad un operatore di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione dell’offerta in contrasto con la par condicio competitorum [...])*”.

Infatti il soccorso istruttorio ha la finalità di consentire l’integrazione della documentazione già prodotta, che si presentava, a giudizio della stazione appaltante, incompleta o irregolare sotto il profilo formale. Tale strumento perciò non può essere utilizzato in caso di mancanza di un requisito, perché in tal caso al concorrente sarebbe consentito di formare atti in data suc-

cessiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte, in violazione del principio della par condicio. In ipotesi siffatte, le carenze dell'offerta determinano un'incertezza o un'indeterminatezza circa il suo contenuto non sanabile né tramite soccorso istruttorio né tramite intervento suppletivo del giudice.

Ammissibilità del ricorso in modo generalizzato al cumulo alla rinfusa ai fini dell'affidamento di servizi e forniture

Argomento: Contratti pubblici

(Cons. di Stato, sez. III, 9 ottobre 2023, n. 8767)

Stralcio a cura di *Rossella Bartiromo*

“La disputa interpretativa sui margini applicativi del cd. “cumulo alla rinfusa” trae origine dalla seguente evoluzione normativa.

– La prima formulazione dell’art. 47 secondo comma del d.lgs. n. 50 del 2016 prevedeva la possibilità dei consorzi stabili di lavori, servizi e forniture di utilizzare per i primi cinque anni dalla loro costituzione i requisiti di qualificazione delle imprese consortili [...]

– nella versione *ratione temporis* applicabile alla gara *de qua* – conseguente alle modifiche introdotte dall’art. 1, comma 20, lett. l), n. 1, del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 – il primo comma dell’art. 47 stabiliva, invece, che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l’ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all’articolo 45, comma 2, lettere b) e c), dovessero essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal [...]

– la norma proseguiva prevedendo al comma 2 che i consorzi stabili dovessero eseguire le prestazioni o “*con la propria struttura*” o “*tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante*”; e aggiungeva che per i lavori, ai fini della qualificazione, i criteri per l’imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni saranno stabiliti con il regolamento di cui all’articolo 216, comma 27 *octies*;

– il successivo comma 2 bis precisava, ancora, che “*la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l’affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati*”.

12. L’interpretazione del richiamato quadro normativo ha dato origine in giurisprudenza [...] a due diversi orientamenti interpretativi.

12.1) Il primo di essi [...] ritiene che qualora il consorzio individui una consorziata come esecutrice, quest’ultima dovrà essere autonomamente in possesso del requisito di qualificazione, così come, in caso di esecuzione in proprio ad opera del consorzio, quest’ultimo dovrà possedere autonomamente il requisito; l’utilizzo della “maggior” qualificazione del consorzio stabile non potrebbe, cioè, legittimare l’esecuzione di prestazioni da parte di piccole e medie imprese del tutto prive della qualificazione (Tar Lazio, sez. III, 3 marzo 2022, n. 2571; Cons. Stato, 22 agosto 2022, n. 7360; Tar Ancona, Sez. I, 25 febbraio 2023, n. 119; Tar Milano, Sez. I, nn. 397, 597 e 744 del 2023; Tar Napoli, sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1152).

Questi gli argomenti addotti a sostegno di questa prima lettura.

– Sul piano letterale, l’art. 47 comma 1 d.lgs. n. 50 del 2016 consentirebbe il cumulo solo

con riferimento a determinati requisiti, vale a dire attrezzature, mezzi e organico medio anno; al di fuori di questi limiti, dovrebbe applicarsi la regola generale che impone a ciascun concorrente la dimostrazione del possesso dei requisiti e delle capacità di qualificazione (artt. 83 e 84 d.lgs. n. 50 del 2016).

– Rileverebbe nel medesimo senso il nuovo contesto normativo [...]

– L'interpretazione restrittiva sarebbe inoltre confermata dal comma 2 dell'art. 47 d.lgs. n. 50 del 2016, come riformulato dal d.l. n. 32 del 2019, il quale non menziona più la facoltà del consorzio di ricorrere all'avvalimento, ai fini della utilizzazione dei requisiti di qualificazione delle consorziate non designate come esecutrici, limitandosi a prevedere l'alternativa facoltà di eseguire il contratto “*con la propria struttura*” ovvero “*tramite i consorziati*” all'uopo “*indicati in sede di gara*”.

– Sul piano funzionale, l'argomento della finalità pro-concorrenziale non risulterebbe ostativo alla tesi in commento: la tutela della concorrenza risiederebbe, infatti, nella stessa possibilità di utilizzare la forma del consorzio stabile, a prescindere dall'operatività o meno del cumulo alla rinfusa.

– In definitiva, secondo l'impostazione in argomento, qualora il consorzio designa per l'esecuzione del contratto una o più delle imprese consorziate è necessario che queste ultime possiedano e comprovino in proprio [...] i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione.

12.2) A questo primo indirizzo se ne contrappone un secondo che reputa ammissibile il generalizzato ricorso al cumulo alla rinfusa (Tar L'Aquila, Sez. I, 16 marzo 2023; Tar Palermo, sez. I, 2 marzo 2023, n. 657; Cons. Stato, Sez. V, n. 964 del 2 febbraio 2021; Cons. Stato, sez. V., 29 marzo 2021, n. 2588), sulla base dei seguenti passaggi argomentativi.

– Sul versante normativo, viene contestata la lettura dell'art. 47 d.lgs. n. 50 del 2016 secondo la quale il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, deve essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione. Da un lato, infatti, l'art. 47, comma 2, non chiarisce espressamente [...] le modalità di qualificazione dei consorziati designati per l'esecuzione, nel caso in cui i consorzi stabili intendano eseguire le prestazioni tramite le imprese consorziate; dall'altro, l'art. 47 comma 1 d.lgs. n. 50 del 2016 reca una formulazione letterale identica a quella già trasfusa nel previgente art. 35 d.lgs. n. 163 del 2006, in vigenza del quale era assolutamente pacifico il cumulo alla rinfusa;

– lo stesso art. 47 comma 1 d.lgs. n. 50 del 2016 fa sostanziale rinvio all'art. 83 del medesimo codice dei contratti pubblici, il quale, al comma 2, a sua volta rinvia al regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies, ai sensi del quale, nelle more dell'adozione del regolamento (non ancora adottato), rimangono in vigore o restano efficaci le linee guida e i decreti adottati in attuazione della previgente disposizione di cui all'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006. [...] Ne consegue, una reviviscenza di quest'ultima disposizione, che non può dirsi espunta dall'ordinamento e che – unitamente agli artt. 81 e 94 del d.P.R. n. 207 del 2010 – delinea il regime di qualificazione dei consorzi stabili secondo il criterio del “pieno” cumulo alla rinfusa, salvo eccezioni;

– a questo primo argomento se ne aggiunge un secondo, di carattere teleologico-sistematico, inteso a valorizzare sia l'asserita intenzione del legislatore di valorizzare nel tempo l'istituto in questione, quale importante strumento pro-concorrenziale [...];

13. Così illustrati i termini essenziali della disputa interpretativa, il Collegio ritiene dirimente e assorbente la disposizione del nuovo Codice dei contratti pubblici (in vigore dal 1 aprile 2023 – cfr. l'art. 229, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023) di cui all'art. 225, comma 13, secondo periodo, d.lgs. n. 36 del 2023, la quale ha chiarito che «*L'articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito del-*

la verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara».

13.1. Alla luce del chiarimento così intervenuto, la disposizione autenticamente interpretata [...] va intesa nel senso di consentire ai consorzi stabili di far ricorso in modo generalizzato al cd. “cumulo alla rinfusa” ai fini dell’affidamento di servizi e forniture, e dunque di poter ben integrare i requisiti previsti dalla *lex specialis* mediante quelli posseduti dalle proprie consorziate non esecutrici.

Ne consegue che “*se il Consorzio stabile è in possesso, in proprio, dei requisiti partecipativi richiesti dalla legge di gara, a nulla rileva, in ragione dell’interpretazione offerta dalla suddetta disposizione, l’assenza della qualificazione SOA in capo alla consorziate esecutrice dei lavori*” (Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 2023, n. 1761). [...]

13.3. La Quinta sezione di questo Consiglio di Stato ha chiarito che l’art. 225, comma 13, secondo periodo, d.lgs. n. 36 del 2023 è “*norma d’interpretazione autentica, provvista ex se di valore retroattivo, né soggetta al regime di cui al 2° comma dell’art. 229 di efficacia differita, riferibile alle altre disposizioni del decreto legislativo (cfr. Cons. Stato, V, ord. 5 maggio 2023, n. 1761; 14 aprile 2023, n. 1424)*” (Cons. Stato, V, 4 luglio 2023, n. 6533).

La sua valenza di norma di interpretazione autentica risalta proprio alla luce del contrasto insorto in merito alla corretta lettura del quadro normativo e trae conferma dal dichiarato intento del legislatore di risolvere la disputa orientandola verso una delle due soluzioni interpretative sin qui consolidate nella esegesi del dato testuale.

Risultano rispettati, pertanto, i parametri richiesti affinché una norma di interpretazione autentica possa assumere efficacia retroattiva, a tal fine esigendosi che la stessa si limiti a chiarire la portata applicativa di una disposizione precedente, adottando un’opzione ermeneutica comunque desumibile dalla sua ermeneusi e senza integrarne il precetto; e che non sia violato l’affidamento dei consociati nella certezza dell’ordinamento giuridico, come sarebbe, invece, se si indicasse una soluzione interpretativa non prevedibile rispetto a quella formatasi nella prassi.

13.4. Va infine respinto, in quanto anche questo manifestamente infondato, il sospetto di incostituzionalità dell’art. 225, comma 13, secondo periodo, per eccesso di delega e violazione dell’art. 76 Cost., sollevato dalle parti resistenti sulla base dell’assunto per cui legge delega 78 del 2022 non avrebbe conferito al Governo alcun potere di introdurre norme interpretative del Codice del 2016.

L’art. 1 della legge delega n. 78 del 2022 dispone che “*Il governo è legittimato ad adottare ... uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*” (comma 1);

– “*I decreti legislativi di cui al comma 1 abrogano espressamente tutte le disposizioni oggetto di riordino e comunque quelle con essi incompatibili e recano le opportune disposizioni di coordinamento in relazione alle disposizioni non abrogate o non modificate, nonché le necessarie disposizioni transitorie e finali*” (comma 3).

Dal combinato dei commi 1 e 3 dell’art. 1 della legge delega si ricava che il legislatore delegato è stato abilitato ad adottare disposizioni (non solo transitorie) volte a razionalizzare e riordinare la disciplina vigente dei contratti pubblici nonché ad adeguarla “*ai principi espressi ... dalle giurisdizioni superiori*”; e ad adottare “*le opportune disposizioni di coordinamento in relazione alle disposizioni non abrogate o non modificate*”. Di qui la piena legittimità dell’art. 225, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, in quanto disposizione volta a fornire, in chiave di certezza del diritto e di coerenza ordinamentale, l’interpretazione autentica del-

l'istituto del cumulo alla rinfusa sotto la vigenza dell'art. 47 del d.lgs. n. 50 del 2016, e ciò anche al fine di raccordare e coordinare vecchia e nuova disciplina, superando le incertezze giurisprudenziali registratesi in precedenza.

La portata precettiva della disposizione interpretante va quindi ricondotta ad una finalità di razionalizzazione e di coordinamento certamente consentita dalla legge delega e giustificata da una interpretazione non univoca della disposizione interpretata.”

Società mista: il socio privato deve essere operativo e non un mero socio di capitale

Argomento: Contratti pubblici

(Cons. di Stato, sez. V, 17 ottobre 2023, n. 9034)

Stralcio a cura di *Rossella Bartiromo*

“È decisiva [...] la [...] decisione della Corte di giustizia UE [...] laddove fissa il principio secondo cui un’amministrazione aggiudicatrice può escludere un operatore economico da una procedura “a doppio oggetto”, volta da un lato a costituire una società a capitale misto e, dall’altro, ad aggiudicare a tale società un appalto pubblico di servizi, qualora tale esclusione sia giustificata dal fatto che, a causa della partecipazione indiretta di tale amministrazione aggiudicatrice al capitale di tale operatore economico, la partecipazione massima della prima al capitale di detta società, così come stabilita dai documenti di gara, sarebbe di fatto superata ove scegliesse il suddetto operatore economico come proprio socio.

Tale conclusione viene comunque subordinata alla condizione che “*un simile superamento comporti un aumento del rischio economico a carico della stessa amministrazione aggiudicatrice*”. [...]

[I]l socio privato deve infatti essere operativo e non un mero socio di capitale, stante la specificità del ruolo che deve assumere nell’attuazione dell’oggetto sociale: del resto, il coinvolgimento del socio privato per il perseguimento di fini di interessi generali si giustifica proprio per la carenza in seno alla amministrazione pubblica delle competenze necessarie di cui ha la disponibilità il socio privato.

La partecipazione del socio privato operativo deve essere adeguata, idonea cioè a rendere possibile l’attuazione dell’oggetto sociale; tale adeguatezza è stata fissata dal legislatore nazionale, proprio ai fini del rispetto dei principi europolitari, nella soglia minima di partecipazione del 30%.

Sul fronte dell’impegno economico ciò si traduce nella ricerca di capitale privato “terzo”, ossia nella netta e definitiva separazione tra l’onere finanziario assunto *ab initio* dall’amministrazione ed il rischio imprenditoriale del privato, che verrebbe potenzialmente (e progressivamente) annullato in presenza di una ulteriore partecipazione indiretta della parte pubblica del capitale della società mista, per effetto della contestuale partecipazione della prima al capitale sociale del *partner* operativo.

In breve, la quota di OMISSIS s.p.a. posseduta dal Comune di OMISSIS finirebbe per attribuire (seppur indirettamente) al medesimo ente pubblico un’assunzione dei rischi che lo stesso – proprio per il tramite del ricorso al mercato – intendeva invece affidare ad un privato “terzo” (ossia con capitale non riconducibile a OMISSIS, sia nella qualità di stazione appaltante che in quella di socio indiretto di maggioranza della medesima OMISSIS s.p.a.).

Obietta l’appellante, in buona sostanza, che dal provvedimento di esclusione non emergeva alcuna istruttoria, né valutazione, in ordine all’aumento del rischio economico a carico di OMISSIS – condizione considerata necessaria dalla Corte di giustizia UE [...] – in ragione della partecipazione alla gara di OMISSIS s.p.a., essendo l’esclusione motivata con il solo ri-

ferimento al dato “formale” dell’asserito aumento della partecipazione di OMISSIS alla *newco* rispetto a quanto previsto dalla *lex specialis*: in realtà, come sopra evidenziato, è proprio il superamento della quota massima prefissata dalla legge di gara – in quanto sin dall’inizio finalizzata a (pre-)definire (e quindi limitare) una volta per tutte l’esposizione finanziaria dell’amministrazione a bilancio consolidato – a dare atto (sia pure, se del caso, in via presuntiva) dell’aumento del rischio.

Va infatti ribadito – fermi ovviamente i limiti di legge – che l’amministrazione può decidere, nel concreto esercizio della propria precipua funzione di tutela dell’interesse pubblico, qual è il livello massimo del rischio finanziario o economico che intende assumere (e quindi, per l’effetto, quello che intende addossare *esclusivamente* al concessionario), fissando all’uopo delle soglie di partecipazione al capitale della costituenda società mista, valutazione che, in quanto espressione di eminente discrezionalità tecnica, può essere sindacata dal giudice amministrativo limitatamente al riscontro del vizio di illegittimità per violazione delle regole procedurali e di quello di eccesso di potere per manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà, ovvero se fondata su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (*ex pluribus*, Cons. Stato, VI, 5 dicembre 2022, n. 10624).

A fronte pertanto della predeterminazione, in astratto, di quella che è anche la soglia massima del rischio accettato, è onere della parte che avversa tale delimitazione dimostrare l’evidenza dei vizi di cui si è detto, onere che nel caso di specie non risulta essere stato assolto, limitandosi nel complesso l’appellante ad obiettare che il presunto aumento del rischio (*ex se* proporzionale alla quota di partecipazione sociale posseduta) non sarebbe stato provato in concreto.

In questi termini è dunque corretta l’affermazione del primo giudice secondo cui “*nulla vieta all’amministrazione, nella spendita della sua discrezionalità e nel rispetto dei limiti segnati dalla normativa generale, di congegnare il modulo secondo le sue concrete esigenze, come dettate dal superiore interesse pubblico legato allo svolgimento del servizio e al contenimento del rischio di capitale*”: in tale ottica era stata coerentemente individuata, del resto, “*la stessa causa concreta del proposto contratto associativo, funzionalmente caratterizzata dall’oggetto dell’affidamento (concessione di servizio con rischio a carico del concessionario), [che] induce a ritenere che la prescritta delimitazione di quote fosse assolutamente inderogabile e non alterabile per effetto di partecipazioni comunali indirette; dunque nota anche ai potenziali partecipanti alla gara*”.

In un'area vincolata già in parte compromessa la Soprintendenza non può esprimere parere negativo all'installazione di una stazione radio base adducendo l'impatto cumulativo rispetto a una analoga struttura preesistente, dovendo invece spiegare le specifiche ragioni concrete che rendano la nuova opera non assentibile

Argomento: Paesaggio

(Cons. di Stato, sez. VI, 25 ottobre 2023, n. 9217)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“1 – [l'appellante] avendo l'esigenza di dare copertura telefonica nel Comune [...] presentava istanza ex art. 87 del D.Lgs. 259/03 per la realizzazione di una stazione radio base [...].

1.1 – La società provvedeva contestualmente alla trasmissione della richiesta di autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146, comma 9, del D.Lgs. 42/2004, corredata da apposita relazione.

2.1 – Con provvedimento [...], il Comune [...] trasmetteva il provvedimento di diniego adottato dalla Soprintendenza, che confermava quanto già affermato nel preavviso di rigetto.

3 – [l'appellante] ha impugnato detto provvedimento avanti il Tar per il Veneto che, con la sentenza indicata in epigrafe, ha respinto il ricorso. [...]

5 – L'appello è fondato.

L'intervento richiesto [...] ricade in area soggetta a vincolo paesaggistico in forza di decreto del Ministero dei Beni culturali e ambientali del 22 giugno 1998, recante “*dichiarazione di notevole interesse pubblico della città [...] e del suo territorio collinare e vallivo*”, ai sensi della legge n. 29 giugno 1939, n. 1497. [...]

Deve ricordarsi che la valutazione svolta dall'ente preposto alla tutela del vincolo è connotata da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa, poiché implica l'applicazione di cognizioni tecniche specialistiche proprie dei settori disciplinari che vengono in considerazione, caratterizzate da ampi margini di opinabilità; ne deriva che l'apprezzamento così compiuto è sindacabile in sede giudiziale esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, affinché il sindacato giudiziale non divenga sostitutivo di quello dell'amministrazione attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 27 maggio 2021, n. 4096).

5.1 – Fermi i principi innanzi ricordati, nel caso in esame, il parere impugnato, pur dandone atto, non ha adeguatamente considerato la presenza di altro analogo impianto in prossimità del luogo ove dovrebbe essere collocato quello progettato dall'appellante.

A tal fine, non appare sufficiente il mero rilievo per cui *“Il nuovo impianto data l’altezza e l’ubicazione – posizione isolata rispetto a quello già esistente – rappresenterebbe quindi un ulteriore fattore di impatto e di disordine visivo nel contesto di valore sopra descritto”*, non emergendo da tale inciso per quale ragione l’impianto progettato [dall’appellante], a differenza di quello già in loco, non è stato ritenuto compatibile con il contesto paesaggistico della zona.

5.2 – Pur dovendosi ribadire che per ritenere sussistente una disparità di trattamento è necessaria una assoluta identità delle situazioni di fatto prese in considerazione, che sia tale da far ritenere del tutto incomprensibile oltre che arbitrario un successivo diniego di autorizzazione, contrariamente a quanto affermato dal Tar, nel caso in esame, in base alle rappresentazioni dei luoghi prodotte in giudizio, le due situazioni appaiono identiche, distanziandosi i due impianti di soli trenta metri, ed essendo quello [dell’appellante] (solo progettato) addirittura più basso di quello già esistente.

In assenza di un adeguato approfondimento al riguardo, in base al materiale prodotto dall’appellante, non pare inoltre che la breve distanza tra i due impianti implichi differenti angoli visuali e di impatto paesaggistico.

5.3 – Seppur astrattamente possa aderirsi all’idea che in un contesto già compromesso dalla presenza di infrastrutture, l’installazione di un nuovo impianto può determinare un impatto cumulativo sull’area vincolata, tale da pregiudicarne l’integrità, appare tuttavia necessario che, a fronte di situazioni che all’apparenza si presentano del tutto identiche (come nel caso di specie), l’amministrazione preposta alla tutela del vincolo spieghi le ragioni concrete, in rapporto al contesto di riferimento, per cui, a fronte della precedente autorizzazione di un’opera, non debba invece esserne autorizzata una seconda identica per tipologia costruttiva e funzione, che, quantomeno sulla base della rappresentazioni progettuali e salva ogni successiva valutazione da parte dell’ente competente, appare incidere in modo simile sul territorio, anche considerando cumulativamente l’impatto paesaggistico delle due opere”.

I requisiti di esecuzione possono essere considerati nella *lex specialis* o come elementi essenziali dell'offerta o come elementi idonei all'attribuzione di un punteggio premiale: dunque, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente, l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio

Argomento: Contratti pubblici

(Cons. di Stato, sez. III, 26 ottobre 2023, n. 9255)

Stralcio a cura di *Rossella Bartiromo*

“La distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione fa caposala previsione di cui all'art. 100, d.lgs. n. 50 del 2016 che – nel dare recepimento alla normativa euro comune e, segnatamente, alla previsione di cui all'art. 70 della direttiva 2014/24 e all'art. 87 della direttiva 2014/25 – facoltizza le stazioni appaltanti a richiedere agli operatori concorrenti, in aggiunta al possesso dei “*requisiti*” e delle “*capacità*” oggetto di valutazione selettiva di cui all'art. 83, ulteriori “*requisiti particolari*” (Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2523).

La giurisprudenza colloca tra i requisiti di esecuzione gli elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio così distinguendoli dai primi, che sono invece necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità (*ex art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016*) e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione (*ex art. 83, d.lgs. n. 50 del 2016*). Non essendo in discussione che il possesso dei requisiti di partecipazione sia richiesto al concorrente sin dal momento della presentazione dell'offerta, merita evidenziare che i requisiti di esecuzione sono, di regola, condizioni per la stipulazione del contratto di appalto (Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2020, n. 5734; *id.* 30 settembre 2020, n. 5740; *id.* 12 febbraio 2020, n. 1071), pur potendo essere considerati nella *lex specialis* come elementi dell'offerta, a volte essenziali (Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2019, n. 2190), più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale (Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5309; *id.* 25 marzo 2020, n. 2090).

Sul punto è intervenuta la Corte di giustizia UE (sez. I, 8 luglio 2021, n. 428) che ha chiarito come l'attrazione di una specifica capacità prestazionale nell'alveo dei requisiti di partecipazione, sebbene inerente *stricto sensu* alle concrete modalità di svolgimento della futura attività contrattuale, dunque dell'offerta, ben può essere giustificata dal rafforzamento dell'esigenza per la stazione appaltante di assicurarsi, a monte, che coloro che partecipano alla gara dimostrino di poter essere nelle condizioni di svolgere determinate prestazioni richiedenti caratteristiche operative peculiari. Tale esigenza è tuttavia controbilanciata dal principio secon-

do cui il fatto di obbligare gli offerenti a soddisfare tutte le condizioni di esecuzione dell'appalto sin dalla presentazione della loro offerta costituisce un requisito eccessivo che, di conseguenza, rischia di dissuadere tali operatori dal partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti e, in tal modo, viola i principi di proporzionalità e di trasparenza.

Rileva il Collegio che la regolazione dei requisiti di esecuzione va rinvenuta nella *lex specialis*, con la conseguenza che, se richiesti come elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente, l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio; se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, la loro mancanza rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario (Cons. Stato, sez. V, 7 marzo 2022, n.1617).

Sebbene si tratti di distinzione in sé non del tutto perspicua (perché non ancorata a parametri oggettivi) e fonte di potenziali incertezze, la giurisprudenza si è dimostrata, nondimeno, propensa a valorizzarla in una più comprensiva prospettiva proconcorrenziale, legittimando (talora perfino in termini di riqualificazione delle condizioni di gara) la prospettiva disponibilità *in executivis* di requisiti di troppo onerosa (e, come tale, sproporzionata ed eccessivamente restrittiva) acquisizione preventiva (Cons. Stato, sez. V, 16 agosto 2022, n. 7137; id. 17 dicembre 2020, n. 8101; id., sez. V, 9 febbraio 2021, n. 1214).

Va ancora ricordato che, secondo un principio giurisprudenziale posto a salvaguardia dell'attendibilità delle offerte e della serietà della competizione, nonché dell'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, in caso di incertezza interpretativa va preferita una interpretazione delle clausole del bando nel senso che i mezzi e le dotazioni funzionali all'esecuzione del contratto, soprattutto quando valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica, devono essere individuati già al momento della presentazione dell'offerta, con un impegno del concorrente ad acquisirne la disponibilità, a carattere vincolante (Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090; id. 23 agosto 2019, n. 5806; id. 29 luglio 2019, n. 5308) ovvero compiutamente modulato dalla stazione appaltante quanto alla serietà ed alla modalità della sua assunzione o alle condizioni e ai termini di adempimento dell'obbligazione futura (Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2022, n. 722; id. 18 dicembre 2020, n. 8159)".

Nota a sentenza di Martina Scaffidi

La sentenza oggetto di disamina offre l'occasione alla terza sezione del Consiglio di Stato di approfondire i principi che regolano la distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione in materia di appalti pubblici.

La vicenda trae origine dalla proposizione di due distinti ricorsi, promossi da due imprese concorrenti nella medesima procedura di gara finalizzata alla conclusione di un Accordo Quadro con un solo operatore economico per l'affidamento di un complesso di servizi afferenti al recupero, smaltimento e diagnostica di spoglie animali.

La gara andava deserta a causa dell'esclusione di entrambe le concorrenti in sede di verifica del possesso dei requisiti di idoneità: causa di esclusione era la non indicazione, nell'offerta tecnica, del possesso di una sala settoria, che – ad avviso della stazione appaltante – costituiva requisito di partecipazione.

In particolare, l'impresa aggiudicataria in via provvisoria veniva esclusa per aver omesso

di rendere con il DGUE la dichiarazione di avvalimento e di produrre la documentazione richiesta dal Disciplinare di gara in caso di avvalimento. La seconda graduata, invece, veniva esclusa perché priva di un requisito di idoneità previsto dal Disciplinare di gara, ossia la registrazione o il riconoscimento della sala settoria ai sensi della normativa eurounitaria vigente (Regolamento CE n. 1069/2009).

Le due imprese escluse ricorrevano dunque al Tribunale Amministrativo Regionale per l'annullamento del processo verbale di verifica di idoneità, ma in entrambi i casi i giudici rigettavano i ricorsi.

In seguito le medesime concorrenti, con separato ricorso, promuovevano appello al Consiglio di Stato, che disponeva la riunione dei due procedimenti per motivi di connessione, riformando le pronunce del giudice di primo grado.

In primo luogo, il Consiglio di Stato sconfessa la tesi del RUP, avallata dal TAR, secondo cui le sale settorie rientrerebbero tra gli impianti e stabilimenti regolamentati ai sensi degli artt. 23 e 24 del Regolamento CE n. 1069 del 2009. In realtà le sale settorie sono da intendersi quali accessori "*per fini diagnostici*", attivabili tramite SCIA a prescindere dai regimi autorizzatori vigenti di matrice eurounitaria, pertanto trovano riconoscimento normativo non agli articoli 23 e 24 del Regolamento CE n. 1069 del 2009 bensì all'art. 17 del medesimo (cd. riconoscimento in deroga a fini di ricerca ed altri fini specifici).

Considerato quanto sopra, i giudici di appello ritengono di riqualificare il possesso della sala settoria quale requisito di esecuzione del contratto e non di partecipazione alla gara. La distinzione tra le due tipologie di requisiti si collega all'art. 100 del d.lgs. n. 50 del 2016 che, secondo il Consiglio di Stato, "*facoltizza le stazioni appaltanti a richiedere agli operatori concorrenti, in aggiunta al possesso dei "requisiti" e delle "capacità" oggetto di valutazione selettiva di cui all'art. 83, ulteriori "requisiti particolari"*". Giova evidenziare che l'avvento del nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023) non ha apportato sostanziali cambiamenti alla norma suddetta se non in termini di numerazione, in quanto l'art. 100 risulta oggi trasfuso integralmente nell'art. 113.

Il giudice amministrativo ha in più occasioni evidenziato che i requisiti di partecipazione alla gara sono richiesti ai concorrenti sin dal momento di presentazione dell'offerta, e consistono in requisiti generali di moralità e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione. I requisiti di esecuzione del contratto, invece, intervengono successivamente, all'atto della stipulazione del contratto di appalto, "*pur potendo essere considerati nella lex specialis come elementi dell'offerta, a volte essenziali, più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale*". (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2523; id., 30 settembre 2020, n. 5734).

Nel tentativo di fare chiarezza sul punto, è intervenuta la Corte di Giustizia UE, evidenziando che "*l'attrazione di una specifica capacità prestazionale nell'alveo dei requisiti di partecipazione, sebbene inerente stricto sensu alle concrete modalità di svolgimento della futura attività contrattuale, dunque dell'offerta, ben può essere giustificata dal rafforzamento dell'esigenza per la stazione appaltante di assicurarsi, a monte, che coloro che partecipano alla gara dimostrino di poter essere nelle condizioni di svolgere determinate prestazioni richiedenti caratteristiche operative peculiari. Tale esigenza è tuttavia controbilanciata dal principio secondo cui il fatto di obbligare gli offerenti a soddisfare tutte le condizioni di esecuzione dell'appalto sin dalla presentazione della loro offerta costituisce un requisito eccessivo che, di conseguenza, rischia di dissuadere tali operatori dal partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti e, in tal modo, viola i principi di proporzionalità e di trasparenza*" (cfr. CGUE, sez. I, 8 luglio 2021, n. 428).

Prosegue la Corte UE affermando che "*la regolazione dei requisiti di esecuzione va rinvenuta nella lex specialis, con la conseguenza che, se richiesti come elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di parteci-*

pazione alla gara comporta, rispettivamente, l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio; se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, la loro mancanza rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario".

In questo quadro di sostanziale incertezza circa l'ambito di operatività dei requisiti di esecuzione, la giurisprudenza nazionale ha accolto un'interpretazione proconcorrenziale "*legittimando (talora perfino in termini di riqualificazione delle condizioni di gara) la prospettiva disponibilità in executivis di requisiti di troppo onerosa (e, come tale, sproporzionata ed eccessivamente restrittiva) acquisizione preventiva*" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 agosto 2022, n. 7137; id., 9 febbraio 2021, n. 1214).

Inoltre, in considerazione dei dettami dei giudici sovranazionali, è opinione pressoché unanime che i requisiti di esecuzione debbano essere già sufficientemente dettagliati nella *lex specialis*, ovvero comunque adeguatamente modulati dalla stazione appaltante quanto a termini e condizioni di adempimento futuro (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090; id., 2 febbraio 2022, n. 722).

Applicando i suddetti principi alla causa in esame, il Consiglio di Stato si sofferma sull'interpretazione del bando di gara: in primo luogo, la *lex specialis* richiedeva alle imprese partecipanti la fornitura di una sala settoria ma non ne esigeva il possesso all'atto della presentazione della domanda, bensì soltanto al momento della stipula del contratto. D'altronde, osserva il Collegio, il capitolato di gara imponeva la fornitura della sala settoria alla "*ditta aggiudicatrice*" e non alla "*ditta concorrente*", lasciando ulteriormente intendere che l'obbligo scaturisse solo a seguito dell'aggiudicazione, nel momento di stipulazione del contratto.

In merito all'obbligo di registrazione della sala settoria in base al Regolamento CE 1069/2009, la Sezione specifica che la nozione "sala settoria" non rientra nel concetto di "stabilimento", né di "impianto", pertanto correttamente la fornitura va intesa quale requisito di esecuzione dell'appalto e non di partecipazione alla gara. Da tale asserto consegue la riammissione alla gara dell'impresa appellante seconda graduata.

Acclarato che il possesso della sala costituisca un requisito di esecuzione del contratto e non di partecipazione alla gara, il Consiglio di Stato prosegue rilevando che neppure l'assenza della dichiarazione di avvalimento è rilevante, giacché deve prevalere l'effettiva volontà negoziale dell'appellante, che dichiara di voler subappaltare l'attività producendo in giudizio il contratto già sottoscritto con la ditta subappaltatrice. Da quanto detto ne discende, ancora una volta, la riammissione alla gara dell'impresa aggiudicataria in via provvisoria.

Le superiori conclusioni obbligano il Collegio a pronunciarsi su un'ulteriore doglianza proposta dalla seconda graduata, che chiede l'esclusione dell'impresa prima classificata in quanto autrice di false dichiarazioni rese in sede di gara e carente dei requisiti di ordine generale, per aver un esponente aziendale riportato una serie di condanne penali. Sul punto, il Consiglio di Stato dichiara la questione inammissibile, in quanto la stazione appaltante ha escluso le concorrenti prima della verifica dei requisiti, pertanto l'esame nel merito della questione implicherebbe la sostituzione del Collegio alla stazione appaltante "*con evidente violazione del divieto per il giudice di esprimersi su poteri amministrativi non ancora esercitati*".

La valutazione della conformità ai CAM in sede di gara – effettuata dalla Commissione al fine verificare che l’offerta sia rispettosa della lex specialis e dei criteri ambientali – va distinta dal controllo successivo da effettuarsi in sede esecutiva, atteso che in tale ultima fase il rapporto tra stazione appaltante e impresa offerente si atteggia con una modalità prettamente privatistica e l’offerta assume a tutti gli effetti i caratteri tipici di una proposta di contratto irrevocabile

Argomento: Contratti pubblici

(Cons. di Stato, sez. III, 2 novembre 2023, n. 9398)

Stralcio a cura di *Rossella Bartiromo*

“[F]ondata è la censura attinente alla mancata dimostrazione della conformità delle attrezzature e macchinari offerti al decreto del Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 7 marzo 2012 (di seguito anche “decreto CAM”).

Osserva al riguardo preliminarmente la Sezione che, nell’ottica del perseguimento di obiettivi per uno sviluppo sostenibile, il legislatore ha introdotto principi immanenti al sistema delle procedure di evidenza pubblica, che ogni stazione appaltante ha l’obbligo di rispettare (Consiglio di Stato, Sezione III, n. 8773/2022).

L’articolo 34 del decreto legislativo 28 aprile 2016, n. 50, stabilisce quanto segue:

“1. Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l’inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare e conformemente, in riferimento all’acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto nell’articolo 144.

2. I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l’applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’articolo

95, comma 6. *Nel caso dei contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi di cui al comma 1, sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.*

3. *L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione*".

La Sezione ha già osservato che la *ratio* dell'intero impianto normativo risiede nel duplice obiettivo di consentire agli operatori economici di formulare un'offerta consapevole ed adeguata sulla base di tutti gli elementi, compresi i CAM, che la stazione appaltante deve mettere a disposizione, e di garantire, al contempo, che la norma di cui all'articolo 34 del codice dei contratti pubblici e l'istituto da essa disciplinato contribuiscano "a connotare l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica: in particolare, come affermato in dottrina, i cc.dd. green public procurements si connotano per essere un «segmento dell'economia circolare»" (Consiglio di Stato, Sezione III, 14 ottobre 2022, n. 8773), atteso che, come rilevato da questo Consiglio di Stato (Sezione V, 3 febbraio 2021, n. 972), le disposizioni in materia di C.A.M., "lungi dal risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti, come si desume plasticamente dal terzo comma dell'art. 34, il quale sancisce che "L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione" "e che "la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell'obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, "circolari" e nel diffondere l'occupazione "verde" " (Consiglio di Stato, Sezione V, 5 agosto 2022, n. 6934). [...]

La sentenza impugnata stabilisce che l'aggiudicataria ha rispettato i CAM, poiché le apparecchiature "sono ad alimentazione elettrica via cavo o a batteria; i relativi componenti sono tutti riciclabili, ad eccezione di alcune parti che, per la specifica funzione di uso, dovranno essere smaltite come rifiuti speciali."

Orbene, l'onere di dimostrare la compatibilità con i criteri ambientali è stato fissato come principio cardine dalla giurisprudenza, al quale si collega la clausola espulsiva (tra le tante, Consiglio di Stato, Sezione V, 26 aprile 2022, n. 3197).

Tuttavia, nel caso di specie, l'appellata ha sostenuto la conformità della propria offerta alla Direttiva Macchine, ma non ai CAM, atteso che i *depliant* prodotti non ne attestano la rispondenza, fermo restando che l'onere in capo al candidato doveva essere assolto in sede di gara e non in giudizio.

Va altresì osservato che il d.m. CAM non fa riferimento solo all'alimentazione elettrica ed all'impiego di materiali riciclabili, ma prevede altri criteri, secondo quanto previsto al seguente paragrafo 3 "Macchine":

"Le lavasciuga, le idropulitrici e le altre macchine per la pulizia eventualmente usate debbono essere ad alimentazione elettrica via cavo o a batteria, con uomo o senza uomo a bordo a seconda delle caratteristiche dei locali in cui i servizi devono essere resi e del tipo di sporco da trattare tipico dei locali di destinazione del servizio.

Tali macchine devono essere progettate e realizzate in modo tale da favorire la maggiore durata della loro vita utile ed il riciclaggio dei diversi materiali di cui sono composte a fine vita. I materiali devono essere tutti riciclabili, anche se alcune parti del macchinario, per la specifica funzione di uso, dovranno essere smaltiti come rifiuti speciali. I materiali diversi de-

vono essere facilmente separabili. Le parti soggette ad usura, danneggiamenti o malfunzionamenti devono essere rimovibili e sostituibili. Le parti in plastica devono essere marcate con la codifica della tipologia di polimero di cui sono composte in base alla DIN 7728 e 16780 e la UNI EN ISO 1043/1.

Le macchine eventualmente impiegate per le attività di pulizia devono essere munite di scheda tecnica redatta dal produttore che indichi denominazione sociale del produttore, la relativa sede legale e il luogo di fabbricazione del tipo e modello di macchina, le emissioni acustiche espresse in pressione sonora e se, nelle parti di plastica, sia usata plastica riciclata e in quale percentuale rispetto al peso della plastica complessivamente presente nella macchina.

In sede di esecuzione del contratto l'impresa aggiudicataria esecutrice del servizio rende disponibile in cantiere il manuale d'uso e manutenzione delle macchine che riporti le modalità operative previste nelle diverse tipologie di cantiere, le indicazioni per l'operatore per garantire l'utilizzo in sicurezza e per la rimozione dello sporco solido e/o liquido a fine lavoro, la descrizione delle operazioni di pulizia della macchina e le attività previste per il ripristino delle parti soggette ad usura e le informazioni su come reperire la documentazione per il corretto disassemblaggio della macchina a fine vita per avviare i componenti all'attività di riciclaggio e smaltimento da parte del personale tecnico addetto alle attività di manutenzione straordinaria.

L'impresa aggiudicataria esecutrice del servizio effettua inoltre le manutenzioni delle macchine come suggerito dal produttore al fine di garantirne la massima durata ed efficienza in uso e deve tenere aggiornato e a disposizione anche del Direttore dell'esecuzione del contratto, un registro delle manutenzioni siglato dal soggetto autorizzato alle manutenzioni.” [...]

Ora, alla luce delle disposizioni appena citate, deve distinguersi la valutazione della compatibilità ai CAM dell'offerta da compiere in sede di gara dal controllo successivo affidato dall'ultimo comma del paragrafo in questione, a mente del quale, dopo che l'offerente avrà dichiarato se “*si intenderà o meno far uso di macchine ed, in caso affermativo, indicare il numero ed il tipo di macchine che si intendono impiegare, la denominazione sociale del produttore, il relativo modello ed allegare le schede tecniche o altra documentazione tecnica da cui si possa evincere la conformità al criterio ambientale*”, è previsto che “*la conformità a quanto previsto nel criterio ambientale relativo alle macchine è verificata anche in sede di esecuzione contrattuale.*”

La verifica della effettiva erogazione della fornitura o servizio rispetto a quanto offerto in sede di gara, che il decreto ministeriale affida *anche* alla sede esecutiva del contratto stipulato tra l'operatore economico e la stazione appaltante a valle della procedura di evidenza pubblica, non consente di escludere, ma, anzi, di ritenere obbligato il controllo della conformità delle attrezzature ai CAM già nell'ambito delle attività di valutazione delle offerte.

In altri termini, le due fasi rispondono a criteri diversi.

In sede di gara, la valutazione della conformità ai CAM deve essere effettuata dalla Commissione per verificare che l'offerta sia rispettosa della *lex specialis* e dei criteri ambientali, in ossequio al principio di *par condicio* dei partecipanti.

Diverso e ulteriore (ed eventuale) è il profilo del controllo in sede esecutiva di quanto dichiarato dal soggetto aggiudicatario, atteso che in quella fase il rapporto tra stazione appaltante e impresa offerente si atteggia con una modalità prettamente privatistica e paritetica tra le parti, rispetto alla quale l'ordinamento appronta in favore dell'Amministrazione strumenti civilistici (diffida ad adempiere, risoluzione in danno) nel caso in cui il contraente sia inadempiente agli obblighi assunti con la propria offerta, che assume a tutti gli effetti i caratteri tipici di una proposta di contratto irrevocabile”.

Nota a sentenza di Roberto Germani

Con sentenza n. 9398 del 2 novembre 2023, il Consiglio di Stato si è pronunciato: a) sul tema della conformità ai criteri CAM dell'offerta dei partecipanti alla gara pubblica; b) sull'esecuzione dei controlli del rispetto dei CAM stessi che la stazione appaltante deve porre in essere.

La controversia era stata introdotta in primo grado dinnanzi al TAR Lazio-Roma dalla concorrente seconda classificata in una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di pulizia e dei servizi di sanificazione su richiesta degli uffici dell'Agenzia Italiana del Farmaco-AIFA.

La ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione in favore della prima classificata e gli atti presupposti, lamentando l'inammissibilità dell'offerta della prima classificata per mancato rispetto del numero minimo dei macchinari richiesto e per l'asserita loro non conformità ai CAM.

Con sentenza 6 giugno 2023, 9488, il T.A.R. territoriale ha respinto il ricorso principale e i motivi aggiunti ritenendo che i macchinari offerti dall'aggiudicataria fossero corrispondenti nel numero alla dotazione richiesta nella *lex specialis* e che tutte le attrezzature offerte rispettassero i criteri CAM, come risultante dalle schede tecniche e dai manuali d'uso dei beni offerti, rimandando la verifica alla successiva fase di esecuzione del contratto.

Con ricorso in appello, la seconda classificata ha impugnato la citata sentenza 9488/2023 dichiarandola erronea da tre punti di vista: a) mancato rispetto da parte dell'aggiudicataria del numero minimo delle apparecchiature richiesto a pena di esclusione dalla gara; b) mancata dimostrazione della conformità ai CAM dei macchinari offerti ed alla violazione del principio di unicità dell'offerta. Focalizzandosi sulle *quaestiones iuris* principali sottese alla vicenda fattuale, il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso.

In particolar modo, appare interessante, data la portata innovativa ed i risvolti pratici che ne conseguono sia per le P.A. procedenti che per gli operatori economici, la disamina giuridica e normativa del Consiglio di Stato in merito al rispetto dei criteri CAM all'interno delle gare pubbliche e gli obblighi che ne derivano in capo all'Amministrazione procedente.

Preliminarmente, occorre ricordare che nell'ottica del perseguimento di obiettivi per uno sviluppo sostenibile, il legislatore ha introdotto principi immanenti al sistema delle procedure di evidenza pubblica, che ogni stazione appaltante ha l'obbligo di rispettare. In particolar modo l'art 34 del d.lgs. 28 aprile 2016 n. 50 (ratione temporis applicabile), stabilisce quanto segue:

1. Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, ((anche)) a quanto specificamente previsto all'articolo 144.

2. I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6. Nel caso di contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi di cui al comma 1, sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

3. L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione.

Nella sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha avuto modo di ribadire alcuni propri precedenti orientamenti, osservando, ad esempio, che la ratio dell'intero impianto normativo di cui sopra risiede nel duplice obiettivo: a) di consentire da una parte agli operatori economici di formulare una offerta consapevole ed adeguata sulla base di tutti gli elementi, compresi i CAM; b) di connotare l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica. Ciò in quanto i cc.dd. *green public procurements* si connotano per essere un "segmento dell'economia circolare" (Consiglio di Stato, Sezione III, 14 ottobre 2022, n. 8773) atteso che le disposizioni in materia di CAM, "lungi da risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti, come si desume plasticamente dal terzo comma dell'art 34, il quale sancisce che "l'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione" e che "la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell'obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, circolari e nel diffondere l'occupazione verde" (Consiglio di Stato, Sezione V, 5 agosto 2022, n. 6934).

Partendo da tali premesse, il Consiglio di Stato ha riformato la decisione del TAR accogliendo il ricorso.

In prima battuta, il Giudice di seconde cure ha rilevato l'erroneità della sentenza del T.A.R. nella parte in cui ha ritenuto che il compimento delle verifiche sulla conformità delle attrezzature ai CAM dovesse essere demandato alla sola fase di esecuzione del contratto. Invero, tale tipologia di controlli deve essere svolta obbligatoriamente già nell'ambito delle valutazioni delle offerte. In altri termini, si possono distinguere due fasi: la fase di gara e la fase esecutiva del contratto che rispondono a criteri diversi.

Come giustamente ha ribadito il Consiglio di Stato "In sede di gara, la valutazione della conformità ai CAM deve essere effettuata dalla commissione per verificare che l'offerta sia rispettosa della *lex specialis* e dei criteri ambientali, in ossequio al principio di par condicio dei partecipanti.

Diverso ed ulteriore (ed eventuale) è il profilo del controllo in sede esecutiva di quanto dichiarato dal soggetto aggiudicatario, atteso che in quella fase il rapporto tra stazione appaltante e impresa offerente si atteggia con una modalità prettamente privatistica e paritetica tra le parti, rispetto alla quale l'ordinamento appronta in favore dell'Amministrazione strumenti civilistici (diffida ad adempiere, risoluzione in danno) nel caso in cui il contraente sia inadempiente agli obblighi assunti con la propria offerta, che assume a tutti gli effetti i caratteri tipici di una proposta di contratto irrevocabile".

Partendo da questo ragionamento, il Consiglio di Stato ha verificato se nel caso concreto le attrezzature proposte in sede di gara erano rispondenti ai CAM e se rispettavano il numero minimo richiesto dal bando.

Il Giudice amministrativo ha riscontrato la mancanza dell'attestazione di conformità da parte del produttore per una lavasciuga e il mancato rispetto del numero minimo dei macchinari richiesti, ritenendo fondato il ricorso del concorrente secondo classificato e dichiarando l'inefficacia del contratto stipulato dalla Amministrazione appaltante con l'operatore economico primo classificato disponendo il subentro in favore del secondo classificato.

In conclusione, tale sentenza va a ribadire l'assoluta centralità del rispetto della conformità ai CAM delle offerte predisposte dai partecipanti alle gare pubbliche e che detti criteri am-

bientali minimi rappresentano per le stazioni appaltanti degli obblighi cogenti da rispettare già in sede di predisposizione del bando di gara per poi proseguire successivamente con l'obbligo di controllarne il rispetto sia in sede di gara che in sede di esecuzione del contratto.

Appare opportuno inoltre osservare che, a seguito delle modifiche normative intervenute in materia di appalti pubblici verdi con l'approvazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36), è stato predisposto un nuovo Piano d'Azione Nazionale per la sostenibilità dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (c.d. PAN GPP) con il quale è stata ribadita l'importanza e l'obbligatorietà di rispetto dei CAM, tanto da prevedere la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere livelli prestazionali più elevati di quelli indicati nei decreti CAM e di inserire clausole ambientali anche in categorie di appalto non ancora oggetto di CAM.

Ove l'amministrazione dichiara di non detenere un documento non è possibile l'esercizio dell'accesso agli atti per inesistenza del suo oggetto, gravando semmai sull'istante l'onere di provare – anche con presunzioni, ma mai mere supposizioni – l'esistenza dei documenti richiesti

Argomento: Accesso agli atti

(Cons. di Stato, sez. V, 8 novembre 2023, n. 9622)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“L'appellante sostiene di avere richiesto al Comune [...] documenti. Con la nota di diniego parziale impugnata in primo grado, il Comune:

- a) ha rilasciato i documenti nn. 7 e 8;
- b) ha attestato che non esistevano i documenti nn. 3 e 9 (atti di impegno finanziario [...]);
- c) ha indicato che tutti gli altri documenti richiesti avrebbero dovuto essere specificati [...].

7.1. Sostiene poi che tale nota, impugnata in primo grado, sarebbe illegittima, in quanto:

- a) avrebbe attestato – in modo difforme dalla realtà – che non esistevano i documenti nn. 3 e 9 (atti di impegno finanziario [...]);[...]

7.2. Espone ancora l'appellante di avere, nel giudizio di primo grado, dimostrato la sussistenza di impegni finanziari assunti dal Comune [...] Le risultanze documentali dimostrerebbero l'esistenza di stanziamenti dedicati [...]

7.3. A fronte di tali prove (o quantomeno indizi gravi, precisi e concordanti), relative alla sussistenza di tali impegni finanziari e della esistenza della relativa documentazione, il TAR non avrebbe dovuto riconoscere valore di prova contraria alla semplice dichiarazione di inesistenza degli stessi da parte del Comune, ma avrebbe dovuto riconoscere l'inattendibilità della stessa, in quanto priva di ogni dimostrazione e non sorretta neanche da alcuna indicazione dell'avvenuta ricerca diligente di tale documentazione, come, invece, imposto dalla giurisprudenza in casi analoghi (l'appellante cita diversi precedenti giurisprudenziali a sostegno della propria tesi). [...]

9. Le contestazioni che l'appellante muove alla sentenza sono infondate.

10. Non esiste alcun diniego sulla domanda di accesso agli atti che, quanto a quelli esistenti, è stata accolta.

11. Il diritto di accesso trova un limite materiale e giuridico nella disponibilità che l'Amministrazione abbia della documentazione di cui si chiede l'ostensione.

La possibilità di acquisire i documenti, com'è ovvio, postula la materiale detenzione dell'Amministrazione cui è rivolta l'istanza. Tale presupposto va acquisito in termini di fatto costitutivo della pretesa ostensiva, pertanto, la sua dimostrazione grava sulla parte che intenda

far valere il diritto, la quale può assolvervi anche attraverso presunzioni ovvero in via indiziaria ma non tramite mere supposizioni.

12. In assenza di prova della effettiva esistenza e disponibilità della documentazione richiesta, non è possibile ingiungere a un'amministrazione di consentire l'accesso ad alcunché, perché si tratterebbe di ordine che risulterebbe per definizione insuscettibile di essere eseguito. [...]

14. Ove l'amministrazione dichiara di non detenere il documento, assumendosi la responsabilità della veridicità della sua affermazione, non sarà possibile l'esercizio dell'accesso. Al cospetto di una dichiarazione espressa dell'amministrazione di inesistenza di un determinato atto, non vi sono margini per ordinare l'accesso, rischiandosi altrimenti una statuizione impossibile da eseguire per mancanza del suo oggetto, che si profilerebbe, dunque, come *inutiliter data* (Consiglio di Stato sez. IV, 27 marzo 2020, n. 2142).

15. La richiesta dell'appellante si risolve nell'auspicare l'ostensione di atti non esistenti o di cui si asserisce l'esistenza sulla base di inferenze. [...]

16. Anche nella [...] memoria si afferma apoditticamente l'esistenza di atti, così come altrettanto apoditticamente si afferma l'inattendibilità del Comune, senza soffermarsi su una circostanza lampante e cioè che la richiesta di accesso era, peraltro, del tutto generica.

16. Come già precisato, il diritto di accesso ha ad oggetto documenti formati e quindi venuti ad esistenza che si trovino nella certa disponibilità dell'Amministrazione, non potendo l'esercizio di tale diritto o l'ordine di esibizione impartito dal giudice, alla luce del principio generale per cui "*ad impossibilia nemo tenetur*" e per evidenti ragioni di buon senso, riguardare documenti non più esistenti o mai formati; laddove infatti l'esistenza del documento sia incerta o solo eventuale o ancora di là da venire, l'azione di accesso agli atti non può essere ritenuta ammissibile (Consiglio di Stato sez. V, 7 ottobre 2021, n. 6713).

17. L'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto fatti negativi, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo; tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo (cfr. Cass. Civ. 9 giugno 2008, n. 15162). Dimostrazione che qui non sussiste. [...]"

L'accesso civico generalizzato, elevato oggi a diritto democratico fondamentale, pur non richiedendo la dimostrazione di un interesse diretto, concreto e attuale, incontra un limite nelle cause ostative di cui all'articolo 5-bis, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

Argomento: Accesso agli atti

(Cons. di Stato, sez. IV, 16 novembre 2023, n. 9849)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“Con un primo mezzo di gravame, la parte appellante adduce l'erroneità della sentenza impugnata per aver ritenuto che i documenti richiesti rientrerebbero tra i casi di eccezione assoluta all'accesso, in virtù del richiamo che l'art. 5 *bis*, c.3, d.lgs. 33/13, fa ai limiti all'accesso documentale, e segnatamente all'art. 24 c. 1 e 2 e ai regolamenti ivi richiamati [...]. Ad avviso dell'appellante, l'illegittimità del provvedimento di diniego discenderebbe dalla considerazione per cui i limiti previsti per l'accesso documentale, in quanto posti a presidio di interessi diversi da quelli che presidiando l'accesso civico generalizzato, non potrebbero essere richiamati ed applicati per analogia soprattutto laddove introducano limitazioni all'accesso sottratte alla riserva di legge. In tale ordine di idee, i limiti all'accesso documentale dovrebbero essere coordinati, contestualizzati e adattati alle finalità che ispirano il nuovo istituto dell'accesso civico generalizzato, rispetto al quale occorrerebbe sempre supportare il provvedimento che nega l'accesso con un preciso obbligo motivazionale. A sostegno di questa conclusione la parte appellante evidenzia che il diritto di accesso alle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni è stato qualificato dalla Corte EDU come diritto fondamentale protetto dall'art. 10, par. 1, CEDU, in quanto specifica manifestazione della libertà di informazione. Rileva, a tal riguardo, l'appellante che dalle Linee guida ANAC, dalla Circolare FOIA 2/2017 e dalla riserva di legge contenuta nell'art. 10 CEDU, discenderebbe che le pubbliche amministrazioni, nel definire le modalità concrete di esercizio del diritto, possono disciplinare esclusivamente i profili procedurali e organizzativi di carattere interno, ma non possono incidere negativamente sull'estensione del diritto. Di qui la necessità di interpretare *cum grano salis* il rinvio che l'art. 5-bis, co. 3 del decreto opera all'art. 24, co. 1 e 2 della l. 241/1990, in tema di esclusione del diritto di accesso.

Con un secondo mezzo di gravame, la parte appellante lamenta l'omessa pronuncia, da parte della sentenza impugnata, sul motivo del ricorso di primo grado tendente a conseguire l'annullamento [...] del decreto ministeriale [...] recante la disciplina delle categorie di documenti sottratti al diritto di accesso per genericità. [...] Il predetto decreto ministeriale, ad avviso della parte appellante, non potrebbe essere utilizzato “per integrare la categoria dei li-

miti assoluti di cui all'art. 5 bis comma 3 D.Lgs 33/2013", in rapporto al quale poteva essere utilizzato, semmai, solo come "indicatore o parametro di valutazione nella motivazione da svolgere nell'ambito della applicazione dei limiti relativi di cui all'art. 5 bis c. 1 e 2 D.Lgs. 33/2013."

Con un terzo mezzo di gravame, la parte appellante deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 5 bis c. 1 e 2, d.lgs. 33/2013 ed il vizio di sproporzione anche per la mancata valutazione di una concessione dell'accesso soltanto parziale. A giudizio dell'appellante, dal tenore letterale della rubrica dell'art. 2 del citato DM, recante "Categorie di documenti inaccessibili per motivi attinenti alla sicurezza, alla difesa nazionale ed alle relazioni internazionali" si ricaverebbe la possibilità della concessione di un accesso parziale. Ciò in quanto tale locuzione ricalcherebbe il dettato dell'art. 5 bis, co. 1, d.lgs. 33/2013, sostanzialmente richiamando gli interessi la cui tutela può giustificare l'invocazione di un limite relativo.

Ne discenderebbe che, in sede di rigetto, l'amministrazione convenuta avrebbe dovuto motivare in ordine alla mancata concessione di un accesso parziale. [...]

Ciò premesso, il Collegio ritiene necessario ricostruire brevemente il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento. [...]

Non vi è alcun dubbio in ordine al fatto che l'accesso civico generalizzato costituisca un diritto fondamentale che contribuisce al miglior soddisfacimento degli altri diritti fondamentali che l'ordinamento giuridico riconosce alla persona.

La natura fondamentale del diritto di accesso generalizzato rinviene, infatti, fondamento, oltre che nella Carta costituzionale (artt. 1, 2, 97 e 117) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 42) anche nell'art. 10 della CEDU, in quanto la libertà di espressione include la libertà di ricevere informazioni e le eventuali limitazioni, per tutelare altri interessi pubblici e privati in conflitto, sono solo quelle previste dal legislatore, risultando la disciplina delle eccezioni coperta da riserva di legge.

Il Collegio parimenti non dubita del fatto che l'accesso civico generalizzato si traduce nel diritto della persona a ricercare informazioni, quale diritto che consente la partecipazione al dibattito pubblico e di conoscere i dati e le decisioni delle amministrazioni al fine di rendere possibile quel controllo "democratico" che l'istituto intendere perseguire.

La conoscenza dei documenti, dei dati e delle informazioni amministrative consente, infatti, la partecipazione alla vita di una comunità, la vicinanza tra governanti e governati, il consapevole processo di responsabilizzazione (*accountability*) della classe politica e dirigente del Paese.

Ai fini dell'accesso civico generalizzato, inoltre, non occorre verificare, così come per l'accesso documentale, la legittimazione dell'accedente, né è necessario che la richiesta di accesso sia supportata da idonea motivazione.

L'accesso civico "generalizzato", infatti, consente a "chiunque" di visionare ed estrarre copia cartacea o informatica di atti "ulteriori" rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria (articolo 5, comma 2, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33).

Per effetto dell'adesione dell'ordinamento al modello di conoscibilità generalizzata delle informazioni amministrative proprio dei cosiddetti sistemi FOIA (*Freedom of information act*), l'interesse conoscitivo del richiedente è elevato al rango di un diritto fondamentale (cosiddetto "*right to know*"), non altrimenti limitabile se non in ragione di contrastanti esigenze di riservatezza espressamente individuate dalla legge.

Ciò premesso, la disciplina delle preclusioni all'esercizio del diritto di accesso civico "generalizzato" si ricava dall'articolo 5-bis, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, le cui disposizioni contemplano un duplice ordine di cause ostative all'accoglimento dell'istanza di ostensione.

Alla stregua di tale disposizione, l'amministrazione può negare la divulgazione dei documenti richiesti ove tale misura limitativa risulti necessaria per evitare un pregiudizio concreto

alla tutela degli interessi pubblici e privati rispettivamente enumerati dai commi 1 e 2 del citato articolo 5-*bis*.

L'accesso civico "generalizzato" è, invece, escluso in termini assoluti "*nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1 della legge n. 241 del 1990*" (comma 3).

A tal riguardo, occorre evidenziare che la disciplina delle nuove forme di trasparenza amministrativa differisce significativamente rispetto all'ordinario regime di ostensione documentale previsto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241. Ed invero, l'accesso civico "semplice" e "generalizzato", pur consentendo l'ostensione dei documenti richiesti a prescindere dalla dimostrazione di un interesse diretto, concreto e attuale, incontra un limite non superabile nelle cause ostative enucleate dall'articolo 5-*bis*, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

Viceversa, le norme sull'accesso esoprocedimentale esigono la titolarità di una situazione giuridica legittimante, ma sanciscono la prevalenza dell'interesse conoscitivo "difensivo" nel conflitto con le contrastanti esigenze di riservatezza.

Ne deriva che, contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante, all'ampliamento (rispetto all'accesso documentale) della platea dei soggetti che possono avvalersi dell'accesso civico generalizzato corrisponde un maggior rigore normativo nella previsione delle eccezioni poste a tutela dei contro-interessi pubblici e privati (rispetto a quanto si prevede con riferimento all'accesso documentale).

Sulla base delle considerazioni che precedono va respinto anche il motivo di appello finalizzato a censurare, sotto il profilo del difetto di proporzione, la mancata concessione dell'accesso parziale.

La lettera della disposizione di cui al comma 3 del citato d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, e l'evidenziata ratio sottesa all'istituto dell'accesso civico generalizzato non attribuiscono all'amministrazione, in sede di esame della richiesta di accesso, alcun potere valutativo suscettibile di estrinsecarsi nella fissazione di un limite modale. Né, contrariamente a quanto opinato dalla parte appellante, tale regola, nel richiamare i limiti di cui all'art. 24 comma 1, l. n. 241 del 1990, viola il principio di legalità.

In senso contrario va evidenziato che, ai sensi dell'art. 24 comma 2, l. n. 241 del 1990, le pubbliche amministrazioni sono tenute a individuare le categorie di atti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma I.

Ne discende che alle pubbliche amministrazioni è demandato non un potere discrezionale illimitato nella individuazione delle categorie di documenti inaccessibili, ma un potere che può essere esercitato in relazione ai "soli" casi di esclusione previsti dal precedente comma 1. Trattasi, pertanto, di una discrezionalità limitata, e quindi coerente con il principio di legalità (nella sua duplice dimensione. legalità-indirizzo e legalità-garanzia)

Ferma restando la sufficienza delle argomentazioni sopra svolte ai fini del rigetto dell'appello, il Collegio rileva altresì che appaiono destituite di fondamento anche le censure articolate dalla parte appellante in relazione alla assenza di motivazione del diniego sul piano della chiara esplicazione del pregiudizio concreto all'interesse pubblico che deriverebbe dalla esibizione dell'Accordo di collaborazione in oggetto.

Come correttamente rilevato dal giudice di prime cure, le stesse linee guida dell'ANAC, invocate dal ricorrente, evidenziano la natura di eccezioni assolute da riferire alle situazioni di cui al citato co. 3 dell'art. 5 bis, le quali non richiedono l'esplicitazione di ulteriori motivazioni nel caso di negato accesso, atteso che "possono verificarsi circostanze in cui potrebbe essere pregiudizievole dell'interesse coinvolto imporre all'amministrazione anche solo di confermare o negare di essere in possesso di alcuni dati o informazioni" (si consideri ad esempio il

caso di informazioni su indagini in corso). In tali ipotesi, di stretta interpretazione, se si dovesse pretendere una puntuale specificazione delle ragioni del diniego, l'amministrazione potrebbe disvelare, in tutto o in parte, proprio informazioni e dati che la normativa ha escluso o limitato dall'accesso, per tutelarne la riservatezza (pubblica o privata)." (Linee Guida ANAC). [...]".

Nota a sentenza di Ginevra Gelsomini

La questione esaminata dal Consiglio di Stato con la sentenza in commento origina da un ricorso *ex art.* 116 c.p.a. promosso dal direttore di una rivista avverso il provvedimento di diniego adottato da una Agenzia pubblica con cui si negava l'ostensione di un documento ai sensi degli artt. 5 *bis*, comma 1, lettere a), b) e c) del D.Lgs. n. 33 2013 e del Decreto del Ministero dell'Interno del 16.3.2022, emanato in attuazione dell'art. 24 comma 1 l. 241 del 1990.

In particolare, il documento di cui si chiedeva l'ostensione attraverso l'istituto dell'accesso civico generalizzato consisteva in un accordo di collaborazione stipulato tra la stessa Agenzia resistente e un ufficio centrale di un dicastero che, almeno secondo quanto motivato dal provvedimento di diniego, non poteva essere osteso per due ordini di ragioni.

Come prima ragione, per il potenziale pregiudizio concreto che ne sarebbe derivato alla sicurezza pubblica, all'ordine pubblico nonché alla difesa e alle questioni militari nonché alle relazioni internazionali (limite espressamente sancito all'art. 5 *bis* lett. a), c) e d)).

La seconda ragione trovava invece appiglio normativo nel Decreto del Ministero dell'Interno del 16.3.2022 che, all'art. 2 comma 1 lett. d), in attuazione dell'art. 21 della legge 241/1990, individua espressamente come sottratti all'accesso tutti i documenti relativi agli accordi intergovernativi di cooperazione, anche quelli afferenti alla gestione delle frontiere e dell'immigrazione.

Sia il TAR Lazio in primo grado che, in sede di gravame, il Consiglio di Stato, confermato che ciascuno dei motivi enucleati dalla PA nel provvedimento impugnato "*costituisce una ragione di per sé idonea a giustificare la deliberazione del diniego*", approfondendo, in tale sede, la natura dei limiti che l'ordinamento oppone all'esercizio dell'accesso in generale e, in particolare, all'esercizio dell'accesso civico generalizzato.

Al fine di comprendere il percorso motivazionale del giudice del gravame, preme *in limine* evidenziare le peculiarità del diritto di accesso, qualificato dalla dottrina come *istituto proteiforme* in quanto suscettibile di essere distinto in differenti tipologie quanto a fondamento, legittimazione e limiti opponibili al suo esercizio.

La forma di accesso che storicamente ha segnato un primo passo verso la trasparenza dell'azione amministrativa è il c.d. accesso documentale, che trova il proprio riconoscimento agli articoli 21 e seguenti della L. 241 del 1990 e consiste nel diritto degli interessati a prendere visione di documenti amministrativi al fine di soddisfare un interesse giuridicamente protetto.

Il controllo dell'attività amministrativa è subordinato in questo caso al principio del *need to know*, dunque al bisogno di conoscere per garantire tutela (e soddisfazione) a un interesse ulteriore, concretamente collegato alle esigenze specifiche del richiedente e, come tale, non emulativo e non riconducibile a mera curiosità, oltreché, segnatamente, riferibile al ricorrente in quanto titolare di una posizione soggettiva giuridicamente rilevante e qualificata dall'ordinamento come meritevole di tutela.

Pertanto, l'accesso documentale non appare ammissibile laddove l'istanza del privato sia preordinata ad una generalizzata, e non consentita, forma di controllo dell'attività amministrativa fondata sul generico interesse al buon andamento dell'operato della PA.

Tale principio, affermato più volte dalla giurisprudenza, è stato poi codificato in sede di riforma della legge 241/1990, nell'art. 24 comma 3, come modificato dalla legge n. 15/2005, ivi specificandosi che “*non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni*”.

Dunque, legittimato alla richiesta ostensiva non è il *quisque de populo*, ma, appunto, soltanto il privato titolare dell'interesse strumentale o, come recita l'art. 22 della legge 241/1990, i soggetti portatori di interessi pubblici diffusi.

L'esistenza di un interesse strumentale costituisce condizione necessaria ma non ancora sufficiente per ottenere l'ostensione della documentazione amministrativa.

Come ha osservato la giurisprudenza amministrativa e la stessa sentenza in commento, la PA può rigettare l'istanza laddove motivi circa l'esistenza di limiti previsti dalla legge che impediscano l'ostensione del documento richiesto.

A tal proposito, preme evidenziare che l'accesso agli atti può essere precluso soltanto nelle ipotesi previste da specifiche previsioni di legge; ciò in forza del principio di legalità che permea tutta l'azione amministrativa.

La legge n. 241/1990, difatti, da un lato, al comma primo dell'art. 24, individua limiti tassativi oggettivi, che vincolano il potere della PA e sono finalizzati alla salvaguardia di interessi pubblici fondamentali e prioritari rispetto al generale interesse alla conoscenza dei documenti; dall'altro lato, al comma 6 del medesimo articolo, rimette al Governo, per il tramite dell'esercizio del potere regolamentare, la previsione di casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi al fine di salvaguardare esigenze ulteriori.

La seconda forma di accesso, denominata accesso civico, integra una ipotesi di ostensione dei documenti e dei dati pubblici equivalente a quella che nei sistemi anglosassoni viene normata dai *Freedom of Information Act*. Questa nuova tipologia di accesso è stata introdotta dal D.Lgs 33/2013 con la finalità di implementare il valore della trasparenza amministrativa nella misura in cui prevede che chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridiche rilevanti, possa accedere a tutti i dati e documenti detenuti dalla pubblica amministrazione compatibilmente con residuali limiti previsti dalla legge.

Preme evidenziare che il D.Lgs. 33/2013 distingue due tipologie di accesso civico: l'accesso civico “semplice” di cui all'art. 5 comma 1, che consente di acquisire i documenti oggetto di specifici obblighi di pubblicazione, e l'accesso civico “generalizzato” introdotto dal D.Lgs. n. 97/2016 il quale affianca ad una trasparenza di tipo *proattivo* basata su preesistenti obblighi di pubblicazione, una trasparenza di tipo *reattivo*, ossia in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati. L'art. 5 comma 2 D.Lgs. 33/2013, difatti, ha il pregio di consentire l'ostensione anche di quei dati e documenti per i quali non esiste un previo obbligo di pubblicazione e che l'amministrazione è tenuta a disvelare a fronte dell'istanza di qualunque privato.

Ne consegue che la *disclosure*, a differenza dell'accesso documentale, non è più limitata a quelle informazioni riguardo alle quali il richiedente sia titolare di un interesse specifico e qualificato, diretto, concreto, attuale, idoneo a motivare la sua istanza di accesso. È riconosciuto al cittadino un vero e proprio diritto alla richiesta di atti inerenti alle pubbliche amministrazioni, a qualunque fine, senza necessità di motivazioni. Tanto che illustre dottrina e la stessa sentenza in commento evidenziano come l'istituto dell'accesso civico generalizzato risponda alla logica del *right to know* (diritto di conoscere) attuando il diritto fondamentale di essere informati e, pertanto, trovi il proprio fondamento non solo nella Carta Costituzionale, ma altresì nella carta di Nizza e nella stessa CEDU e, in particolare, nell'art. 10 in quanto “*la*

libertà di espressione include la libertà di ricevere informazioni” la cui ricerca è funzionale a consentire “*la partecipazione al dibattito pubblico*” e cioè a “*rendere possibile quel controllo “democratico” che l’istituto intendere perseguire. La conoscenza dei documenti, dei dati e delle informazioni amministrative consente, infatti, la partecipazione alla vita di una comunità, la vicinanza tra governanti e governati, il consapevole processo di responsabilizzazione (accountability) della classe politica e dirigente del Paese*”.

L’ampia legittimazione (“*chiunque può accedere*”) e l’ampio oggetto (qualsiasi documento o informazione comunque detenuta dall’amministrazione, quindi eventualmente anche informazioni che non siano cristallizzate in documenti in senso proprio) dell’accesso civico generalizzato se, da un lato, realizza la più vasta partecipazione alla vita amministrativa, dall’altro, impone l’individuazione di limiti più stringenti rispetto all’accesso procedimentale, proprio per prevenire potenziali pregiudizi collaterali ai sottesi interessi pubblici e privati complicati dall’attività amministrativa ispezionata mediante l’accesso medesimo.

In particolare, l’art. 5 *bis* del D.Lgs. 33/2013 prescrive limiti rimessi ad un bilanciamento in concreto da parte dell’Amministrazione. Quest’ultimo è, appunto, tenuta a valutare caso per caso l’interesse che reputa prevalente soppesando, da un lato, l’interesse alla trasparenza amministrativa e, dall’altro, l’interesse alla segretezza pubblica di cui al primo comma ovvero alla riservatezza dei privati (in particolare, la protezione dei dati personali e gli interessi commerciali).

Il legislatore utilizza un’espressione stringente: l’accesso è negato se *il diniego è necessario*, in forza di una scelta in concreto rimessa alla pubblica amministrazione, chiamata a stabilire se di volta in volta i presupposti previsti dal legislatore.

Il comma 3 dell’art. 5 *bis* individua, invero, limiti assoluti al diritto di accesso, ovvero ipotesi al ricorrere delle quali l’ostensione dei documenti deve essere esclusa in forza di una valutazione *ex ante* predeterminata dal legislatore che individua il punto di equilibrio tra esigenze di trasparenza e interessi pubblici confliggenti. La norma dispone che l’accesso è *escluso* (quindi lo è tassativamente senza possibilità adoperare una comparazione da parte della PA) nei casi di segreto di Stato e nei casi in cui la legge, in determinate materie, imponga particolari condizioni modalità o limiti comprese quelle di cui all’art. 24 co. 1 della legge 241 del 90.

Alla luce di quanto esposto emerge come i limiti sanciti in materia di accesso civico abbiano una doppia anima: sono discrezionali e facoltativi se ricorrono le ipotesi di cui ai primi due commi, sono, invero, assoluti e vincolanti per la PA al ricorrere delle ipotesi di cui al terzo comma del medesimo articolo, ove si richiamano le prescrizioni tassative disciplinate dall’art. 24 legge 241 del 1990.

Ebbene, nel caso esaminato dal Consiglio di Stato, il direttore della rivista, parte ricorrente, con il primo motivo di ricorso, lamentava l’erroneità della sentenza impugnata “*per aver ritenuto che i documenti richiesti rientrerebbero tra i casi di eccezione assoluta del diritto di accesso in virtù del richiamo che l’art. 5 bis comma 3 del dlgs. 33/2013 fa ai limiti dell’accesso documentale, segnatamente, all’art. 24 comma 1 e due e ai regolamenti ivi richiamati*” e, in particolare, adduceva l’impossibilità per l’amministrazione di estendere analogicamente i limiti previsti per tale forma di accesso all’accesso civico generalizzato, poiché posti a presidio di interessi diversi.

Il ricorrente sosteneva, ancora, che tali limiti avrebbero dovuti essere adattati alla natura maggiormente partecipativa della nuova forma di accesso e che la loro opposizione da parte della PA avrebbe avuto l’esito di incidere negativamente sull’estensione di un diritto fondamentale protetto dall’art. 10 CEDU, quale appunto il diritto di essere informati. Di qui “*la necessità di interpretare cum grano salis il rinvio dell’art 5 bis comma 3 (...) in tema di esclusione del diritto di accesso*” e, di volta in volta, di corredare il provvedimento reiettivo dell’accesso civico di una precipua motivazione, insussistente nel caso di specie.

Il Consiglio di Stato, alla luce prevalente giurisprudenza sulla natura dei limiti al diritto di accesso (Ad. Plen., 10/20), respingeva l'appello evidenziato come nel caso specifico ricorresse pacificamente una ipotesi di divieto assoluto, ovvero una situazione al ricorrere della quale la PA è tenuta a negare l'ostensione senza motivare *“in relazione all'accertamento della mancanza di un pregiudizio concreto alla tutela dell'interesse protetto dalla norma che vieta l'accesso”*.

La fonte del divieto era, difatti, da rinvenirsi nell'art. 5 bis, comma 3, D.Lgs. 33/2013 che, nel richiamare i limiti all'accesso documentale di cui all'art. 24 comma 1 l. 241/1990 (nel caso di specie si trattava, in particolare, della lettera a) dell'articolo citato che rinvia ai regolamenti governativi l'individuazione dei casi tassativi di esclusione), non ammette margini di discrezionalità o, come meglio chiarisce la sentenza, non richiede *“una motivazione della amministrazione che bilanci in concreto le ragioni sottese alla richiesta di accesso civico generalizzato con quelle cui è informato il contro-interesse tutelato dalla legge o in base alla legge.”*

Il carattere vincolato e non discrezionale della attività della pubblica amministrazione circa l'individuazione dei casi in cui l'accesso “deve” essere escluso si riflette sia nell'assenza di un onere di esplicita motivazione nel caso di diniego (anche perché, diversamente, la specificazione delle ragioni del diniego potrebbe disvelare in tutto o in parte *“informazioni e dati che la normativa ha escluso o limitato dall'accesso, per tutelarne la riservatezza pubblica o privata”*), sia sulla impossibilità per la PA di rendere conoscibile solo una parte del documento, non sussistendo *“alcun potere valutativo suscettibile di estrinsecarsi nella fissazione di un limite modale”*.

Del resto, come osserva la sentenza in commento, la circostanza che l'accesso civico sia sottoposto non solo a limiti suoi propri (di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 5 bis) ma, grazie al rinvio che l'art. 5 bis comma 3 D.Lgs. 33/2013 fa all'art. 24 della legge 241 del 1990, anche alle preclusioni assolute e tassative previste per l'accesso documentale, non pregiudica il diritto di essere informati ex art 10 CEDU, ma trova giustificazione nella precisa scelta del legislatore di voler in certa misura temperare l'ampia legittimazione e l'ampio oggetto che, a differenza dell'accesso documentale, caratterizza l'accesso civico generalizzato.

**CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA
PER LA REGIONE SICILIANA**

In caso di *traslatio iudicii* conseguente a declaratoria di difetto di giurisdizione, i giudicati impliciti formati innanzi al giudice ordinario che ha declinato la giurisdizione non vincolano il giudice amministrativo innanzi al quale la domanda sia poi riproposta

Argomento: Processo amministrativo

(C.G.A.R.S., sez. giurisdizionale, 27 luglio 2023, n. 468)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“11.6. Entrambi i [...] motivi di doglianza [...] chiamano il Collegio a dare risposta al quesito se, in caso di c.d. *traslatio iudicii* conseguente a declaratoria di difetto di giurisdizione da parte del giudice ordinario in favore del giudice amministrativo, i giudicati impliciti formati dinanzi al plesso giurisdizionale che declina la giurisdizione vincolino o meno il giudice (che, nella specie, è quello amministrativo) dinanzi al quale la domanda venga tempestivamente riproposta (ai sensi e per gli effetti del cit. art. 59, comma 2, legge n. 69 del 2009, nonché dell’art. 11 c.p.a.).

Secondo gli appellanti al quesito andrebbe data risposta positiva, sia in virtù della lettera degli artt. 59 della legge n. 69 del 2009, e. 11 c.p.a. [...] sia dell’indirizzo delle Sezioni Unite della Corte di cassazione secondo cui il giudizio instaurato dopo la riassunzione davanti al giudice indicato come munito di giurisdizione, “*non è un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell’unico giudizio*” [...].

11.7. La risposta al quesito non può che prendere le mosse, appunto, dalla lettera delle disposizioni legislative richiamate dagli appellanti.

L’art. 59, comma 2, della legge n. 69 del 2009 stabilisce che, ove nel termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della decisione che declini la giurisdizione ed indichi il giudice nazionale munito di giurisdizione sulla controversia, la domanda venga “*riproposta*” dinanzi a quest’ultimo giudice, “*nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall’instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute*”. Il successivo comma 5 aggiunge che “*In ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice di cui al comma 1, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova*”.

Con specifico riferimento al processo amministrativo, l’art. 11, comma 2, c.p.a. stabilisce che “*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”. Il successivo comma 6 precisa che “Nel giudizio riproposto davanti al giudice amministrativo, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomento di prova”; il comma 7, infine, che “Le misure cautelari perdono la loro efficacia trenta giorni dopo la pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice che le ha emanate. Le parti possono riproporre le domande cautelari al giudice munito di giurisdizione”.

11.8. Osserva il Collegio che dalle susesposte disposizioni normative, al contrario di quanto dedotto dagli appellanti, non si evince affatto la esatta unicità del processo instaurato dinanzi al giudice privo di giurisdizione e continuato, in virtù di tempestiva riassunzione, dinanzi al giudice indicato come munito di giurisdizione, in quanto, a tacere d’altro, sono le medesime norme di legge a perimetrare puntualmente gli effetti della *traslatio iudicii*, stabilendo la salvezza degli “effetti processuali e sostanziali della domanda”, ferme comunque restando “le preclusioni e decadenze intervenute”; nonché specificando – al di là di ogni ragionevole dubbio, si ritiene, per chi non voglia rifiutarsi di prenderne semplicemente, ma doverosamente, atto – che, nei rapporti tra giurisdizioni diverse, non si verifica mai la “riassunzione” dello stesso processo dinnanzi a un altro giudice, ma si ha sempre la “riproposizione della domanda” medesima in un distinto processo, in cui è tuttavia data *ex lege* salvezza, a certi fini e a determinate condizioni, agli effetti sostanziali e processuali della stessa domanda che, nel primo e distinto processo, era stata proposta a diversa giurisdizione.

Che non trattasi del medesimo processo è inoltre reso evidente – oltre che dal sistematico e reiterato utilizzo, assai significativamente, del participio “*riproposta*” e non invece “*riassunta*” – dalle specifiche disposizioni legislative che il legislatore ha inteso dettare per regolare il regime delle prove acquisite nel giudizio dinanzi al giudice che declina la giurisdizione (che possono essere valutate soltanto alla stregua di argomenti di prova: ciò che sarebbe stato all’evidenza fuori sistema, ove si fosse trattato della prosecuzione, mercé la sua riassunzione, del medesimo processo davanti a un giudice diverso) e per disciplinare gli effetti delle misure cautelari eventualmente emesse dal medesimo giudice (che perdono automaticamente e quasi immediatamente efficacia, con onere della parte di riproporre la relativa istanza al giudice dinanzi al quale la causa sia stata tempestivamente riproposta).

11.9. Le stesse pronunce della Corte di cassazione richiamate dagli appellanti, a una più attenta e completa lettura, non smentiscono la conclusione qui condivisa, ma in qualche modo anzi la confermano. [...]

Le Sezioni Unite, in sintesi, non affermano *sic et simpliciter* l’unicità del processo, ma solo la sua “*sostanziale*” riduzione ad unità, tenuto in particolare conto della salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda; su questa premessa giungono ad affermare che l’indicazione del giudice munito di giurisdizione, una volta riassunto tempestivamente il processo, non può più essere messa in discussione [...].

Sulla stessa lunghezza d’onda si colloca la sentenza delle Sezioni Unite 27 ottobre 2020, n. 23599 [...].

Anche per quest’ultima decisione, l’effetto discendente dalla tempestiva riassunzione del giudizio dopo la declinatoria della giurisdizione coincide con l’intangibilità della indicazione del giudice munito di giurisdizione, alla quale le parti rimangono definitivamente vincolate. Il giudizio tempestivamente riassunto configura prosecuzione di quello originariamente instaurato dinanzi al giudice privo di giurisdizione, nel senso che rimangono salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda, pur rimanendo ferme le preclusioni e decadenze già perfezionate.

Non può tuttavia pretermettersi di osservare come taluni dei testé riferiti approdi giurisprudenziali – ove fossero intesi, erroneamente, come radicanti una preclusione alla proposizione

del regolamento di giurisdizione non solo per le parti, ma anche per il giudice (amministrativo) *ad quem* – trovino una testuale smentita normativa nell'articolo 11, comma 3, c.p.a., a mente del quale “[q]uando il giudizio è tempestivamente riproposto davanti al giudice amministrativo, quest’ultimo, alla prima udienza, può sollevare anche d’ufficio il conflitto di giurisdizione”.

11.10. Alla luce della suesposta cornice normativa e giurisprudenziale si palesano privi di pregio i primi due motivi di gravame, in quanto nessuna disposizione legislativa, né tanto meno quelle espressamente richiamate dagli appellanti degli artt. 59 della legge n. 69 del 2009 e 11 c.p.a., esprime il principio della vincolatività per il giudice dinanzi al quale il processo è tempestivamente riassunto degli eventuali giudicati impliciti, peraltro diversi da quello sulla giurisdizione (l’unico che, a certe condizioni, può essere “*panprocessuale*” e dispiegare pertanto effetti anche nel diverso processo incoato a seguito della tempestiva riproposizione della domanda a diversa giurisdizione), formati in virtù di pronunce di giudici appartenenti al plesso giurisdizionale che ha declinato la propria giurisdizione. Poiché la tempestiva riassunzione, per quanto già enunciato, non è indice di effettiva unicità dogmatica del processo, pur nella salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda che era stata proposta dalla parte dinanzi al giudice privo di giurisdizione, si impone la conclusione che il giudicato implicito [...] in punto di legittimazione processuale attiva [...] non vincola il giudice amministrativo, appartenente ad altro plesso giurisdizionale e, come tale, non assimilabile al giudice di rinvio dinanzi al quale la Cassazione [...] aveva rinviato la causa per il nuovo esame delle questioni controverse. Una volta escluso che il giudice amministrativo, nella specie, sia vincolato al giudicato interno formatosi in punto di legittimazione processuale attiva, ovvero, nella sua asserita (ma in realtà insussistente) qualità di “*giudice del rinvio*”, si debba conformare al principio di diritto enunciato dalla Cassazione ai sensi dell’art. 384, comma 2, c.p.c., il capo impugnato della sentenza [...] sfugge alla proposta doglianza.”

È illegittima l'ordinanza regionale che durante la pandemia da COVID-19 vietava ai minori di svolgere attività motorie e sportive all'aperto e, pertanto, spetta il risarcimento dei danni morali patiti per la relativa permanenza domiciliare forzata

Argomento: Provvedimento amministrativo

(C.G.A.R.S., sez. giurisdizionale, 24 ottobre 2023, n. 713)

Stralcio a cura di *Davide Gambetta*

“1. Con ricorso [...] la parte qui appellante ha chiesto l'annullamento dell'ordinanza contingibile e urgente del Presidente della Regione [...], lamentando che il predetto provvedimento, nella parte in cui vietava ogni attività motoria all'aperto, anche in forma individuale, ivi inclusa quella dei minori accompagnati dai genitori [...], inibendo ai minori ogni spostamento al di fuori dalla propria abitazione, imponeva di fatto al minore ricorrente una permanenza domiciliare assoluta.

Tale misura, secondo la parte istante, si poneva in contrasto con il DPCM 10 aprile 2020, che, invece, consentiva a tutti, e perciò anche ai minori, lo svolgimento di attività sportiva e motoria quantomeno nei pressi dell'abitazione, alla sola condizione del mantenimento della distanza di sicurezza di un metro da ogni altra persona (art. 1, comma 1, lettera f)), così determinando per i minori residenti in [OMISSIS] un trattamento peggiore rispetto a quanto previsto nel resto d'Italia, perché più restrittivo quanto alla possibilità di esercitare le libertà costituzionali (ossia la libertà di circolazione, ma anche la libertà personale, cui l'appellante fa più volte riferimento in atti). [...]

DIRITTO [...]

3. Giova tuttavia premettere, ai fini del relativo scrutinio, la necessaria ricostruzione della normativa vigente alla data (11 aprile 2020) di adozione dell'ordinanza impugnata per fronteggiare la pandemia, nonché il collocamento di quella nel sistema delle fonti, in particolare per quanto concerne i rapporti tra le competenze dello Stato e quelle delle Regioni.

3.1. È a tutti ben noto che, in data 31 gennaio 2020, il Consiglio dei ministri, ai sensi degli artt. 7, comma 1, lettera c), e 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della protezione civile), aveva dichiarato lo stato di emergenza sul territorio nazionale per la durata di sei mesi, «*in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*».

3.2. Successivamente, era stato emanato il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, che genericamente demandava alle autorità competenti l'adozione di ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica [...]. L'art. 2, comma 1, conteneva inoltre una formulazione “aperta”, autorizzando le autorità competenti ad

adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19, anche fuori dei casi di cui al citato articolo 1, comma 1.

L'art. 3 regolava quindi l'attuazione delle misure di contenimento, affidandola essenzialmente allo strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri; l'adozione delle misure di contenimento tramite ordinanze contingibili e urgenti del Ministro della salute, dei presidenti delle regioni o dei sindaci era infatti stata relegata ad ambiti puramente interinali e residuali, essendo consentita unicamente «*nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1*» e solo «*nei casi di estrema necessità ed urgenza*» (comma 2).

3.3. Il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, ha abrogato il decreto-legge n. 6 del 2020, con l'obiettivo di «*sottoporre a una più stringente interpretazione del principio di legalità la tipizzazione delle misure potenzialmente applicabili per la gestione dell'emergenza*».[...]

Per quanto riguarda i rapporti tra la competenza statale e quella regionale, la legislazione pandemica è stata considerata rientrante nella materia, di competenza legislativa esclusiva statale, della «*profilassi internazionale*» (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.), ritenuta «*comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla*», avente cioè «*un oggetto ben distinto che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina*» (così Corte costituzionale 12 marzo 2021, n. 37).

Sempre secondo la citata decisione della Corte, infatti, «*a fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, «ragioni logiche, prima che giuridiche (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)»*».

Conseguentemente, si è affermato che le Regioni, in ragione delle attribuzioni loro spettanti nelle materie concorrenti della «*tutela della salute*» e della «*protezione civile*», possano operare a fini di igiene e profilassi anche in corso di un'emergenza pandemica; ciò, tuttavia, solo nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale, stante il grave pericolo per l'incolumità pubblica.

3.4. Da quanto sopra, dunque, emerge chiaramente, in altri termini, che non vi può essere alcuno spazio di adattamento della normativa statale alla realtà regionale, che non sia stato preventivamente stabilito dalla legislazione statale.

Alle Regioni, ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge n. 19 del 2020, era infatti consentita l'adozione di una disciplina più restrittiva solo in presenza dei presupposti previsti dallo stesso articolo [...].

Ciò aveva chiaramente la finalità di evitare che nelle more degli aggiornamenti dei DPCM alle curve epidemiologiche potessero verificarsi vuoti di tutela quanto a circostanze sopravvenute e non ancora considerate dall'amministrazione statale; ma con il corollario che, una volta sopravvenuta tale considerazione – presunta *iuris et de iure* con la pubblicazione del successivo DPCM – ogni ulteriore intervento regionali non avrebbe più potuto fondarsi legittimamente su fatti e situazioni verificatisi anteriormente a detto DPCM.

3.5. Riassuntivamente, dal quadro normativo delineato emerge con chiarezza l'obiettivo del d.l. n. 19 del 2020, [...] nonché la necessità che tali misure, per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del SARS-CoV-2, fossero adottate sulla base dei principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente sul territorio nazionale o su specifiche parti dello stesso, nell'ambito di un sistema caratterizzato anche da ulteriori garanzie [...].

In tale quadro, l'unico spazio rimesso alle Regioni è la richiamata disciplina, ma tuttavia

esclusivamente di carattere interinale, di cui all'articolo 3 del d.l. n. 19 del 2020; condizione imprescindibile per l'esercizio di tale potere è il verificarsi di un effettivo e documentato aggravamento del rischio sanitario, verificatosi successivamente all'ultimo DPCM adottato sulla base dell'articolo 2 del medesimo decreto-legge [...].

3.6. Lo Stato, insomma, aveva assunto su di sé, con l'adozione di ogni nuovo DPCM, la predeterminazione delle misure da applicarsi in tutto il territorio nazionale, che pur veniva (o poteva venire) partitamente considerato regione per regione, in relazione al relativo quadro epidemiologico, lasciando alla competenza sanitaria regionale esclusivamente la disciplina di specifiche situazioni locali in ambiti infraregionali, nonché l'eventuale interinale adeguamento delle misure applicabili nell'intera Regione, ma – per queste ultime – solo ove fosse sopravvenuto il suddetto presupposto fattuale legittimante: costituito da un aggravamento epidemiologico posteriore all'emanazione dell'ultimo DPCM emanato (e, perciò, con efficacia temporalmente limitata fino a quello successivo).

Sicché, anche ove fosse presente un effettivo aggravamento del rischio sanitario, la decisione di adottare misure ulteriormente restrittive avrebbe dovuto trovare fondamento nei principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente e, comunque, sotto la continuativa vigilanza statale nei sensi e modi predetti.

Nessun ulteriore ambito di legittimo intervento sanitario durante la pandemia è stato lasciato alle singole regioni. Né, ovviamente, il fatto storico che alcune di esse si siano comunque appropriate di ambiti ulteriori di intervento – essenzialmente per ragioni “politiche”: giacché in quei momenti di panico collettivo generava paradossalmente più consenso il “proibire”, piuttosto che non il “consentire”, lo svolgimento di qualsiasi attività sociale – può aver reso legittimi tali interventi regionali.

3.7. Ciò assume particolare rilievo ove si considerino le conseguenze prodotte da alcune misure nella dialettica sempiterna tra “Autorità” e “Libertà”, in quanto incidenti sulla libertà e sulla mobilità dei cittadini, e che quindi possono consentirsi solo in presenza dei motivi di sanità che, sulla base delle previsioni di legge, legittimano la compressione della libertà di circolazione ai sensi dell'articolo 16 Cost.: la quale libertà di circolazione – diversamente da quella personale, che invece, ex art. 13 Cost., “è inviolabile” e non prevede limitazioni per motivi di sanità – può infatti essere compressa, mediante le “limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità” (o di sicurezza).

4. È in questo quadro ordinamentale che si colloca la qui impugnata ordinanza della Regione [...]; e, tuttavia, come emerge già dal contesto normativo che si è sin qui rievocato, in termini di difformità dall'ambito previsto dalla normativa di rango (costituzionale e) primario, *id est* di illegittimità.

[...] L'impugnata ordinanza non è supportata – né avrebbe potuto esserlo, in ragione dell'infinitesimo iato temporale che la separa dall'ultimo DPCM, senza peraltro menzione di alcun evento ecatombale che in ipotesi si sia verificato in tali poche ore – da alcuna delle ragioni (di sopravvenuto aggravamento del rischio sanitario) che solamente, alla luce della prefata normativa statale vigente, avrebbero potuto giustificare qualsivoglia misura integrativa del citato DPCM. Dalla lettura dell'ordinanza emerge, al contrario, una situazione pandemica sul territorio regionale meno grave (o, a tutto concedere, in linea) rispetto a quella dell'intero territorio nazionale. [...]

5. Perseguendo consapevolmente [...] un sofferto, ponderato, ma complessivamente equilibrato bilanciamento tra l'esercizio dell'autorità (giustificato dall'emergenza pandemica, ma sempre mantenuto nei limiti da essa concretamente imposti) e il rispetto della libertà dei cittadini (*sub specie*, in particolare, di libertà personale, che non si è mai ritenuto di potere né di volere incidere), lo Stato è giunto fino a porre in essere, in alcuni non brevi periodi, un'estrema limitazione della libertà di circolazione; ma mai, neppure nelle c.d. zone rosse, ha

inteso spingere tali limitazioni fino a porre la popolazione non infetta, o non in quarantena, in condizioni sostanzialmente analoghe a quelle della detenzione domiciliare (che parimenti, ex art. 284, comma 3, c.p.p., può consentire di allontanarsi da casa, ma solo per esigenze alimentari e per motivi di lavoro): cosa che invece hanno fatto alcune regioni, tra cui anche la Regione [...] con l'ordinanza in questa sede impugnata.

È proprio in siffatta prospettiva che si spiega come e perché lo Stato abbia sempre mantenuto aperta, per tale popolazione, la possibilità di svolgere, pur se con modalità conformate alla situazione pandemica (ossia “*nei pressi della propria abitazione*” e osservando il c.d. distanziamento sociale), quella “*attività sportiva e motoria*” che ha verosimilmente costituito l'ultimo diaframma, invero però mai violato, fra la massima compressione possibile della libertà di circolazione (imposta in base alla legge, ma per conclamati e innegabili “*motivi di sanità*”, ex art. 16 Cost.) e l'ablazione, sempre invece doverosamente evitata dallo Stato, della libertà personale (ablazione che l'art. 13 Cost. non prevede “*per motivi di sanità*”, e che perciò è preferibile ritenere costituzionalmente non consentita). [...]

7. Viceversa, non sempre è stato così per tutte le ordinanze regionali.

Certamente non lo è stato, in particolare e per quanto qui rileva, per l'ordinanza in questa sede impugnata [...]

9. Ciò posto [...] è fondata e va accolta, nei sensi e limiti di cui *infra*, altresì la domanda accessoria di risarcimento del danno cagionato alla parte appellante dall'ordinanza in discorso.

Non può esservi luogo a risarcimento di danni patrimoniali, stante la loro insussistenza: per la duplice ragione che essi né, da un lato, sono stati in alcun modo provati dall'appellante; né, d'altro lato, potrebbero ritenersi, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sussistenti nell'*an* ma incerti nel *quantum*. [...]

Nondimeno, quanto al danno non patrimoniale – danno morale, nella specie risarcibile anche ai sensi dell'art. 2059 cod. civ., quale lesione di diritti di libertà costituzionalmente garantiti – è vero l'esatto contrario.

10. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 2056 e 1226 del cod. civ., la liquidazione del danno non patrimoniale deve essere effettuata con valutazione equitativa.

In considerazione di ogni circostanza, ivi inclusa l'età dell'appellante – non correlabile allo svolgimento di attività lavorative, ma assai delicata sotto il profilo della crescita e della formazione psicologica dell'individuo – il Collegio ritiene di liquidare il pregiudizio patito dall'appellante nella misura di Euro 200 *pro die*, per tutto il periodo di vigenza dell'ordinanza impugnata (non risultando in questa sede che ne siano state impuginate di ulteriori, né precedenti, né successive)."

Nota a sentenza di Ilaria Renzo

Nel giudizio in esame l'originario ricorrente ha richiesto l'annullamento di un'ordinanza contingibile e urgente emessa dal Presidente della Regione Siciliana, riferita al periodo dell'emergenza pandemica da Covid-19, ritenendo illegittima e immotivata la disposizione che proibiva ogni forma di attività motoria all'aperto anche per i minori accompagnati dai genitori.

Questo divieto implicava, di fatto, per tali minori il blocco di qualsiasi spostamento al di fuori della propria abitazione, imponendo una completa reclusione, contrastando così con il contestuale Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 aprile 2020, il quale consentiva invece a tutti di praticare attività sportiva e motoria all'aperto, inclusi i minori, a con-

dizione che fosse svolta in prossimità della propria abitazione ed a una distanza c.d. “di sicurezza” di almeno un metro dagli altri individui (art. 1, comma 1, lettera f)).

Tale misura regionale, sosteneva il ricorrente, avrebbe comportato un trattamento discriminatorio rispetto a quanto stabilito nel resto d’Italia, in quanto maggiormente restrittivo e lesivo delle libertà costituzionali, in particolare la libertà di circolazione sancita dall’articolo 16 della Carta e la libertà personale, ritenuta inviolabile dall’articolo 13 della Costituzione.

Nel giudizio di primo grado, la richiesta di un’istanza cautelare era stata respinta e il ricorso era stato dichiarato improcedibile dal TAR perché il termine di efficacia dell’ordinanza impugnata era nel frattempo scaduto.

Il ricorrente ha appellato tale decisione innanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana.

Con la sentenza in commento, l’appello è stato accolto, con importanti e significativi argomenti riguardanti la normativa d’emergenza per la salvaguardia della salute pubblica, sia quanto alla definizione dei confini tra le competenze Stato e Regioni, sia quanto alla legittimità delle restrizioni alla libertà individuale (art. 13 Costituzione).

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa ha chiarito che lo Stato ha assunto la responsabilità di predefinire le misure da applicare su tutto il territorio nazionale attraverso l’adozione di Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Queste misure, sebbene potessero essere adattate in modo differenziato Regione per Regione in base al quadro epidemiologico specifico, rimanevano essenzialmente sotto la competenza dello Stato.

Alle autorità sanitarie regionali spettava esclusivamente la gestione di situazioni locali specifiche all’interno dei confini regionali e l’eventuale aggiornamento provvisorio delle misure applicabili nell’intera regione, ma solo in caso di un peggioramento dell’epidemiologia in momento successivo all’emanazione dell’ultimo DPCM e quindi con efficacia temporale limitata.

Il Consiglio ha sottolineato inoltre che durante il periodo pandemico, lo Stato ha cercato di trovare un equilibrio tra l’esercizio dell’autorità necessario per gestire la situazione emergenziale e il rispetto delle libertà dei cittadini. Sebbene siano state imposte limitazioni significative alla libertà di circolazione, lo Stato non ha mai inteso equiparare tali restrizioni alla detenzione domiciliare. Anche nelle zone più gravemente colpite, le limitazioni imposte non hanno mai raggiunto il punto di considerare la popolazione non infetta o non in quarantena come essenzialmente prigioniera nelle proprie case. Questo significa che, nonostante le restrizioni applicate, era quantomeno sempre possibile muoversi per necessità alimentari e per motivi di lavoro.

In tale previsione si comprende perché lo Stato abbia costantemente garantito alla popolazione non affetta dal virus la possibilità di svolgere attività sportiva e motoria, anche se con modalità adattate alla situazione pandemica.

Questo “accesso” all’attività fisica ha verosimilmente rappresentato l’ultimo confine, mai oltrepassato, tra la massima restrizione possibile della libertà di circolazione, giustificata per motivi sanitari in base all’articolo 16 della Costituzione, e un’inammissibile compressione della libertà personale.

È importante notare che l’ablazione della libertà personale non è prevista dall’articolo 13 della Costituzione per motivi sanitari.

La sentenza in commento ha richiamato la giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha adottato un approccio di interpretazione rigorosa del principio di legalità nell’applicazione delle misure di gestione dell’emergenza pandemica.

Queste misure devono essere considerate strettamente tipiche e devono essere sottoposte a un’interpretazione restrittiva. Questo è particolarmente importante considerando che la legislazione sulla pandemia è di competenza esclusivamente statale, secondo quanto stabilito

dall'articolo 117, comma 2, lettera q della Costituzione, riguardante la profilassi internazionale contro malattie contagiose che possono diffondersi a livello globale.

Pertanto, l'ordinanza regionale è stata considerata illegittima, in quanto i giudici del C.G.A.R.S. non hanno ritenuto giustificabile le misure aggiuntive o più restrittive introdotte nella Regione Sicilia rispetto a quelle contestualmente stabilite a livello nazionale con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Infine, il Consiglio ha esaminato la richiesta di risarcimento danni proposta dall'originario ricorrente, affermando che se da un lato non si può riconoscere alcun danno di natura economica, dall'altro si può invece riconoscere un danno non economico di natura morale ai sensi dell'articolo 2059 del Codice Civile. Questo a causa della sottostante patente violazione dei diritti di libertà garantiti dalla Costituzione. Tale danno può essere liquidato in via equitativa.

Nella valutazione del risarcimento, i giudici hanno preso espressamente in considerazione l'età del ricorrente, trattandosi di un minore in una fase delicata di crescita e formazione psicologica. Si tratta di una fase della vita in cui è fondamentale un pieno e armonioso sviluppo della personalità, al quale la giurisprudenza e la dottrina fanno costantemente riferimento quando si discute dei bambini e dei loro diritti. È necessario garantire ai minori di crescere in un ambiente che favorisca il loro sviluppo fisico, emotivo, intellettuale e sociale in modo equilibrato e completo.

Questo assioma comporta di proteggerli da qualsiasi forma di violenza, discriminazione o abuso e di assicurare loro accesso a opportunità di apprendimento, salute, gioco e partecipazione sociale.

In questo contesto, la giustizia e la società hanno il compito di tutelare i diritti dei bambini e promuovere il loro benessere in ogni fase della loro vita.

CORTE COSTITUZIONALE

L'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, T.U. Immigrazione, nella parte in cui prescrive l'automatica preclusione del rinnovo del permesso di soggiorno a seguito di condanna, anche non definitiva, per il reato di spaccio lieve e di condanna definitiva per il reato di commercio di prodotti con segni contraffatti

Argomento: Immigrazione

(Corte Cost., 8 maggio 2023, n. 88)

Stralcio a cura di *Aniello Iervolino*

“Il Consiglio di Stato, sezione terza, con due ordinanze di analogo tenore, solleva questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui prevede che il reato di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 (nel caso della ordinanza iscritta al n. 97 reg. ord. 2022), nonché il reato di cui all'art. 474 cod. pen. (nel caso della ordinanza iscritta al n. 99 reg. ord. 2022) siano automaticamente ostativi al rilascio ovvero al rinnovo del permesso di soggiorno.

Il giudice rimettente è chiamato a decidere, in grado di appello, sulla legittimità di due provvedimenti di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro che sono stati adottati, dall'amministrazione competente, in conseguenza di una sentenza di condanna a carico dei rispettivi richiedenti. In entrambe le ordinanze di rimessione si precisa che il titolare del permesso di soggiorno da rinnovare non ha legami familiari sul territorio nazionale, sicché non risulta applicabile la previsione di cui all'art. 5, comma 5, secondo periodo, del d.lgs. n. 286 del 1998, che “mitiga” l'automatismo censurato imponendo all'amministrazione, allorché il procedimento riguardi uno «straniero [ai sensi dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998] che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare» ovvero il «familiare ricongiunto», o (per effetto della sentenza di questa Corte n. 202 del 2013) uno straniero «che abbia legami familiari nel territorio dello Stato», di tenere conto «della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale».[...]

Nei casi all'odierno esame di questa Corte, viene, dunque, in considerazione la predetta disciplina, che – per gli stranieri privi di legami familiari – fa discendere dalle condanne previste dal citato art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998 la conseguenza automatica del diniego di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno (ovvero, ancora, della sua revoca).

Tale automatismo, che non si rinveniva nell'originaria formulazione della norma, è stato introdotto con l'art. 4, comma 1, lettera b), della legge n. 189 del 2002, che ha dato luogo, per

l'individuazione delle fattispecie ostative, a un sistema «“bipartito” basato sulla enucleazione di due criteri concorrenti di natura composita» (sentenza n. 277 del 2014): l'uno di carattere misto (quantitativo-qualitativo) che, mediante il richiamo all'art. 380, commi 1 e 2, cod. proc. pen., include tra i reati ostativi tutti quelli che prevedono l'arresto in flagranza obbligatorio, a loro volta individuati in base non solo al quantum di pena stabilito dalla legge (comma 1 dell'art. 380 cod. proc. pen.), ma anche alla classificazione per “tipologia” (comma 2 dello stesso art. 380); l'altro, di natura solo qualitativa, che fa rientrare, tra i reati ostativi, anche quelli specificamente individuati dalla norma (tutti i reati inerenti agli stupefacenti, quelli contro la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione e dell'emigrazione clandestina e alcune fattispecie legate allo sfruttamento della prostituzione).

6.1.1. – Con la generale dizione «reati inerenti gli stupefacenti» il legislatore del 2002 ha incluso dunque, tra i reati ostativi, anche il cosiddetto “piccolo spaccio” di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 [...].

Una delle conseguenze delle modifiche introdotte dalla legge n. 189 del 2002 è stata quella di far discendere, dalla commissione dei reati indicati nella nuova formulazione dell'art. 4, comma 3, terzo periodo (e oggi anche quarto periodo), t.u. immigrazione, anche l'effetto dell'automatismo espulsivo. Ciò, in base al combinato disposto tra tale nuova formulazione e la previsione dell'art. 13, comma 2, lettera b), del medesimo testo unico, che – allora, come oggi – ricollega la misura dell'«espulsione amministrativa», di competenza del prefetto, al venir meno del permesso di soggiorno sul territorio nazionale. [...]

La giurisprudenza di questa Corte ha chiarito che, in presenza di una questione concernente il bilanciamento tra due diritti, il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative si avvale del test di proporzionalità, che richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi (*ex plurimis*, sentenze n. 260 del 2021, n. 20 del 2019 e n. 137 del 2018).

Così, nel vagliare la complessiva ragionevolezza e proporzionalità delle previsioni che, come nel caso oggi in esame, implicano l'allontanamento dal territorio nazionale di uno straniero, questa Corte ha affermato la necessità di «un conveniente bilanciamento» tra le ragioni che giustificano la misura di volta in volta prescelta dal legislatore, tra le quali, segnatamente, la commissione di reati da parte dello straniero, «e le confliggenti ragioni di tutela del diritto dell'interessato, fondato appunto sull'art. 8 CEDU, a non essere sradicato dal luogo in cui intrattenga la parte più significativa dei propri rapporti sociali, lavorativi, familiari, affettivi» (ordinanza n. 217 del 2021, di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE).

Se, dunque, per un verso, al legislatore va riconosciuta un'ampia discrezionalità nella regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno di uno straniero nel territorio nazionale, in considerazione della pluralità degli interessi che tale regolazione riguarda (*ex plurimis*, sentenze n. 277 del 2014, n. 148 del 2008, n. 206 del 2006 e n. 62 del 1994), per altro verso occorre chiarire che tale discrezionalità «non è assoluta, dovendo rispecchiare un ragionevole e proporzionato bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell'immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino» (sentenza n. 202 del 2013; in precedenza, anche sentenze n. 172 del 2012, n. 245 del 2011, n. 299 e n. 249 del 2010, n. 78 del 2005).

Come pure questa Corte ha affermato, il legislatore, nell'esercizio di tale discrezionalità, «può anche prevedere casi in cui, di fronte alla commissione di reati di una certa gravità, ritenuti particolarmente pericolosi per la sicurezza e l'ordine pubblico, l'amministrazione sia tenuta a revocare o negare il permesso di soggiorno automaticamente e senza ulteriori conside-

razioni»: ciò, tuttavia, alla condizione che simile previsione sia il risultato «di un bilanciamento, ragionevole e proporzionato ai sensi dell'art. 3 Cost., tra l'esigenza, da un lato, di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato e di regolare i flussi migratori e, dall'altro, di salvaguardare i diritti dello straniero, riconosciutigli dalla Costituzione» (sentenza n. 202 del 2013, che richiama la sentenza n. 172 del 2012).

La giurisprudenza di questa Corte, in applicazione di tali coordinate, è quindi giunta, in passato, a caducare disposizioni legislative che, nella materia dell'immigrazione, introducevano automatismi tali da incidere in modo sproporzionato e irragionevole sui diritti fondamentali degli stranieri, in quanto non rispecchiavano un ragionevole bilanciamento tra tutti gli interessi e i diritti di rilievo costituzionale coinvolti (sentenze n. 245 del 2011, n. 299 e n. 249 del 2010).

6.3.2. – I descritti approdi giurisprudenziali sono in sintonia con gli orientamenti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, chiamata, con specifico riferimento all'espulsione dello straniero, a confrontarsi con la norma convenzionale – l'art. 8 CEDU, che, come si è visto, per i presenti giudizi, il rimettente assume a parametro interposto – volta a proteggere il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

In particolare, la Corte EDU, con la sentenza della grande camera, 18 ottobre 2006, Üner contro Olanda – nel ripercorrere propri precedenti arresti, concernenti i limiti dell'ingerenza dei pubblici poteri sui diritti tutelati dall'art. 8 CEDU, in chiave di proporzionalità – ha specificamente individuato i criteri che consentono di valutare se la misura dell'allontanamento di uno straniero possa considerarsi «necessaria», in una società democratica, e «proporzionata» allo scopo legittimo perseguito. Tali criteri, poi sostanzialmente ripresi anche dalla successiva giurisprudenza della stessa Corte di Strasburgo (da ultimo, sentenza della quarta sezione, 27 settembre 2022, Otite contro Regno Unito), sono, in sintesi, i seguenti: natura e serietà del reato commesso dallo straniero; lunghezza del suo soggiorno sul territorio nazionale; tempo trascorso dalla commissione del reato (considerando anche la condotta tenuta dallo straniero in tale frangente temporale); nazionalità delle persone coinvolte; situazione familiare dello straniero che dovrebbe essere allontanato (considerando le ripercussioni sul coniuge e sui figli, se ve ne siano, anche in considerazione delle difficoltà che costoro incontrerebbero nel Paese di allontanamento dello straniero).

I richiamati criteri, atti a orientare le decisioni dell'amministrazione, presuppongono la conoscenza e la valutazione ad ampio raggio della situazione individuale dello straniero colpito dal provvedimento restrittivo, rifuggendo dal meccanismo automatico tipico delle presunzioni assolute.

6.3.3. – Del resto, come ripetutamente affermato da questa Corte, «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*» (*ex plurimis*, sentenze n. 253 del 2019, n. 268 del 2016, n. 213 e n. 57 del 2013), sussistendo l'irragionevolezza della presunzione assoluta tutte le volte in cui sia «agevole» formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (*ex plurimis*, sentenza n. 213 del 2013, nello stesso senso, sentenze n. 202 e n. 57 del 2013).

6.4. – Occorre, ora, verificare, la tenuta delle disposizioni censurate dal Consiglio di Stato alla luce dei principi dinanzi richiamati.

6.4.1. – Viene, al riguardo, in rilievo, anzitutto, il reato di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990.

Detto reato prevede la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329 per le fattispecie di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope «di lieve entità». Questa previsione incriminatrice, in quanto rea-

to inerente agli stupefacenti, rientra nell'elenco dei reati ostativi di cui all'art. 4, comma 3, t.u. immigrazione, impedendo quindi il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno, ma – al tempo stesso – essa è espressamente esclusa dal legislatore dal novero dei reati che consentono l'arresto obbligatorio in flagranza (art. 380, comma 2, lettera h, cod. proc. pen.). In base alla forbice edittale della pena, il reato di cui si tratta è sottoposto dalla legge, piuttosto, al regime dell'arresto facoltativo in flagranza (art. 381, comma 1, cod. proc. pen.), regime che può attivarsi «soltanto se la misura è giustificata dalla gravità del fatto ovvero dalla pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto» (art. 381, comma 4, cod. proc. pen.).

Questa Corte, sia pure nell'ambito della disciplina (parzialmente diversa) dell'emersione degli stranieri dal lavoro irregolare, ha già giudicato manifestamente irragionevole che il provvedimento amministrativo di diniego, avente ricadute sulla regolarità del soggiorno dello straniero sul territorio nazionale, consegua automaticamente alla pronuncia di una sentenza di condanna per uno dei reati di cui all'art. 381 cod. proc. pen., proprio perché questi ultimi «non [sono] necessariamente sintomatici della pericolosità di colui che li ha commessi»: è, infatti, significativo che l'applicabilità di detta misura richieda una valutazione in concreto circa la gravità del fatto commesso o la personalità del soggetto, risultando cioè subordinata «ad una specifica valutazione di elementi ulteriori rispetto a quelli consistenti nella mera prova della commissione del fatto» (sentenza n. 172 del 2012).

Ne consegue che, all'esito dello specifico procedimento di emersione dal lavoro irregolare, è oggi possibile il rilascio del permesso di soggiorno a favore dello straniero, pur condannato per uno dei reati indicati dall'art. 381 cod. proc. pen., beninteso qualora l'amministrazione ritenga, con valutazione da compiersi caso per caso e rimessa alla sua discrezionalità di giudizio, che non sussistano minacce per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

6.4.1.1. – Tale profilo svela un primo aspetto di manifesta irragionevolezza della disciplina generale sul rinnovo dei titoli di soggiorno. Infatti, la condanna per il reato qui preso in esame, se anche, ex ante, non influisce sul buon esito del procedimento di emersione (né sul conseguente rilascio del permesso per lavoro), determina invece il mancato rinnovo del titolo di soggiorno per lavoro qualora essa sopraggiunga ex post rispetto all'emersione stessa, con conseguente espulsione automatica del lavoratore emerso.

Se, pertanto, in applicazione della “speciale” disciplina dell'emersione, come corretta dalla sentenza n. 172 del 2012 di questa Corte, è ben possibile il rilascio del permesso di soggiorno in favore di un lavoratore straniero condannato per il reato ex art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, è proprio la natura “unitaria” del complessivo procedimento e, insieme, la funzionalizzazione dell'emersione al rilascio del titolo a richiedere che i due sub-procedimenti siano uniformati, a livello di disciplina, verso un unico e coerente modello. In questa prospettiva, la conclusione cui è giunta questa Corte con la sentenza n. 45 del 2017 (di inammissibilità per contraddittorietà e lacunosità della motivazione dell'ordinanza di rimessione), in merito alla disciplina “speciale” applicabile all'intera sequenza procedimentale che parte dall'emersione e giunge al rilascio del permesso di soggiorno per lavoro, non può non trovare logico e coerente approdo anche nell'ambito della disciplina “generale” di cui all'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998, con riguardo al rinnovo di tale permesso.

6.4.1.2. – La disciplina censurata presta il fianco a ulteriori rilievi critici.

Nel caso oggi in esame, esiste, infatti, la possibilità concreta di accadimenti contrari alla presunzione introdotta dalla norma censurata. Ben può verificarsi, invero, che uno straniero commetta il reato di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, il quale, per la sua lieve entità, per le circostanze del fatto, per il tempo ormai trascorso dalla sua commissione, per il percorso rieducativo eventualmente seguito alla condanna, non sia tale da comportare un giudizio di pericolosità attuale riferito alla persona del reo.

Risulta allora contrario al principio di proporzionalità, letto anche alla luce dell'art. 8 CEDU, escludere, in dette ipotesi, la possibilità che l'amministrazione valuti la situazione concreta, in relazione al percorso di inserimento nella società. Tanto più ove si consideri che si fa qui riferimento, come chiarito, alla sola ipotesi di rinnovo, e non di rilascio, del permesso di soggiorno: ciò che lascia intravedere – particolarmente in considerazione della circostanza che si tratta di permesso per lavoro – un possibile processo di integrazione dello straniero, processo che sarebbe irreversibilmente compromesso ove non si consentisse la prosecuzione del percorso lavorativo intrapreso. [...]

Va, infine, sottolineato che l'interesse dello Stato alla sicurezza e all'ordine pubblico non subisce alcun pregiudizio dalla sola circostanza che l'autorità amministrativa operi, in presenza di una condanna per il reato di cui si tratta, un apprezzamento concreto della situazione personale dell'interessato, a sua volta soggetto all'eventuale sindacato di legittimità operato dal giudice.

6.4.1.5. – Alla stregua delle suesposte considerazioni, questa Corte ritiene di dover superare le conclusioni cui era pervenuta con la ormai risalente sentenza n. 148 del 2008. In quella occasione, una questione di legittimità costituzionale sovrapponibile a quella all'odierno esame, ma sollevata in riferimento a parametri in parte differenti, fu giudicata non fondata, ritenendosi non manifestamente irragionevole condizionare l'ingresso e la permanenza dello straniero nel territorio nazionale alla circostanza della mancata commissione del reato di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990. Si osservò allora che il rifiuto del rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, previsto dalle disposizioni in oggetto, non costituisce sanzione penale, sicché il legislatore ben può stabilirlo per fatti che, sotto il profilo penale, hanno una diversa gravità, valutandolo misura idonea alla realizzazione dell'interesse pubblico alla sicurezza e tranquillità, anche se ai fini penali i fatti stessi hanno ricevuto una diversa valutazione.

La evoluzione della giurisprudenza costituzionale e convenzionale in tema di proporzionalità, che, come si è dianzi visto, si è sviluppata particolarmente con riguardo all'art. 8 CEDU, parametro non evocato nel 2008, impone ora la diversa soluzione qui adottata.

6.4.2. – Le argomentazioni svolte possono essere riferite anche alle riserve in ordine alla previsione, come ostativa, della fattispecie di cui all'art. 474, secondo comma, cod. pen., concernente il commercio di prodotti con segni falsi, a maggior ragione ove si consideri che la forbice edittale (che arriva, nel massimo, alla pena di due anni di reclusione) non è, rispetto a quella già presa in esame, nemmeno tale da comportare la misura dell'arresto facoltativo in flagranza, di cui all'art. 381 cod. proc. pen. (che richiede, in caso di delitto non colposo, la pena della reclusione superiore, nel massimo, a tre anni).

7. – Deve, pertanto, dichiararsi l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui ricomprende, tra le ipotesi di condanna automaticamente ostative al rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro, anche quelle, pur non definitive, per il reato di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 e quelle definitive per il reato di cui all'art. 474, secondo comma, cod. pen., senza prevedere che l'autorità competente verifichi in concreto la pericolosità sociale del richiedente.”

Nota a sentenza di Matteo Milanese

Con la sentenza in commento, la Consulta torna a decidere sulla costituzionalità degli automatismi legislativi. Il giudizio prende le mosse da due distinti atti di rimessione, iscritti al registro delle ordinanze ai nn. 97/22 e 99/22 ed entrambi emanati dal Consiglio di Stato. Essi

sollevano la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3 del D. Lgs. 286/1998 (c.d. *T.U. Immigrazione*), implicitamente inteso in combinato disposto con l'art. 5, co. 5 del medesimo decreto (quest'ultimo, “*nel riferirsi al rilascio e al rinnovo del permesso di soggiorno, li subordina alla sussistenza dei requisiti richiesti per l'ingresso [...] rinviando al citato art. 4, comma 3*”, tanto che per la Corte “*le doglianze, espresse dal rimettente nei confronti dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998 [...], sono all'evidenza rivolte al combinato disposto di questa norma e di quella di cui all'art. 5, comma 5, dello stesso decreto legislativo*”).

Tali disposizioni contribuiscono a delineare il quadro normativo in materia di flussi migratori, ponendo un punto di equilibrio tra il rispetto dei diritti individuali e la tutela dell'ordine pubblico. Per farlo identificano talune cause ostative al rilascio od al rinnovo del permesso di soggiorno, fondate sui comportamenti penalmente rilevanti realizzati dallo straniero richiedente. Come affermato dalla Corte Costituzionale, la legge imbastisce un “*sistema 'bipartito basato sulla enucleazione di due criteri concorrenti di natura composita' [...]: l'uno di carattere misto (quantitativo-qualitativo) che, mediante il richiamo all'art. 380, commi 1 e 2, cod. proc. pen., include tra i reati ostativi tutti quelli che prevedono l'arresto in flagranza obbligatorio, a loro volta individuati in base non solo al quantum di pena stabilito dalla legge (comma 1 dell'art. 380 cod. proc. pen.), ma anche alla classificazione per “tipologia” (comma 2 dello stesso art. 380); l'altro, di natura solo qualitativa, che fa rientrare, tra i reati ostativi, anche quelli specificamente individuati dalla norma [...]*” (Cfr. sent. 277/2014).

In altri termini, la condanna riportata per uno dei reati di cui sopra preclude *ope legis* il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno. Si tratta, con evidenza, di un automatismo, della cui legittimità i rimettenti dubitano. I giudici *a quibus* promuovono infatti due incidenti di costituzionalità, a partire dall'inclusione, nell'elenco di che trattasi, tanto del c.d. “spaccio di lieve entità” (art. 73, co. 5 del D.P.R. 309/1990) quanto del reato di introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi (art. 474 c.p.). Evidenziano, variamente, il difetto di proporzionalità delle prescrizioni, l'irragionevolezza (intesa quale incoerenza tra mezzo normativo e fine perseguito) delle medesime e la disomogeneità nella parificazione delle fattispecie oggetto d'esame ad altre più efferate (vengono citati, quali esempi, l'omicidio, la violenza sessuale, gli atti sessuali con minorenni); a parere dei rimettenti, l'impianto normativo contrasterebbe altresì con l'art. 8 C.E.D.U., il quale garantisce lo sviluppo personale ed il diritto a partecipare alla crescita della società.

Di conseguenza, con gli atti di promovimento si solleva la questione di costituzionalità – per contrasto con gli artt. 3 e 117, co. 1 Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 8 C.E.D.U.) – dell'art. 4, co. 3 del *T.U.* “*nella parte in cui prevede che il reato di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 (nel caso della ordinanza iscritta al n. 97 reg. ord. 2022)*”, e nella parte in cui prevede che “*il reato di cui all'art. 474 cod. pen. (nel caso della ordinanza iscritta al n. 99 reg. ord. 2022) siano automaticamente ostativi al rilascio ovvero al rinnovo del permesso di soggiorno.*”

L'esame della Corte muove dal primo caso. Posto che i dubbi del Consiglio di Stato attonano, nella specie, al dedotto contrasto con i parametri di ragionevolezza e proporzionalità, la Corte ricorda preliminarmente che “*il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative si avvale del test di proporzionalità*”. Attraverso lo stesso, il Giudice, ritenuta la misura normativa necessaria e idonea in relazione agli obiettivi legittimamente perseguiti, valuta se essa sia la meno restrittiva dei diritti e “*stabilisca oneri non sproporzionati*” rispetto al fine.

In questo quadro, rammenta la Consulta che le previsioni legislative che implicino “*l'allontanamento dal territorio nazionale di uno straniero [... necessitano] di 'un conveniente bilanciamento' tra le ragioni che giustificano la misura di volta in volta prescelta dal legislatore [...]* ‘e le confliggenti ragioni di tutela del diritto dell'interessato, fondato appunto sull'art. 8 CEDU, a non essere sradicato dal luogo in cui intrattenga la parte più significati-

va dei propri rapporti sociali, lavorativi, familiari, affettivi” (Ord. N. 217/2021.). Precisa, peraltro, che in materia di diritti fondamentali “la Costituzione protegge egualmente [...] cittadino e [...] non cittadino”.

A questo punto, il Giudice riconosce che la discrezionalità del legislatore può sì spingersi sino al disciplinare casi di diniego automatico del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno; tuttavia – e ciò è dirimente – “alla condizione che simile previsione sia il risultato ‘di un bilanciamento, ragionevole e proporzionato ai sensi dell’art. 3 Cost., tra l’esigenza, da un lato, di tutelare l’ordine pubblico e la sicurezza dello Stato e di regolare i flussi migratori e, dall’altro, di salvaguardare i diritti dello straniero, riconosciutigli dalla Costituzione” (Sentt. 202/2013 e 172/2012).

A supporto di questo argomento vengono citate talune precedenti censure mosse agli automatismi legislativi eccessivamente restrittivi dei diritti fondamentali dello straniero; decisioni che “sono in sintonia con gli orientamenti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo”. La giurisprudenza convenzionale ha del resto costruito un novero di indicatori atti a comprendere “se la misura dell’allontanamento di uno straniero possa considerarsi ‘necessaria’, in una società democratica, e ‘proporzionata’ allo scopo legittimo perseguito” (Sentt. 253/2019, 268/2016, 213 e 57/2013). Tali criteri, “ad ampio raggio”, rifuggono “il meccanismo automatico tipico delle presunzioni assolute”.

La Consulta ha così colto l’occasione per ribadire il seguente consolidato principio di diritto: “le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati”. Risulta confermata, in breve, la tesi della “tendenziale incostituzionalità degli automatismi legislativi” (Fortunata espressione utilizzata da L. Santoro in *L’attribuzione del cognome ai figli: dalla discrezionalità del legislatore... alla discrezionalità dei genitori (considerazioni controcorrente a partire dalla ord. n. 18/2021 della Corte costituzionale)*, in *Consulta online*, 2021, 484).

Ricostruito il quadro del diritto vivente, la Corte passa ad esaminare il merito, ricordando preliminarmente l’analogo caso in cui essa ha “giudicato manifestamente irragionevole che il provvedimento amministrativo di diniego, avente ricadute sulla regolarità del soggiorno dello straniero sul territorio nazionale, consegua automaticamente alla pronuncia di una sentenza di condanna per uno dei reati” il cui arresto in flagranza sia facoltativo; ciò perché tali reati non sono in sé “sintomatici della pericolosità di colui che li ha commessi” (sent. n. 172/2012). Sicché, *de iure condito*, la condanna per uno di tali reati “non influisce sul buon esito del procedimento di emersione” in via automatica, postulando invece una valutazione discrezionale della P.A. La Corte ragiona di conseguenza: se tale principio vale per la “speciale disciplina dell’emersione”, non si vede perché esso non possa “trovare logico e coerente approdo anche nell’ambito della disciplina “generale” di cui all’art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998”.

A ciò si aggiunge una considerazione autonoma: è ben possibile che sussistano circostanze in grado di scardinare la presunzione di pericolosità del soggetto. Si citano, a tal riguardo, la potenziale lieve entità del fatto, il tempo trascorso dal medesimo, il percorso rieducativo seguito dopo la condanna; tutti casi in cui l’allarme sociale suscitato dall’esistenza di un fatto criminoso risulta potenzialmente ridimensionato. “Da ciò la necessità che l’amministrazione sia chiamata a compiere, caso per caso, un proprio apprezzamento, in quanto la pericolosità non è fatta discendere dalla mera sussistenza di una sentenza di condanna penale.” Tale citato apprezzamento non pregiudica di per sé l’interesse dello Stato alla sicurezza e all’ordine pubblico, anche in considerazione della possibile e legittima impugnazione.

Sulla base di questa argomentazione – e alla luce dell’evoluzione della giurisprudenza interna ed internazionale – la Corte ritiene peraltro “di dover superare le conclusioni cui era pervenuta con la ormai risalente sentenza n. 148/08 ...]. Si osservò allora che il rifiuto del

rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno [...] non costituisce sanzione penale, sicché il legislatore ben può stabilirlo per fatti che, sotto il profilo penale, hanno una diversa gravità.”

Il Collegio trasla integralmente i ragionamenti svolti anche all'art. 474 c.p., il cui esame è limitato (per ragioni di rilevanza nel giudizio *a quo*) al solo co. 2, “*che incrimina il commercio di prodotti con segni contraffatti*”. In aggiunta si rileva come la fattispecie, in questo caso, non sia “*nemmeno tale da comportare la misura dell'arresto facoltativo in flagranza*”.

Concludendo, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del vagliato combinato disposto, nella parte in cui prescrive l'automatica preclusione del rinnovo (e non anche, per ragioni di rilevanza, del rilascio) del permesso di soggiorno a seguito di condanna, anche non definitiva, per il reato di spaccio lieve e di condanna definitiva per il reato di cui all'art. 474, co. 2 c.p. Si aggiunge, in questo modo, un ulteriore tassello alla giurisprudenza costituzionale in materia di presunzioni normative assolute nell'ambito dei diritti fondamentali; giurisprudenza implicitamente monitoria, che – *de iure condendo* – indica al legislatore un *favor* per la discrezionalità.